

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2022

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Donatella Morana
Michele Della Morte	Alejandro Saiz Arnaiz
Thierry Di Manno	Dian Schefold
Laurence Folliot Lalliot	Franco Gaetano Scoca
Eduardo Gianfrancesco	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Nicola Posteraro
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 3/2022

saggi

- Mario R. Spasiano, *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere* 447
- Maria De Benedetto, *Qualità della regolazione e discrezionalità* 459
- Paolo Carpentieri, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico* 489
- Roberto Baratta, *Aiuti di stato e fragilità ambientali: i nuovi orientamenti della Commissione* 517

attualità

- Sergio Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici* 551

recensioni

- Francesco Severa, *Recensione a F. Viganó, La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale, Torino 2021* 571

Mario R. Spasiano

FRAMMENTAZIONE DELLE CONOSCENZE
E UNITÀ DEL SAPERE

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: i singoli punti di vista sull'orso non fanno un orso. – 2. I fondamenti di un nuovo rapporto tra le conoscenze. – 3. Il metodo interdisciplinare nel sistema universitario. – 4. Un necessario cambiamento culturale.

1. *Premessa metodologica: i singoli punti di vista sull'orso non fanno un orso*

Il tema che mi prefiggo di trattare presenta almeno una duplice prospettiva: l'una, teorica, l'altra pratica. D'altronde, se così non fosse, un confronto sul rapporto tra frammentazione delle conoscenze e unità del sapere potrebbe apparire poco più che un vezzo culturale, di quelli che animano talora il dibattito di contesti e salotti autoreferenziali del mondo accademico e non solo.

Nella lingua greca antica il lemma *σοφία*, sapienza, ossia il possesso della perfezione spirituale, era distinto dal termine *φρόνησις*, saggezza, quella conoscenza, secondo Platone¹, che esprime la capacità di conciliare la pienezza del sapere teoretico con la vita pratica nell'ambito della convivenza civile.

La *φρόνησις*, che è quella che ci riguarda in questa sede, non solo concerne le cose umane, ma, nell'*Etica Nicomachea* aristotelica², essa consiste anche nella capacità di guidarle al migliore dei beni realizzabili dall'uomo, capacità che pertanto non può prescindere dal sapere anche pratico, frutto del confronto tra scienza e realtà.

Come evidente, l'epoca contemporanea mostra la coesistenza di molteplici forme di conoscenza costituenti il frutto di diversificati percorsi

¹ PLATONE, *La Repubblica*, 518 c ss.

² ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI-5, VI-8, VI-9.

metodologici di acquisizione. Accade tuttavia che alle conoscenze alle quali si perviene grazie allo studio di differenti fonti e metodi di ricerca corrisponda una pluralità di approdi conoscitivi che talora, ancorché concernenti il medesimo bene della vita, parrebbero non coincidere o persino essere inconciliabili. Questo risultato costituisce tuttavia una sensazione per lo più errata.

Un esempio anche banale potrà essere esplicativo di quanto si intende qui affermare: un orso³ sarà definito un animale plantigrado, da uno zoologo; un animale pericoloso per l'uomo, da un sociologo; un animale parte dell'ecosistema, da un ambientalista; persino una risorsa a valenza turistica, da un operatore del turismo; oppure potrà essere ritenuto una risorsa per la sopravvivenza da talune popolazioni antiche e così via. Si potrebbero aggiungere molti altri punti di vista.

Ad un'analisi non basata su pregiudizi di sorta, ciascuna di queste affermazioni risulterà vera, in quanto ognuna di esse esprime una parte della realtà di un unico soggetto in osservazione, l'orso, appunto. Queste diverse realtà, separatamente considerate, hanno portata parziale, limitata. Ne deriva che l'assolutizzazione di una fra esse finirebbe inesorabilmente col condurre a conseguenze errate e, magari, a soluzioni aberranti. Immaginiamo infatti di considerare il nostro orso unicamente come un animale pericoloso per l'uomo (realtà vera, ma parziale, per di più dipendente dalla concorrenza di talune condizioni quali la fame dell'animale e la scarsità di cibo): a quel punto, facendo prevalere il senso della paura, cercheremo l'eliminazione del pericolo mediante la cattura dell'animale o anche la sua uccisione: una soluzione dalle gravi conseguenze per lo più di tipo negativo.

Se invece consideriamo l'orso, un animale che può costituire una risorsa a valenza turistica, saremo propensi a consentire la sua anche eccessiva diffusione, finendo col porre a rischio l'incolumità dei frequentatori del medesimo territorio ove vive l'animale. E così via.

Dal banale esempio scaturisce in modo evidente e persino incontrovertibile una verità: l'orso, in quanto tale, esprime tutte le realtà indica-

³ L'orso marsicano ispiratore della riflessione si chiama *Juan Carrito*, vive in Abruzzo e si muove liberamente tra le montagne del Parco Nazionale, facendo incursioni in polli, stalle, pasticcerie e macellerie dei Comuni tra Roccaraso, Pescocostanzo, Pietransieri, Castel di Sangro. Amatissimo da tanti, la sua presenza ha animato per anni un acceso dibattito tra residenti, turisti ed esperti. Purtroppo, il 23 gennaio 2023, *Juan Carrito* è stato accidentalmente investito da un'auto che gli ha stroncato la vita. Alla sua dolce memoria, dedico queste riflessioni, grato per avermene offerto lo spunto.

te, ma la percezione integrale di quel bellissimo animale è correttamente data solo dalla contestuale considerazione di tutte quelle realtà, condizione che pone in grado di assumere le più convenienti soluzioni riguardanti l'orso e il contesto nel quale si muove.

Si può dunque ragionevolmente affermare che l'analisi di singole parti di una realtà non dà consapevolezza del tutto e, con ogni probabilità, la loro considerazione parcellizzata non sarà in grado di offrire strumenti utili ad una soluzione adeguata ai problemi che si voglia o si debba affrontare.

Le conoscenze, dunque, possono essere parziali, ma il sapere che conduce alla verità ha carattere necessariamente integrato e unitario. D'altronde, l'intero pianeta Terra e tutto ciò che in esso esiste, risponde alla medesima logica: nulla di quanto cade sotto l'esperienza sensibile (e non solo) è elemento avulso dal contesto in cui si trova.

Naturalmente anche gli esseri umani esprimono molteplici realtà disposte armonicamente tra loro, sì che per conoscere l'essenza integrale di un bene occorre coglierlo in una dimensione multilaterale (multidisciplinare, multidimensionale, ecc.) e persino nella contestualizzazione della sua dimensione relazionale: per tornare al nostro orso, nel caso in cui esso viva in un ambiente ove non si registra presenza umana, la sua considerazione dovrà naturalmente essere diversa.

Questa è l'inevitabile condizione imposta dalla multiforme ricchezza della realtà e delle esperienze conoscitive possibili.

Orbene, nonostante l'oggettivo fondamento della rilevata condizione, accade che l'uomo risulti poco propenso a contestualizzare le sue conoscenze, a prescindere dal metodo della loro acquisizione (metodo induttivo o deduttivo, metodo esperienziale diretto, metodo scientifico, metodo basato sulla trasmissione orale o sulla tradizione, metodo conoscitivo fondato su strumenti digitali di cui i più non conosciamo né il sistema posto a base del suo funzionamento, né il relativo grado di attendibilità). Egli (l'uomo) tende, per lo più, ad accontentarsi di una parte di conoscenza, quella che appare più congeniale alle sue attitudini e alle sue pregresse esperienze, fino ad assolutizzarla, compiacendosi della stessa e dei risultati ai quali essa consente di pervenire, avviando contestualmente un processo di sottovalutazione o persino di disconoscimento di quanto non riesca a rientrare nello schema di approccio parziale adoperato, innescando, piuttosto, in antitesi con i portatori di altre conoscenze, comportamenti improntati a logiche concorrenziali e prevaricatrici, premesse per la negazione definitiva di qualsiasi forma di dialogo.

2. *I fondamenti di un nuovo rapporto tra le conoscenze: il mito della iper-specializzazione e il pregiudizio dell'antitetività*

In una visione relazionale dell'umana convivenza, a nessuna scienza, a nessun sapere è dato utilmente permanere in una condizione di preclusione o di indifferenza rispetto al resto⁴. Si impone, piuttosto, una condizione di interlocuzione secondo un modello osmotico di reciproca integrazione, fondato sul rispetto e anche sulla disponibilità alla reciproca conformazione, nonché di adattamento funzionale alle mutevoli circostanze della realtà, alla comune ricerca (nei limiti di quanto sia umanamente possibile) della composizione di quella integralità del sapere, premessa per il rinvenimento di riposte esaustive alla complessità dei problemi⁵.

D'altronde, il confronto tra conoscenze è sempre acquisizione di ricchezza, anche laddove la considerazione della loro diversità possa a prima battuta determinare complicazioni. La ragione risiede nella circostanza che nella prospettiva relazionale integrata, ciascuna conoscenza è in grado di acquisire dalle altre, contenuti ulteriori e consapevolezze che, arricchendola, la rendono capace di produrre contributi di utilità in molteplici e differenziati contesti, obiettivi non conseguibili in una prospettiva solipsistica⁶.

La visione multidisciplinare delle conoscenze, obbligando al confronto le discipline scientifiche, le dispone ad un dialogo non riservato alle scienze sperimentali, ma aperto alle scienze umane e persino alle esperienze creative e spirituali dell'uomo quali l'arte, la letteratura, la poesia, l'esperienza interiore, in un processo che in senso descrittivo potrebbe definirsi di "*umanizzazione della scienza e di razionalizzazione delle scienze umane*".

⁴ Sul tema, si rinvia alle pregnanti riflessioni di A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano 2010.

⁵ Sul punto, J. D. BARROW, *Is the world simple or complex?*, in *Scienza e realtà* (a cura di E. MARIANI), *I quaderni dell'I.P.E.*, Napoli 1997, 35 ss.

⁶ M. TALLACHINI in *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMANDÈ e G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004, 339 rileva: "*Le norme che regolano attività e prodotti della scienza, l'intervento giuridico che utilizza un background di conoscenze specialistiche, i concetti e le qualificazioni giuridiche la cui definizione dipende da nozioni scientifiche, sono ormai sparse in ogni branca dell'ordinamento*".

In riferimento al rapporto tra diritto e scienze biologiche, per tutti, S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Milano 2010-2012.

Come noto, la cultura della iper-specializzazione o, meglio, la sua mitizzazione è figlia dell'idealismo, della sua prospettiva razionalista che tutto pretende di ricondurre alla "dea Ragione": non si tratta, dunque, di un fenomeno recente e il tempo trascorso dalla sua ampia diffusione nel pensiero occidentale, rende difficilmente praticabile, quand'anche ricercato, il dialogo tra saperi per una ragione di intuitiva evidenza: ciascun percorso conoscitivo di tipo specialistico o mono-disciplinare ha ormai definito un proprio linguaggio esclusivo. E persino le strutture preposte all'organizzazione pratica di quelle conoscenze (si pensi a titolo meramente esemplificativo, agli uffici pubblici dell'Amministrazione italiana, ripartiti ancora, sul modello ottocentesco, secondo competenze rigide e separate) ricalcano sovente modelli compartimentali inadeguati non solo al dialogo, ma anche alla collaborazione, in barba a qualsiasi principio di leale cooperazione, tanto caro alla nostra Corte Costituzionale.

A fondamento di questa impostazione si colloca un latente pregiudizio, una convinzione piuttosto diffusa, che tuttavia non pare reggere all'urto di un'analisi critica. Il pregiudizio consiste nel ritenere che l'unità del sapere si opporrebbe alla specializzazione.

Pare invece possa ragionevolmente affermarsi che l'unità del sapere non si oppone affatto alla specializzazione, il cui valore è sotto gli occhi di tutti: come negare i relevantissimi traguardi scientifici raggiunti proprio grazie alla capacità di approfondimento dell'approccio metodologico specialistico!

Piuttosto, l'unità del sapere si oppone alla conoscenza strumentale e riduzionista, cioè all'idea che un singolo metodo o una singola disciplina possano in qualsiasi caso offrire una visione esaustiva e veritiera della realtà⁷.

Il Novecento, come rileva Giuseppe Tanzella-Nitti, è stato caratterizzato da una forte frammentazione del sapere spesso presentata come condizione necessaria del progresso conoscitivo, giustificata sulla base dei vantaggi pragmatici che la specializzazione possiederebbe nei confronti di una cultura generalista, poco approfondita. Quella impostazione ha comportato una netta frattura tra scienze sperimentali e scienze umane, così come fra applicazioni tecniche e contesto antropologico, contribuendo a generare evidenti elementi di disagio: la tecnica ha talora finito con lo straripare dai propri argini assumendo valore prevaricante

⁷ G. TANZELLA-NITTI, *Unità del sapere e transdisciplinarietà*, in www.osservatoreromano.va/it/news/unita-del-sapere-e-transdisciplinaria.

su molte scienze sociali, a cominciare da quelle giuridiche; la scienza si è assunta compiti e funzioni non proprie persino cercando di sottrarsi al vaglio della politica (peraltro, per lo più qualitativamente inadeguata). E' allora evidente che in una prospettiva frammentaria delle conoscenze e in contesti privi di (reale) confronto tra le stesse, le condizioni per trasformare il progresso scientifico in progresso umano integrale possono divenire oggetto di facile mistificazione, allorché, invece, si continuano ad alimentare elementi di conflittualità, esasperati peraltro dall'(ab)uso degli strumenti di comunicazione sociale nelle mani di attrezzati mega-potentati economici e adoperati da molti individui non consapevoli della loro strumentalizzazione, abbagliati dalla illusione di essere parte attiva (ed efficace) di un dibattito globale che invero è condotto da pochi⁸.

È tuttavia da riconoscere che sin dagli anni '90 dello scorso secolo, i fenomeni della globalizzazione vanno suscitando taluni ripensamenti soprattutto nelle discipline sociali. Sono promossi metodi di ricerca innovativi sulla base di un più serrato confronto con studiosi di altre discipline, in tal modo “*disegnando traiettorie di analisi interdisciplinari*”⁹. Il loro scrutinio dimostra che non si tratta di nuove forme espressive di curiosità intellettuale nei confronti di altre scienze: si tratta, piuttosto, di inediti meccanismi funzionali alla ricerca di una conoscenza più adeguata alla complessità della realtà che non pare possa prescindere dall'accettazione del pluralismo metodologico e dalla unità del sapere. Le diverse conoscenze possono così provare ad integrarsi tra loro, come direbbe Geoffrey Samuel¹⁰, in una sorta di movimento circolatorio che da un lato rafforza le basi cognitive del singolo studioso e dall'altra consente una più efficace analisi e condivisione dei problemi generati dall'accrescersi della conoscenza scientifica¹¹.

⁸ In senso critico sulla ricerca italiana e la sua valutazione, S. CASSESE, *Il sistema dell'Università e della Ricerca. Fatti, leggende, futuro*, in *Ist. Encicl. Treccani*, 15 novembre 2012, in www.roars.it/online/lanvur-ha-ucciso-la-valutazione-viva-lavalutazione.

⁹ G. GUERRA, *La complessità e lo strumentario del comparatista. Alcuni esempi dal diritto delle tecnologie*, in *Dir. Pubbl. compar. europeo*, 2020, 831.

¹⁰ G. SAMUEL, *Mind, body and culture*, Cambridge 1990.

¹¹ G. GUERRA, *An interdisciplinary approach for comparative lawyers: insights from the Fast-moving Field of law and technology*, in 19 *German L.J.*, 3, 2018, 579 ss. Secondo l'A., il dialogo tra le scienze rappresenta, nel mondo globalizzato, un presupposto necessario per affrontare sin dall'origine una ricerca comparativa su un oggetto complesso.

3. *Il metodo interdisciplinare nel sistema universitario*

Si fa un gran parlare di opportunità se non di esigenza di un approccio metodologico multidisciplinare, ma l'evidenza del contesto accademico e della sua legislazione continua a muoversi in una prospettiva quanto mai contraddittoria, persino schizofrenica. Da un lato, è facile notare come nella principale fonte di finanziamento della ricerca accademica, i PRIN, così come nelle norme di principio di molti statuti di ateneo o ancora nella disciplina di molti manifesti degli studi si auspichi o si richieda la compresenza di competenze interdisciplinari¹²: basterebbe qui solo considerare che la sola disciplina del diritto amministrativo, oltre che nei corsi di laurea in giurisprudenza, è insegnata in corsi di architettura, ingegneria (nelle sue numerose declinazioni), economia e *management*, filosofia, biotecnologie, medicina, beni culturali, scienze formative e psicologiche, sviluppo sostenibile e transizione ecologica, turismo, scienze per la qualità della vita, scienze politiche, studi linguistici, storici e letterari, scienze umane e sociali, scienze motorie, scienza delle arti...¹³ A fronte di questa condizione, è del pari noto che le carriere accademiche, la valutazione delle pubblicazioni scientifiche, la stessa afferenza degli studiosi continua ad esprimersi all'interno di singoli settori disciplinari¹⁴. Verrebbe allora da pensare che mentre nella didattica si sia ormai inclini a riconoscere l'esigenza di un approccio di tipo multidisciplinare, nella ricerca non accada altrettanto. Ma anche in questo caso saremmo in presenza di un evidente abbaglio: nel contesto internazionale, qualsiasi ricerca cui sia riconosciuto un elevato grado di affidabilità e prestigio è solitamente svolta da gruppi a carattere multidisciplinare, soprattutto nell'esperienza anglo-sassone, dalla quale, peraltro, proviene mediamente la parte più qualificante del progresso

¹² Sul profilo, S. MONDA, *Convergenze metodologiche e approccio interdisciplinare: una necessità irrinunciabile*, in *Politica.eu*, numero 1, 2016, 17 ss. ove, tra l'altro, l'Autore ritiene che spetti alla scuola, più che all'università avere un approccio multidisciplinare.

¹³ Sul tema dei rapporti del diritto con le altre scienze, si rinvia a L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto (Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese)*, Bologna 2016, con scritti A. VON BOGDANDY, M. D'ALBERTI, B. SORDI, M.R. FERRARESE, M. CAMMELLI, J.B. AUBY, M. CLARICH, A. PAJNO, G. MELIS, M. CARTABIA, G. FALCON. M. LIBERTINI, J.H.H. WEILER, G. AMATO. Inoltre, S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2010, 2, 389 ss.

¹⁴ R. CASO, *Rompete le righe ma senza sconfinare. La via italiana all'interdisciplinarità*, in *Roars*, 6 marzo 2014, in www.roars.it/online/.

scientifico del nostro tempo (se non altro anche per ragioni di carattere finanziario¹⁵).

Anche un'ulteriore connotazione merita considerazione: va infatti osservato che la compartecipazione di discipline differenziate alla ricerca non avviene sempre allo stesso modo e soprattutto con il medesimo tasso di incisività. Già nel 1972, Jean Piaget¹⁶, noto epistemologo svizzero, distingueva tre distinti gradi di collaborazione, collocati tra loro in posizione gerarchica: il livello più basso, costituito dalla *multidisciplinarietà*, riconosciuta allorché la soluzione di un problema implichi la concorrenza di informazioni e conoscenze provenienti da due o più settori scientifici senza che però le discipline concorrenti possano restare modificate da quel confronto modificate (arricchite o impoverite). Il secondo livello è quello della *interdisciplinarietà* nel quale la collaborazione fra discipline diverse o fra settori eterogenei di una medesima scienza conduce “*ad interazioni vere e proprie, a reciprocità di scambi tali da determinare mutui arricchimenti*”. Il terzo e ultimo livello è costituito dalla *transdisciplinarietà* nella quale non ci si limita al raggiungimento di interazioni e reciprocità fra ricerche scientifiche, ma queste ultime finiscono col collocarsi, definendo stretti legami, “*dentro a un sistema totale (ndr: unico) privo di frontiere stabili fra le discipline*”.

Non distante la definizione del *Dizionario Treccani*¹⁷ che definisce il lemma “*interdisciplinarietà*” quella “*rete dei rapporti di complementarità, di integrazione e di interazione per cui discipline diverse convergono in principi comuni sia nel metodo della ricerca sia nell'ambito della costruzione teorica; anche l'insieme delle somiglianze, delle analogie e dei parallelismi tra discipline scientifiche, programmi di ricerca, tecnologie, che tende ad avvicinare e unificare le parti isolate e i momenti frammentari dell'odierno sapere specialistico*”. La esplicazione della *Treccani* prosegue

¹⁵ R. SCARCIGLIA, *Brevi riflessioni su interdisciplinarietà, scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Riv. Queste istituzioni*, 2022, I, 93, opportunamente osserva che “*la differenza tra ambiti disciplinari non implica necessariamente che le conoscenze e i risultati scientifici realizzati all'interno di un settore non possano essere messi a disposizione di studiosi appartenenti a una diversa disciplina scientifica non solo nell'area giuridica, ma anche nel rapporto fra scienze sociali e scienze c.d. dure, né tantomeno che discipline diverse possano trovare forme di collaborazione integrazione*”. Cfr. anche G. SAMUEL, *An introduction to comparative law: theory and method*, Oxford and Portland, OR, 23014, 36.

¹⁶ J. PIAGET, *L'épistémologie des relations interdisciplinaires*, in *L'interdisciplinarité: problèmes d'enseignement et de recherche dans les universités*, OCDE, Paris, 1972, 131 ss.

¹⁷ Il *Dizionario Treccani* è consultabile in <https://www.treccani.it/vocabolario/interdisciplinarietà>.

andando a investire anche il profilo soggettivo del problema, delineato come “*L’atteggiamento intellettuale e la ricerca concettuale orientati verso la promozione e la definizione di ciò che collega le scienze tradizionali e le più recenti specializzazioni in un sapere unitario, che (...) accoglie e valorizza la molteplicità e varietà delle conoscenze acquisite nella storia delle culture e delle civiltà, e soprattutto nel progresso del sapere scientifico*”.

Come osserva Roberto Scarciglia¹⁸, tale definizione non si allontana molto da quella di Raymond C. Miller¹⁹ per il quale l’interdisciplinarietà è uno studio analiticamente riflessivo delle implicazioni metodologiche, teoretiche e istituzionali volte ad incrementare gli approcci interdisciplinari all’insegnamento e alla ricerca.

4. *Un necessario cambiamento culturale*

Ci avviamo ormai a trarre le fila del complesso discorso. Sembra evidente che soprattutto la forte spinta trainante della scienza sperimentale e delle tecnologie impongono la rivisitazione del rapporto tra conoscenze ancora frammentarie: sia all’interno delle singole discipline, sia tra le discipline scientifiche e tecnologiche, da un lato, e quelle umanistiche e sociali, dall’altro²⁰.

¹⁸ R. SCARCIGLIA, *Brevi riflessioni su interdisciplinarietà scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Riv. Queste Istituzioni*, 2022, I, 91 ss.

¹⁹ Secondo R.C. MILLER, in *International Studies*, Oxford 2010 (in web 2017), “*Interdisciplinary approaches in the social sciences began in the 1920s. At a minimum, they involve the application of insights and perspectives from more than one conventional discipline to the understanding of social phenomena. The formal concept of interdisciplinarity entered the literature in the early 1970s. The scholars responsible all shared the thought that the scientific enterprise had become less effective due to disciplinary fragmentation and that a countermovement for the unification of knowledge was the proper response. However, not all interdisciplinarians believe that the unification of existing knowledge is the answer. There are many ways of differentiating between types of interdisciplinary approaches. One classification distinguishes between multidisciplinary, crossdisciplinary, and transdisciplinary approaches. Multidisciplinary approaches involve the simple act of juxtaposing parts of several conventional disciplines in an effort to get a broader understanding of some common theme or problem. Crossdisciplinary approaches involve real interaction across the conventional disciplines, though the extent of communication; thus, combination, synthesis, or integration of concepts and/or methods vary considerably. Transdisciplinary approaches, meanwhile, involve articulated conceptual frameworks that seek to transcend the more limited world views of the specialized conventional disciplines. Even though many believe that interdisciplinary efforts can create innovative knowledge, the power structure of the disciplinary academy resists interdisciplinary inroads on its authority and resources*”.

²⁰ Emblematica la condizione dell’università in Italia laddove, specialmente a causa

In ogni caso, come si è rilevato, la premessa per innestare una qualsiasi forma di dialogo tra le conoscenze è un linguaggio comune e, ancor prima, la sussistenza di un altrettanto comune minimo denominatore culturale; linguaggio e denominatore culturale che, presenti in epoche del lontano passato²¹, continuano a latitare, respinti da moti di diffidenza e sfiducia reciproca che permeano ancora il rapporto tra saperi, soprattutto tra quelli sperimentali e quelli umanistico-sociali.

Una esemplificazione può tornare utile al riguardo: qual è oggi la considerazione degli aspetti giuridico-amministrativi di un qualsiasi problema nel pensiero di un tecnologo²²? Presto detto. L'aspetto giuridico-amministrativo sarà da questi inteso secondo una duplice possibile prospettiva: o sarà considerato un'inutile superfetazione da sopportare nell'ambito di un ordinamento che, in nome di esigenze di ordine sociale, tende in realtà a nascondere un infernale sistema di maglie inestricabili attraverso le quali il potere burocratico, al fine di non dover rinunciare alla propria primazia, prova a paralizzare qualsiasi processo evolutivo. Oppure, quel contesto giuridico-amministrativo sarà ritenuto un sistema di garanzie invero irrealizzabile in quanto connotato da un tale livello di incertezza e complicazione che per garantire il tutto, alla fine non è in grado di garantire nulla se non determinare l'appesantimento dell'azione amministrativa. Da entrambe le letture deriva che la migliore soluzione possibile, nella prospettiva del tecnologo, sarà considerare l'impatto am-

di un sistema accademico interessato più all'ampliamento degli organici che alla considerazione dei saperi e delle loro branche, continua a moltiplicare gli insegnamenti il più delle volte a fini solo strumentali.

²¹ G. TANZELLA-NITTI, *Passione per la verità e responsabilità del sapere*, Alessandria 1998.

²² Interessanti le emblematiche pagine di Giovanni Miele (*Umanesimo giuridico*, in *Scritti giuridici*, cit., II, 446 s.) riguardo alla considerazione della scienza giuridica: "L'uomo della strada ha provato sempre un senso d'insoddisfazione e talvolta di diffidenza di fronte alle costruzioni dei giuristi. Inoltre, chi per ufficio si è trovato a insegnare ai giovani gli elementi della teoria del diritto – di questo o di quel diritto – per poco che avesse una certa sensibilità, ha potuto notare nei più svegli e nei più generosi fra essi qualcosa che rasentava l'indifferenza o il fastidio, quando pur non fosse l'aperta insofferenza: la quale talvolta si traduceva in esplicita condanna del valore e dell'utilità di una scienza, rivelantesi ai loro occhi null'altro che una ripetizione, più diffusa, più elaborata, più architettata, di disposizioni promananti da una volontà estranea ed arcana. Una scienza siffatta appariva non tanto a servizio della società, quanto a servizio del legislatore, e quindi strumento di ogni e qualunque concezione che dai recessi di questo essere immateriale venisse a quando a quando espressa: strumento di bene o di male secondo che così fosse voluto dall'esigente padrone, e indifferente al bene e al male, perché essa non doveva parteggiare – quasicché il bene non sia la stessa vita, vita morale dell'uomo – ma mostrarsi obiettiva. (...)".

ministrativistico come un vero nemico di cui diffidare e possibilmente da aggirare per non restare invischiati nei suoi defatiganti quanto inutili meccanismi.

Quale invece l'atteggiamento comune dell'esperto in scienze umanistiche o sociali nei confronti delle conoscenze di tipo tecnico-scientifico? Anche qui, un forte pregiudizio pervade il rapporto. Le competenze socio-umanistiche, infatti, tenderanno per lo più a temere quei profili tecnologici e le sue metodologie applicative, dietro i quali si riterranno celate condizioni e modalità operative del tutto illegittime, poco affidabili per la loro impenetrabilità. Poco conta la considerazione dell'efficacia della conseguente soluzione tecnica. In realtà i due sistemi, il contesto tecnico e quello giuridico, non si conoscono né si comprendono. Semplicemente diffidano l'uno dell'altro. Al centro, il cittadino interessato a conseguire i beni della vita cui ambisce e che sovente continua a ritrovarsi alla mercé di saperi e metodi inintelligibili, comunque a lui estranei.

Tra la scienza sperimentale (con le sue applicazioni) e le scienze umane e sociali non c'è linguaggio comune, soprattutto manca quella reciproca capacità elaborativa che dovrebbe innestarsi sin dalla fase di studio dei problemi per dar vita a risposte integrate, utili e condivise rispetto alla complessità delle vicende.

La complessità dei temi sociali, economici e giuridici dell'ordinamento dimostra come i rapporti tra conoscenze vadano improntati a comporre reti di complementarità, di integrazione e di interazione, con comuni sforzi di ordine metodologico e, ancor prima, strutturale.

Il sapere specialistico di tipo scientifico o anche tecnologico nei diversi contesti ove si affermi in via esclusivistica, a discapito delle conoscenze di tipo socio-umanistico, mostra i propri limiti, rivelandosi oggettivamente inaffidabile nelle applicazioni pratiche, tanto più in quanto chiamato, in numerosi contesti, a far fronte alla soddisfazione non di astratti e standardizzati bisogni, ma di esigenze sempre più differenziate, persino personalizzate, contesti nei quali il contributo delle scienze sociali e umanistiche si rivela spesso insostituibile.

Gli ambiti a connotazione socio-umanitaria necessitano invece della presenza di applicazioni tecno-scientifiche che consentano loro di acquisire qualità necessarie come capacità di risposta e di intervento in tempi definiti, efficacia operativa e organizzativa, interconnessione capillare, insomma tutto ciò che connota appunto il patrimonio proprio del più moderno sviluppo tecnico-scientifico.

La prospettiva riconduce all'esigenza di una ricerca orientata, sin dal

piano concettuale del suo concepimento e della sua progettazione, alla individuazione di ciò che unisce o che almeno individui i punti di contatto tra le scienze, per tentare di dar vita *ab initio* ad un sapere a prospettiva integrale, in grado di accogliere, valorizzare e sintetizzare la molteplicità degli apporti provenienti dalle varie conoscenze, da culture, civiltà, studi di settore, o anche solo da diversi punti di vista, per essere in grado di cogliere la complessità delle realtà e di rispondere alle articolate esigenze dell'uomo. Questo processo, naturalmente, richiede un vasto programma di formazione, a livello scolastico e poi universitario, che parta dall'elaborazione di percorsi che fondino sulla consapevolezza che l'integrazione delle competenze non è una opzione, bensì una via obbligata, unica risposta possibile alla complessità dei moderni saperi. Ma qui il discorso proseguirebbe portando lontano.

Maria De Benedetto

QUALITÀ DELLA REGOLAZIONE E DISCREZIONALITÀ*

“Forse l’aumento patologico della burocrazia non è solo un sintomo negativo, ma contiene, come suo nocciolo autentico, la coscienza che i dati della storia e della politica sono disponibili in misura molto più elevata che nel passato e che perciò si deve governare in modo molto più consapevole ed esatto: tutte le disposizioni particolareggiate ed i controlli sarebbero forme in cui lo stato moderno non riesce ancora a trovare se stesso”.

(R. Guardini, *Il potere*, Brescia, Morcelliana, 1954, 79)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Qualche necessaria precisazione riguardo ai termini del ragionamento. – 3. Regole e discrezionalità: strutturare, contenere, controllare. – 4. Qualità delle regole e istruttoria normativa. – 4.1. Obiettivi, consultazioni, opzioni regolatorie. – 4.2. Regolazione delle autorità indipendenti, atti normativi del Governo, legge del Parlamento. – 5. Qualità delle regole e discrezionalità amministrativa. – 6. Effettività come criterio di orientamento della discrezionalità.

1. Premessa

Per quanto essenziale, il rapporto tra regole e discrezionalità è di rado trattato espressamente negli studi di diritto amministrativo¹, in parte per-

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale AIPDA ‘Discrezionalità e amministrazione’ (Bologna, Spisa, 7-8 ottobre 2022), ed è destinato alla pubblicazione sull’Annuario Aipda 2022.

¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, 81 dedica un paragrafo al tema “Discrezionalità e regole non giuridiche”, tra cui ricomprende le regole delle scienze morali, quelle sociali, quelle di buona amministrazione e della correttezza amministrativa oltre ai “principi della politica” e alle regole tecniche (82). La questione delle regole è in qualche modo assorbita dalla preponderanza

ché sconta una collocazione disciplinare di confine (con il diritto costituzionale, la teoria generale, la filosofia e la sociologia del diritto)², in parte perché costituisce comunque presupposto implicito in ogni discorso sul potere discrezionale delle amministrazioni. Così, quando si valuta il cattivo esercizio della discrezionalità o una sua disfunzione (a valle) non sempre ci si interroga sulla regola che l'ha disegnata (a monte). *Quando serve la discrezionalità? Come si scrivono le norme che conferiscono poteri discrezionali? Quali controlli si devono prevedere perché l'uso della discrezionalità sia capace di condurre all'esito ricercato dalle regole? Quale regime di responsabilità meglio incentiva un virtuoso esercizio dei poteri discrezionali?*

Il ragionamento che qui si svolge non si propone di rispondere a tutte queste domande. Piuttosto, ha un obiettivo chiaro quanto circoscritto: introdurre il problema della produzione di buone regole (usualmente indicato con la formula *qualità della regolazione*³) come direttamente rilevante per la configurazione di una discrezionalità amministrativa che

del tema della legge: come fondamento del potere discrezionale (così G. BARONE, voce *Discrezionalità – I. Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 3), per la centralità rivestita dall'interpretazione nello studio della discrezionalità (L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986, 26), per il rapporto tra “discrezionalità e completamento soggettivo della norma” (così A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Volume XIII, Milano 1964, 85). Comunque, nel contesto del ragionamento sulla discrezionalità, la legalità viene intesa in modo ampio (sul punto, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, 234). Tra i lavori dedicati, nella letteratura anglofona, si richiamano R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford 1995 e il capitolo di C.E. SCHNEIDER, *Discretion and Rules: a Lawyers View*, nel lavoro collettaneo K. HAWKINS (ed. by), *The Uses of Discretion*, Oxford 1992. Si veda, infine, il capitolo “Regole e discrezionalità” nel volume di G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 227 ss.

² Per un approccio multidisciplinare, nel contesto delle scienze sociali, si veda K. HAWKINS (ed. by), *The Uses of Discretion* cit. Il tema *rules vs discretion* è, peraltro, centrale negli studi di politica economica, F.E. KYDLAND, E.C. PRESCOTT, *Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans*, in *Journal of Political Economy*, vol. 85, no. 3, 1977, 473. La prospettiva della psicologia ha una crescente rilevanza negli studi sulla discrezionalità amministrativa, cfr. L.G. TUMMERS, V.J.J.M. BEKKERS, *Discretion from a Psychological Perspective*, in T. EVANS, P. HUPE (eds.), *Discretion and the quest for controlled freedom*, Palgrave 2020, 163. Si veda, infine, l'importante prospettiva della matematica, adottata nel lavoro di S. MARMI, H. HOSNI, *La matematica, il ragionamento dell'incerto e la discrezionalità*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli 2011, 27.

³ Essendo la regolazione un concetto risultante, cfr. C. COGLIANESE, *Measuring Regulatory Performance. Evaluating the impact of regulation and regulatory policy* (OECD Expert Paper n 1, 2012), 8 dove si definisce la regolazione come “collection of rules”.

sia capace di conseguire gli scopi per cui è stata prevista⁴. Infatti, la discrezionalità viene strutturata, contenuta e controllata attraverso regole e *standards*⁵.

Perciò, dopo aver formulato qualche precisazione intorno ai termini del problema (par. 2), analizzerò sommariamente l'andamento del *rapporto tra regole e discrezionalità*, richiamando alcune tecniche di strutturazione e di contenimento (par. 3). Dal momento, poi, che la disciplina della discrezionalità è in gran parte di natura procedurale⁶, mi occuperò di *qualità delle regole e istruttoria normativa* (par. 4), avendo riguardo agli obiettivi della regolazione, alle consultazioni, alle opzioni regolatorie, nonché cennando alle specificità dei diversi tipi di regolatore (autorità indipendenti, Governo, Parlamento). Ancora, toccherò la questione della *qualità delle regole in vista della strutturazione e del contenimento della discrezionalità amministrativa* (par. 5) e concluderò sostenendo che il complesso disciplinare che definiamo come *qualità della regolazione spinge (né più, né meno) a ritornare alla ratio della discrezionalità*, la quale si giustifica perché funzionale all'effettività di regole e decisioni amministrative (par. 6).

2. *Qualche necessaria precisazione riguardo i termini del ragionamento*

Gli studi sulla normatività (in particolare, quelli che contestualizziamo nella filosofia del diritto⁷) hanno da tempo provvisto un certo numero di classificazioni delle diverse tipologie di regole, basate sul loro conte-

⁴ Sul punto, cfr. M. SHAPIRO, voce *Discrezionalità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani 1993, 2, dove si afferma che “l'amministrazione viene quindi investita di potere discrezionale per realizzare in modo efficace pubbliche finalità”. V., ancora, K. HAWKINS, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science*, in K. HAWKINS (ed. by), *The Uses of Discretion* cit., 11: “Discretion is the means by which law – the most consequential normative system in society – is translated into action”. Cfr. L. LESZCZINSKI, A. SZOT, *Discretionary Power of Public Administration. Its Scope and Control*, Frankfurt am Main 2017, *Introduction*, 9: “A legislator provide public administration organs with an appropriate range of competence in order to facilitate best possible fulfilment of their tasks [...] A legislator also provide public administration organs with some decision latitude in order to facilitate efficient fulfilment of their tasks and to adjust activities they undertake to individual cases and needs that may change in a dynamic social context”.

⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 227.

⁶ Cfr. M. SHAPIRO, voce *Discrezionalità* cit., 3.

⁷ Cfr. K. HAWKINS, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science* cit., 13.

nuto o sulla loro struttura⁸. In estrema sintesi, le regole che prevedono e disciplinano poteri discrezionali (e che qui specialmente rilevano) sono necessarie per dare compimento alle prescrizioni che pongono comandi o divieti o che richiedono il rilascio di un qualsivoglia tipo di permesso. La discrezionalità, in altri termini, esiste perché esiste uno sfasamento strutturale fra norma e fatto⁹ che può essere colmato scegliendo tra diversi possibili corsi di azione (o inazione)¹⁰. D'altronde, vale anche una considerazione speculare: il concreto esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni del più diverso tipo è sempre guidato da regole, le quali sono centrali anche nella prospettiva del controllo (amministrativo o giurisdizionale)¹¹. Dunque, il rapporto tra regole e discrezionalità può dirsi essenziale ai fini della stessa comprensione delle relative nozioni: lungi dall'essere in opposizione¹² queste sono in uno stato di tensione reciproca¹³ e strettamente interrelate.

A tale riguardo, merita di essere richiamato il dibattito in materia di *rules vs discretion*¹⁴, in cui i due termini rispondono ad una logica di alternatività: la presenza di regole dettagliate consentirebbe – vincolando l'azione – di ridurre lo spazio della discrezionalità e con questo i connessi pericoli di arbitrio, abuso e corruzione. Ma la questione non è così

⁸ Ci limiteremo qui a richiamare H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge 1945, 60 e seguenti, dove si analizzano le “secondary norms”. Si vedano anche K. Olivecrona, *Law as fact*, Oxford 1939, in modo particolare 130 e seguenti (dove si distingue tra norme primarie e secondarie) e, infine, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 2012, 1st ed. 1961, 97-98, dove si afferma che le *secondary rules* “confer the power to make them ‘rules of adjudication’ [...] They provide the centralized official ‘sanctions’ of the system”.

⁹ Cfr. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, nona edizione, Torino 2020, 202 ss. Sul punto, v. anche G. Pugliese, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, 120.

¹⁰ Cfr. K. Hawkins, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science* cit., 16, dove si richiama sul punto l'importante lavoro di K.C. Davis, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, Baton Rouge 1969.

¹¹ Sul punto si veda M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., 10, dove si afferma che “[...] la nozione di potere discrezionale assume la sua maggiore rilevanza pratica ove applicata a considerare il sindacato, il riesame, il giudizio in genere, avente per oggetto l'atto emanato in esercizio del potere discrezionale, e compiuto da agenti giuridici diversi da quelli che hanno emanato l'atto stesso”.

¹² Cfr. K. Hawkins, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science* cit., 35: “In reality, it is impossible to treat rules and discretion as discrete or opposing entities”.

¹³ Cfr. C.E. Schneider, *Discretion and Rules: a Lawyers View* cit., 48, dove si parla di “tension between discretion and rules”.

¹⁴ Per una ricostruzione cfr. R. Baldwin, *Rules and Government* cit., 17 ss.

semplice come sembrerebbe a prima vista, giacché in settori in cui la discrezionalità è stata ridotta o cancellata da interventi di riforma si sono registrate molte disfunzionalità della regolazione (si pensi all'ambito della contrattualistica pubblica). Infatti, con la riduzione di discrezionalità si riduce anche la flessibilità necessaria a calibrare e rendere effettiva la risposta dei pubblici poteri nei diversi ambiti in cui è richiesta. Così è importante ritornare sul problema, partendo daccapo con qualche necessaria precisazione.

La principale riguarda la *nozione di regolazione*, categoria considerata in dottrina come fortemente connessa con la disciplina dell'economia¹⁵, in relazione di alterità con il diritto della concorrenza¹⁶, elettivamente collocata nelle sfere di competenza delle autorità indipendenti¹⁷. Ma questa è solo parte della questione¹⁸.

La regolazione nasce in ambito economico e anglofono¹⁹, situandosi poi nel più ampio contesto disciplinare delle politiche pubbliche per indicare un diritto orientato a conseguire i suoi scopi²⁰ perché “fabbricato”²¹ secondo regole di qualità: obiettivi chiari, istruttoria accurata, consultazioni dei destinatari, valutazione *ex ante* ma anche *ex post* degli

¹⁵ Sul punto v. M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 608. Per una nozione ampia di regolazione, v. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna 2007, 75.

¹⁶ Sul punto v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, 45.

¹⁷ In questo senso S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000, 12 e S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, n. 2, 2002, 266. Si vedano, infine, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, Bologna 2000, 31, A. ZITO, voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano 2010, 805 e L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002.

¹⁸ Per una trattazione ampia del problema, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTI, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna 2011.

¹⁹ A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford 2004, 1.

²⁰ Sul punto v. R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford 2012, e C. COGLIANESE, R.A. KAGAN, *Regulation and Regulatory Processes*, Aldershot 2007. Sull'argomento, v. N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano 2006, 5057.

²¹ Sul punto si veda F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, 97. Si veda anche F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova 1950, 494 dove si afferma che “fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici”. Parla di “fabbricare diritto” anche F. CARNELUTTI, in *Eccesso di potere legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 4, parte II, 1947, 204.

impatti prodotti. Insomma, la diffusione della categoria della regolazione (*régulation*), come hanno ben spiegato alcuni colleghi francesi, è il segno di una trasformazione in atto volta ricondurre il diritto alla realtà, perché il diritto astratto e disincarnato figlio della modernità (ben espresso dal termine *réglementation*) non è più in grado di gestire la complessità post-moderna²². Ovviamente, ciò è di cruciale importanza per la discrezionalità, la quale esiste proprio per fungere da ponte tra enunciati deontici (questo sono le regole) e realtà. Si è, al riguardo, sostenuto che “l’attribuzione di un potere amministrativo di valutazione discrezionale è talvolta condizione necessaria in vista dell’esigenza di assicurare l’effettività di principi costituzionali”²³. Per altro verso, la strutturazione procedimentale della discrezionalità deve essere considerata come una “prestazione del sistema”, di modo che “il procedimento appare legittimato solo dalla sua efficacia, ovvero dalla capacità di adempiere alla sua funzione”²⁴.

Così – seconda precisazione – la *qualità della regolazione* altro non è che la *leva istruttoria di questa trasformazione* volta a riconnettere il diritto alla realtà. Grazie a quel *complesso di regole sulla produzione giuridica* (per esigenza di sintesi, meta-regole)²⁵ si intende assicurare che tutte le altre abbiano non solo qualità formale (chiarezza, coerenza, compren-

²² Sul punto si veda, in particolare, G. TIMSIT, *Le deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, in *Revue française d’administration publique*, 78, 1996, 377: “un autre droit – actuellement en formation – qui se caractérise, au contraire, par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au context exact des sociétés qu’il prétend régir”. V. anche J.-B. AUBY, *Régulations et droit administratif*, in *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruxelles 2005, 209; J. CHEVALLIER, *La régulation juridique en question*, in *Droit et société*, 49, 2001, 827. Per un’idea di regolazione come diluizione della normatività, cfr. Y. GAUDEMET, *La regulation économique ou la dilution des norms*, in *Revue de droit public – Dossier: Le désordre normatif*, 2017, 123.

²³ D. DE PRETIS, B. MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli 2006, 345.

²⁴ E. CARDI, *L’istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Atti del convegno Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano 1989, 109.

²⁵ Sul punto si veda, per una ricostruzione, R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of law*, 2013 (*Le juristes et la hiérarchie des normes*), 57 dove si ricorda che “secondo Kelsen vi è un solo tipo di relazione gerarchica tra norme: quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse”. Si veda anche E. LONGO, *Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo 1/2022, 419.

sibilità) ma anche qualità sostanziale, cioè si dispongano a conseguire nella *concretezza*²⁶ del provvedere gli effetti ricercati, attraverso il disegno accurato dei poteri discrezionali.

3. Regole e discrezionalità: strutturare, contenere, controllare

Nel corso del XX secolo i poteri discrezionali delle amministrazioni si sono ampliati a dismisura²⁷ in un contesto di patologica inflazione legislativa²⁸ caratterizzato dalla presenza di molte regole di scarsa qualità²⁹.

Una prima stagione (individuata nei decenni precedenti e successivi alla seconda guerra mondiale)³⁰ ha visto il ricorso a tecniche normative di *strutturazione* della discrezionalità amministrativa poco intrusive, caratterizzate dal ricorso a *standard* vaghi o dalla richiesta del rispetto di scarni elementi formali. Ne seguì, prevedibilmente, in molti ambiti di amministrazione, una prassi di abusi³¹. Si pensi, tra i molti altri possibili

²⁶ Sul tema del dovere di concretezza cfr. J.-B. AUBY, E. JORDÃO, *Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018 : le devoir de concrétude*, in *Chemins Publics*, 3/2/2021, <https://www.chemins-publics.org/articles/un-principe-inedit-de-droit-public-pose-par-la-loi-bresilienne-sur-les-normes-de-2018-le-devoir-de-concretude>. Si veda anche S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON (eds), *Comparative Administrative Law*, 2nd edn, Cheltenham 2017, 1: “The Germans speak of administrative law as ‘concretized’ constitutional law”.

²⁷ Cfr. K. HAWKINS, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science* cit., 12. Per una ricostruzione di sintesi B.G. MATTARELLA, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. CASSESE, III, Milano 2006, 1993.

²⁸ Il tema dell’inflazione legislativa è ampiamente trattato in dottrina. Può essere qui sufficiente richiamare M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010 e B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011.

²⁹ F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1937, 178: «l’accrescimento quantitativo determina lo scadimento qualitativo anche nel campo della legislazione»; Sul punto v. anche T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell’economia*, 1956, 1255: «l’inflazione legislativa costituisce così a sua volta una caratteristica interna del sistema; è cioè in funzione di un’economia regolata e – quali che possano esserne i nomi – perdura quanto un’economia regolata». V. ancora, R. SAVATIER, *L’inflation législative et l’indigestion du corps social*, in *Foro italiano*, V, 1977, 175. Sempre con riferimento a F. Carnelutti si veda *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in *Il diritto dell’economia*, 1956, 1191, dove si sostiene che la società si è intossicata di regole giuridiche e appare estremamente difficile disintossicarla.

³⁰ M. SHAPIRO, *Discrezionalità* cit., 17, dove si afferma che questa stagione sarebbe stata caratterizzata da “entusiasmo per la leadership” e “implicazioni di ampia discrezionalità”.

³¹ Parla di “mercanteggiamento” E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino 1969, 86. Sul concordato tributario, v. anche A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Mila-

esempi, al concordato fiscale³² per cui era richiesta solo la forma scritta e l'indicazione di alcuni elementi nella dichiarazione del contribuente, “*se presentata*”³³.

In una seconda stagione, la contezza dei rischi di arbitrio e corruzione, spinse verso una maggiore vincolatezza delle funzioni amministrative³⁴. Ritornando al nostro esempio, il concordato venne eliminato con la riforma tributaria nei primi anni '70 e, con questo, il ricorso a spazi di discrezionalità nella definizione dell'imposta³⁵.

La reviviscenza di un clima di fiducia nell'amministrazione consentirà l'apertura di una terza stagione. Con la legge sul procedimento amministrativo si riorganizzarono le condizioni per cui “l'amministrazione stessa [potesse operare] come soggetto di produzione delle regole della propria condotta”³⁶. Nel già menzionato ambito fiscale, venne introdotto nel 1997 l'accertamento con adesione proprio per rispondere all'esigenza di recuperare una qualche flessibilità dell'azione impositiva, contenere il contenzioso e assicurare la pronta e certa acquisizione delle entrate fiscali. Da subito si percepì la centralità della questione dei parametri cui ancorare la valutazione dell'amministrazione, basando la definizione graduale del contenuto della decisione su analisi costi-benefici³⁷.

no 1964, III vol., 155 ss., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1964, 523, E. ALLORIO, A. PAGLIARO, voce *Concordato tributario*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino 1959, 990.

³² Si tratta di istituto introdotto nel 1908, disciplinato nel 1923 per imposte specifiche, poi contemplato nel Testo unico delle imposte dirette del 1958.

³³ Il Regio Decreto 11 luglio 1907, n. 560, art. 81, prevedeva che “quando l'agente concordati col contribuente le somme dei redditi, fa constare dell'accordo mediante dichiarazione tassativa, datata e sottoscritta da entrambi a pena di nullità”. L'art. 41 del R.D. 3269/1923 (abrogato dal Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112) relativo all'imposta di registro e l'art. 44 del R.D. 3270/1923 (abrogato con il D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637) relativo all'imposta sulle successioni e donazioni prevedevano che la fissazione del valore da sottoporsi ad imposizione avvenisse di concerto tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente. Il concordato ha trovato disciplina nell'art. 34 del testo unico imposte dirette (D.p.r. 29 gennaio 1958, n. 645, abrogato dal D.p.r. 29 settembre 1973, n. 600).

³⁴ M. SHAPIRO, *Discrezionalità* cit., 17, dove parla di una “notevole proliferazione di norme giuridiche [...] e un crescente attivismo giurisdizionale nell'intento di limitare la discrezionalità dell'esecutivo politico e dei burocrati”.

³⁵ Sul problema della discrezionalità dell'amministrazione finanziaria, in generale, si veda il lavoro di R. LUPI, *Società, diritto e tributi. Scienze giuridiche, discrezionalità e legislazione: profili generali e riflessi tributari*, Milano 2005.

³⁶ E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, cit., 105.

³⁷ A tale proposito v. la circolare del Dipartimento delle entrate 8 agosto 1997, n.

Così, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, sembra consolidarsi un sistema piuttosto articolato di *tecniche regolatorie per "trattare" la discrezionalità*.

Innanzitutto, vi sono tecniche per *strutturare* la discrezionalità, dirigerne l'esercizio e prevenirne l'abuso.

Quando la discrezionalità è ritenuta essenziale, un primo modo per strutturarla è la sua *distribuzione* (anche *diluizione*³⁸) tra diversi livelli di amministrazione, come nella pianificazione urbanistica³⁹.

Una seconda forma chiede che il soggetto titolare di compiti il cui esercizio sia caratterizzato da discrezionalità si auto-vincoli con la *predeterminazione di criteri*⁴⁰, come nelle sovvenzioni⁴¹.

Una terza forma di strutturazione della discrezionalità è la *partecipazione procedimentale* che consente l'acquisizione e richiede la ponderazione e comparazione di interessi (pubblici e privati, primari e secondari)⁴² onde sviluppare alternative decisionali che ne garantiscano la "*due accomodation*"⁴³.

Una quarta e più sofisticata forma di strutturazione della discrezionalità consta di *principi* (ragionevolezza, proporzionalità, efficienza, economicità, ecc.) i quali prima orientano la decisione e poi operano quali canoni di un eventuale sindacato di legittimità⁴⁴.

235/E/855/SP in cui si chiedeva agli uffici di operare avendo riguardo al rapporto costi-benefici dell'operazione e del rischio di soccombenza in un eventuale contenzioso.

³⁸ Così, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 203. Cfr. K. HAWKINS, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science* cit., 24 sostiene che "Discretion is often a collective enterprise".

³⁹ Ivi.

⁴⁰ Sul punto cfr. il rilevante lavoro di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale* cit. Si veda anche G. CORSO, *Lo stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Sociologia del diritto*, 1-2/1990, 109.

⁴¹ Sul punto v. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 17/2013 e n. 6/2014, dove si distingue tra i due tipi di discrezionalità: quella limitata all'accertamento dei presupposti e quella che comporta apprezzamento discrezionale relativamente all'*an*, al *quid* o al *quomodo*.

⁴² Per una ricostruzione, cfr. M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1.

⁴³ Cfr. R.B. STEWART, *The reformation of american administrative law*, in *Harvard Law Review*, 1965, 1774, dove si sostiene che l'adeguata considerazione degli interessi introdotti attraverso la partecipazione consente "*their due accomodation*".

⁴⁴ Sul punto, F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo eccesso di potere amministrativo*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli 2017, 12.

Vi sono, poi, altre tecniche, volte a *contenere* la discrezionalità, riducendone lo spazio operativo⁴⁵.

Un primo ambito in cui si è fatto ricorso a queste tecniche è quello dell'accesso ai mercati. Una disciplina venne dapprima provvista con gli articoli 19 e 20 della legge n. 241/1990, poi consolidata nel contesto delle strategie regolatorie perseguite dalle Direttive europee di liberalizzazione⁴⁶. Il meccanismo ruota intorno alla previa *obiettivazione* dei requisiti richiesti per lo svolgimento di attività economiche⁴⁷, con la conseguenza di una sorta di "consumazione" del potere discrezionale⁴⁸.

Un secondo, diverso processo che comporta riduzione della discrezionalità è quello della *tecnificazione*⁴⁹: la crescita di rilevanza della normativa tecnica tende a "raffreddare" il momento schiettamente valutati-

V. anche F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011, specialmente nella parte in cui parla del principio di proporzionalità, e G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 1/2021, 22.

⁴⁵ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 209 dove si afferma che la discrezionalità "oggi è sottoposta ad una serie di regole, di elaborazione giurisprudenziale, che ne hanno drasticamente ridotto la portata".

⁴⁶ Cfr. A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 645 e G. CORSO, *Attività economica privata e 'deregulation'*, ivi, 629. Sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino 2008, in particolare 171.

⁴⁷ Qui il lavoro di riferimento è M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., in particolare 99 e seguenti. Negli anni successivi al 1990 si manifestò una strenua resistenza delle amministrazioni alle norme di semplificazione/liberalizzazione: timorose di perdere con la discrezionalità il potere, queste ostacolarono e tentarono di arginare la portata della riforma, così contribuendo a generare distorsioni genetiche che influenzeranno la successiva storia degli istituti.

⁴⁸ Sull'argomento, in generale, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in D. SORACE, L. FERRARA (a cura di), *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana* (Vol. 4), Firenze 2017.

⁴⁹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa* cit., 21 e M.S. GIANNINI, M. D'ALBERTI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo - Intervista a Giannini*, a cura di M. D'Alberti in *Quaderni del pluralismo-movimento scientifico*, 1984, 104, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti, 1984-1990*, Milano 2002, 126. Sul punto si veda già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., 43 dove (alla nota n. 49) si afferma "Si consideri poi che per il passato più ampia era la discrezionalità, o in genere l'agire libero politico dell'autorità amministrativa, essendovi comprese anche questioni che oggi decisamente interessano solo la discrezionalità tecnica (p.e., i pericoli di epidemie), o almeno in gran parte. Se nel futuro si giungerà per caso a scegliere certi funzionari mediante le regole della psicotecnica, molte nomine oggi discrezionali non sarebbero più tali".

vo della discrezionalità per la natura dei criteri, che saranno utili anche al controllo della decisione⁵⁰.

Un terzo fattore di contenimento della discrezionalità è la *digitalizzazione*⁵¹, processo che investe larghissima parte delle prestazioni amministrative, praticabile soprattutto per l'attività amministrativa di tipo vincolato (o a ridotta discrezionalità)⁵² per cui viene richiesta – già in sede di adozione delle regole – una costruzione in formato “machine-consumable” (*rules as a code*)⁵³.

A ben vedere, però, in questi casi non abbiamo una mera riduzione della discrezionalità quanto piuttosto una ridefinizione del modo di operare delle amministrazioni che lascia emergere discrezionalità inedite, a loro volta in cerca di regole e *standards*.

Si pensi, così, ai *controlli sulle attività economiche*, la cui semplificazione è stata di recente oggetto di riforma a seguito della delega disposta con la legge concorrenza 2021, nell'intento dichiarato di orientare al rischio la funzione di controllo provvedendo criteri per l'esercizio della discrezionalità⁵⁴.

Si pensi, ancora, ai *poteri di sanzione*, per cui le autorità indipendenti hanno adottato Linee guida⁵⁵ volte “definire una metodologia di calcolo

⁵⁰ Sull'argomento si veda il lavoro di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, in particolare 137.

⁵¹ In generale, per una ricostruzione, J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 3/2019, 619.

⁵² C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano 1998, 71 “La discrezionalità si identifica con la parte essenziale della funzione; in mancanza vi è ‘automazione’ non ‘amministrazione’”.

⁵³ J. MOHUN, *Rules as Code: Seeking contributions*, in OECD-OPSI, 2 december 2019, <https://oecd-opsi.org/blog/new-rules-contributions/>: “The Rules as Code movement involves rethinking a core function of government and reinventing it for compatibility with our digital age [...] Machine consumable rules could strengthen the ability of policy makers to navigate growing complexity and improve responsiveness. In making rules more explicit and thus consumable, governments should be better able to model interconnections between them and simulate the effects of potential changes”.

⁵⁴ Legge 5 agosto 2022, n. 118, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, art. 27 (Delega al Governo in materia di semplificazione dei controlli sulle attività economiche) con cui il Governo è stato delegato ad adottare, entro 24 mesi, uno o più decreti legislativi, volti a semplificare, rendere più efficaci ed efficienti e coordinare i controlli sulle attività economiche.

⁵⁵ Sull'argomento, cfr. W.M LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in *University of Chicago Law Review*, 50, 1983, 652. Per un'applicazione all'anticorruzione, cfr. N. GAROUPA, D. KLERMAN, *Corruption and the optimal use of nonmonetary sanctions*, in *International Review of Law and Economics*, 24, 2004, 219. Alcune autorità indipendenti

[...] con l'obiettivo di assicurare trasparenza, prevedibilità e carattere obiettivo delle proprie decisioni"⁵⁶.

Si pensi, infine, alla *traduzione di norme in algoritmo*, quando regole che disciplinano funzioni amministrative in cui sia in gioco qualche profilo di discrezionalità sono riformulate in linguaggio binario⁵⁷, operazione che sposta l'esercizio della discrezionalità dal momento dell'attuazione singolare alla formulazione dell'architettura digitale⁵⁸.

Eppure, nonostante esistano tecniche per "trattare" la discrezionalità (strutturandola o contenendola), questa risulta frequentemente "maltrattata", nel senso che il legislatore non sa come trattarla.

La discrezionalità "is often not welcomed"⁵⁹ ma il bisogno di discrezionalità perdura pur all'interno di discipline iperregolate (come quella degli appalti pubblici⁶⁰). Soprattutto tende a riespandersi negli ambiti e nei contesti in cui più forte è l'aspettativa di effettività della regolazione per l'incombente di un qualche tipo di rischio (nelle materie della sicurezza e dell'ordine pubblico⁶¹ o nella regolazione dell'emergenza).

denti (tra cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) hanno adottato linee guida sulla quantificazione delle sanzioni pecuniarie.

⁵⁶ Agcm, Delibera 22 ottobre 2014, n. 25152, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*.

⁵⁷ Pressoché tutti gli scritti in materia di digitalizzazione e algoritmizzazione delle decisioni amministrative dedicano una riflessione alla questione della discrezionalità. Cfr. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Diritto pubblico*, 3/2020, 966; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2/2020, 309; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2019, 363; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 6 febbraio 2019, 1. Sul punto, v. infine Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 881.

⁵⁸ C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali* cit., 71.

⁵⁹ L. TUMMERS, V.J.J.M. BEKKERS, *Policy Implementation, Street-level Bureaucracy and the Importance of Discretion*, in *Public Management Review*, 16(4), 2014, 530.

⁶⁰ Sul punto, cfr. M. CLARICH, *Introduzione*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, XXXIX: "La discrezionalità, se esercitata in modo corretto, costituisce un valore, perché consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto".

⁶¹ Con sentenza n. 177 del 1980, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con gli artt. 13 e 25, comma 3, della Costituzione, la previsione dell'applicabilità delle misure di prevenzione a coloro che «per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere»,

Quando si tratta, cioè, di avere risposte amministrative effettive i profili di responsabilità connessi all'esercizio di poteri discrezionali vengono temperati perché – pur operando *ab externo* – influenzano nel concreto l'atteggiamento dei funzionari, contribuendo alla distorsione della discrezionalità in senso difensivo⁶².

Così, si giunge ad un punto di snodo: ci occupiamo di regole (perché queste ne disegnano lo spazio e ne consentono il controllo) ma non di sole regole vive la discrezionalità⁶³.

4. *Qualità delle regole e istruttoria normativa*

Il complesso di prescrizioni che indichiamo sinteticamente con la formula qualità della regolazione solleva due questioni che si collocano “a monte del problema tradizionale della discrezionalità”⁶⁴ e che nondimeno lo condizionano.

La prima questione è *se i vincoli di diritto positivo che vengono dalla qualità della regolazione* (le cd. meta-regole di qualità) *strutturino una forma di discrezionalità nel procedimento normativo*. La seconda è *quando si debbano prevedere e come si debbano regolare in una qualsivoglia istruttoria normativa i poteri discrezionali delle amministrazioni*⁶⁵.

La prima questione può essere affrontata solo nella contezza dalla distinzione tra *attività normativa e amministrativa*⁶⁶, dalla linea di confine tra disporre in astratto e provvedere in concreto: nell'attività normativa, cioè, “il legislatore non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il

formula del tutto indeterminata che «offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità».

⁶² B.G. MATTARELLA, *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, in J. MENDES (ed. by), *EU executive discretion and the limits of law*, Oxford 2019, 23.

⁶³ C.E. SCHNEIDER, *Discretion and Rules: a Lawyers View*, cit., 87, dove si afferma che “[...] in deciding what mix of discretion and rules to prefer, one [...] must ask what kinds of cultural, social, political, psychological, institutional, and doctrinal forces may moderate that discretion”.

⁶⁴ D. DE PRETIS, B. MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, cit., 342.

⁶⁵ Ivi, 341: “come la legge [possa] legittimamente conferire all'amministrazione il potere di scegliere discrezionalmente come comportarsi”.

⁶⁶ Sul punto cfr. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2000, 1071. Su “Discrezionalità legislativa e discrezionalità amministrativa”, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., 104 ss.

possibile urto (formula approssimativa)⁶⁷. Se però le premesse della discrezionalità sono nella legge⁶⁸, quando la discrezionalità non funziona a livello amministrativo (perché genera arbitri, abusi o corruzione⁶⁹, eccessivo contenzioso, contenzioso in cui l'amministrazione è ricorrentemente soccombente, tolleranza amministrativa, altre disfunzioni amministrative, ecc.) potrebbe esservi un difetto del modo in cui è stata questa è stata progettata. È dunque legittimo, forse anche opportuno, porsi interrogativi che riguardino la filiera integrata della decisione amministrativa, fino a considerare la regola che ne costituisce il presupposto.

Per questa via si giunge al tema della qualità della regolazione, un sistema di prescrizioni con funzione di auto-vincolo volto a razionalizzare il modo di produzione delle regole⁷⁰. L'introduzione della relativa disciplina si è realizzata nel nostro ordinamento lungo quasi un quarto

⁶⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., 106.

⁶⁸ Sul punto, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 202, dove si richiama PLATONE, *Politico*, a cura di M. Migliori, Milano 1996, IV (limiti e necessità della legge), 181: "Perché una legge non potrà mai ordinare con precisione e per tutti, la cosa più buona e più giusta indicando contemporaneamente anche ciò che è assolutamente valido. Infatti le differenze, sia tra gli uomini, sia tra le azioni e il fatto che nessuna cosa rimane mai, per così dire, statica, impediscono a qualsiasi tecnica, quale che sia, di affermare in un qualunque settore qualcosa di semplice, valido per tutti i casi e per tutto il corso del tempo".

⁶⁹ Sul tema sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, Hart, 2022, 114 ss. Si veda anche A. OGUS, *Corruption and regulatory structures*, in *Law & Policy*, 26, 2004, 331, dove si sostiene che l'inflazione regolatoria accresce la burocrazia e i poteri discrezionali, così creando un ambiente favorevole alla corruzione. Cfr. anche A. SHLEIFER, R.W. VISHNY, *Corruption*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1993, 599: "insofar as government officials have discretion over the provision of these goods [such as licences, permits, passports and visas], they can collect bribes from private agents".

⁷⁰ R. GUASTINI, *Gerarchie normative* cit., 63: "il legislatore ha dettato regole al legislatore futuro (o se preferite ha dettato regole a se stesso)". Si veda anche A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1989, 72, dove si riporta l'opinione di Norbert Wimmer sostenendo che la razionalizzazione della decisione legislativa (e dunque la produzione delle regole e l'uso non formale delle tecniche di analisi economica della regolazione) è, innanzi tutto, un problema politico. Anche il PNRR è stato considerato un auto-vincolo, cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, 7 settembre 2022, 3-4: "[...] il PNRR configura, a ben vedere, un nuovo metodo di governo, che incide su tutti i poteri dello Stato, chiamati in qualche modo a ridefinire sé stessi, nelle regole e nelle prassi che li hanno a lungo caratterizzati quanto ai tempi e alle modalità di lavoro, ma pur sempre in coerenza con i principi e le prescrizioni della carta costituzionale (letta, come è necessario, alla luce dei Trattati europei)". Sul tema della razionalità delle scelte nell'esercizio di discrezionalità, cfr. A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, n. 1/2022, 87.

di secolo (a partire dalla prima legge di semplificazione, nel 1999)⁷¹: è, innanzi tutto, oggetto di *fonti di diverso rango* (leggi, d.p.c.m., direttive, circolari); riguarda *tutti i tipi di regolatori* (il Parlamento⁷²; il Governo; le autorità indipendenti); comporta *l'adozione di una serie di documenti istruttori* (la relazione illustrativa⁷³; la relazione tecnica/relazione tecnico-finanziaria⁷⁴; la relazione sull'analisi tecnico-normativa-ATN⁷⁵; la relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione-AIR⁷⁶).

Questi documenti sono messi a sistema per l'istruttoria degli atti nor-

⁷¹ Per una ricostruzione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *La qualità delle funzioni regolatorie: ieri, oggi e domani*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Vol. V, D. SORACE, L. FERRARA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze 2016, 135.

⁷² L'art. 79, comma 4, del regolamento della Camera dei Deputati dispone che l'istruttoria del procedimento legislativo prende tra l'altro in considerazione la "necessità dell'intervento legislativo", "la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese". La giurisprudenza costituzionale, com'è noto, continua a escludere l'applicabilità delle prescrizioni regolamentari attinenti al procedimento di formazione degli atti legislativi come norme interposte idonee a condizionare la validità di questi ultimi, cfr. G.L. CONTI, *I regolamenti parlamentari*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 437.

⁷³ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2009, *Istruttoria degli atti normativi del Governo*: "Gli schemi di atti normativi adottati dal Governo e i regolamenti, ministeriali o interministeriali devono essere accompagnati da una relazione illustrativa" che indichi "le motivazioni dell'intervento normativo, le sue finalità, i prevedibili effetti del provvedimento anche con riferimento alle esigenze cui esso intende rispondere e al contesto economico e sociale sul quale il provvedimento interviene".

⁷⁴ Ivi: "La relazione tecnica deve accompagnare tutti i disegni di legge, gli schemi di decreto legislativo e gli emendamenti d'iniziativa governativa che comportino conseguenze finanziarie". Inoltre, "nella relazione sono riportati i dati e i metodi utilizzati dalle amministrazioni per la quantificazione degli oneri, le relative fonti e ogni altro elemento utile per consentire le necessarie verifiche tecniche in sede parlamentare".

⁷⁵ Ivi: "La relazione tecnico-normativa è mirata a verificare l'incidenza della normativa che si intende introdurre sull'ordinamento giuridico vigente, nonché a verificare la corretta applicazione dei principi in materia di redazione tecnica degli atti normativi".

⁷⁶ L'AIR, originariamente prevista dall'art. 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50, è in seguito stata disciplinata dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, *Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*, art. 14, commi 1-11, dal D.p.c.m. 11 settembre 2008, n. 170, *Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione* (AIR) e dal D.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169, *Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*. La Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2009, *Istruttoria degli atti normativi del Governo* descrive l'Air come "un insieme di attività che le amministrazioni statali devono realizzare in fase di predisposizione degli atti normativi al fine di verificare *ex ante* l'opportunità di un nuovo intervento normativo, tenendo con-

mativi del Governo ma obliquamente operano anche per gran parte della legislazione primaria⁷⁷. Infatti, in Italia come altrove⁷⁸, il Governo è il “Signore delle fonti”⁷⁹ e anche quando le leggi hanno un *iter* interamente parlamentare, l’iniziativa governativa ha una probabilità di successo e di rapidità di approvazione molto più elevata⁸⁰.

4.1. *Obiettivi, consultazioni, opzioni regolatorie*

Guardiamo ora proprio all’AIR, il paradigma degli strumenti di qualità della regolazione. Questa è articolata in fasi⁸¹ che costituiscono altret-

to dei probabili effetti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni”.

⁷⁷ La rilevanza del governo nell’intero processo di formazione della legge primaria è aumentata nel corso del tempo e sempre più spesso la legislazione è costituita da decreti legge e decreti legislativi piuttosto che da leggi parlamentari ordinarie. Ad esempio, nel corso della XVIII Legislatura sono state approvate (periodo 23 marzo 2018 – 10 agosto 2021) 213 leggi: “due leggi di revisione costituzionale di iniziativa parlamentare [...] e 211 leggi ordinarie (75 leggi di conversione di decreti-legge e 136 altre leggi ordinarie, 94 di iniziativa governativa, 40 di iniziativa parlamentare e 2 di iniziativa mista popolare e parlamentare); [...] sono stati emanati 108 decreti-legge (4 deliberati dal governo Gentiloni, 26 dal governo Conte I, 54 dal governo Conte II e 24 dal governo Draghi), 115 decreti legislativi e 12 regolamenti di delegificazione”, cfr. Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea-Rapporto sulla legislazione 2021*, La legislazione al 10 agosto 2021, p. 23.

⁷⁸ Camera dei Deputati Servizio Studi, XVIII legislatura, *La produzione normativa: cifre e caratteristiche*, 16 dicembre 2018, p. 21.

⁷⁹ M. CARTABIA, *Il Governo ‘Signore delle fonti?’*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, atti del convegno annuale dell’Associazione ‘Gruppo di Pisa’, Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino 2011, IX.

⁸⁰ Camera dei Deputati, *Dati e tendenze della legislazione statale nella XVI e nella XVII Legislatura*, Estratto dal Rapporto sulla legislazione 2017-2018, n 7, 6 giugno 2018, p. 18.

⁸¹ Previste dal D.p.c.m. n. 169 del 2017 – art. 8, fasi dell’Air: “1. L’Amministrazione avvia l’AIR contestualmente all’individuazione dell’esigenza di un intervento normativo. 2. L’AIR, fatte salve le indicazioni contenute nella direttiva di cui all’articolo 3, comma 1, si articola nelle seguenti fasi: a) analisi del contesto e individuazione dei problemi da affrontare, [...]; b) individuazione dei potenziali destinatari, pubblici e privati, dell’intervento e definizione della loro consistenza numerica; c) definizione degli obiettivi dell’intervento normativo, coerenti con l’analisi dei problemi di cui alla lettera a); d) elaborazione delle opzioni, anche di natura non normativa, inclusa quella di non intervento (c.d. opzione zero); e) valutazione preliminare delle opzioni, con riguardo all’efficacia, alla proporzionalità e alla fattibilità, e conseguente individuazione delle opzioni attuabili; f) comparazione delle opzioni attuabili, [...]; g) individuazione dell’opzione preferita, delle condizioni specifiche per la sua attuazione e delle modalità di effettuazione del monitoraggio e della successiva valutazione”.

tanti nodi di una decisione sostanzialmente discrezionale. Ne richiameremo tre: obiettivi, consultazioni e opzioni regolatorie.

Nella relazione Air deve, innanzi tutto, esservi la “*defnizione degli obiettivi dell'intervento normativo*”. La Guida Air del 2018 ne indica le caratteristiche: *chiarezza, articolazione gerarchica* (devono essere generali e specifici)⁸², *ragionevolezza* (devono essere realistici), *correlazione con indicatori* (perché in assenza di indicatori la valutazione è impraticabile e l'obiettivo potrebbe rivelarsi simbolico)⁸³.

Per orientare l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni è importante che la legislazione provveda obiettivi chiari e indicatori affidabili.

Quanto alle *consultazioni*, l'art. 13 della legge n. 241/1990 esclude dall'applicazione delle norme in materia di partecipazione l'attività diretta all'emanazione di atti normativi⁸⁴ ma fin dalla legge di semplificazione del 1999 è richiesto lo svolgimento di consultazioni di *cittadini, imprese e amministrazioni* nell'ambito dell'AIR⁸⁵.

Dal punto di vista della discrezionalità, le consultazioni pongono tre questioni, di certo interesse⁸⁶.

Innanzitutto, le consultazioni non sono un adempimento procedu-

⁸² H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna 2001, 122 parla di gerarchia dei fini grazie a cui il “comportamento raggiunge integrazione e coerenza”.

⁸³ Gli obiettivi devono (in altri termini) essere funzionali ad un processo di valutazione coerente, nella logica «Smart» (sviluppata nella letteratura manageriale) e accolta dagli interventi delle istituzioni europee in materia, obiettivi *specifici* (in modo da non lasciare adito a diverse interpretazioni), *misurabili* (dunque tali da consentire una stima del risultato conseguito), *accettati* (da coloro che devono assumere la responsabilità del loro perseguimento e dai destinatari della regolazione), *realistici e time-dependent* (collegati a una data o a un periodo di realizzazione). Sul tema cfr. G. DORAN, *There's a S.M.A.R.T. Way to Write Management's Goals and Objectives*, in *Management Review*, 1981, 70, 11, 29.

⁸⁴ Sull'argomento, in generale, cfr. M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1. Tale lacuna è stata, peraltro, considerata una vera e propria disfunzione del diritto amministrativo italiano, in M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2012, 305.

⁸⁵ Le consultazioni sono, peraltro, richieste in tutte le normative riguardanti i procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, come nella legge per la tutela del risparmio (art. 23, l. 28 dicembre 2005, n. 262), nella disciplina delle comunicazioni elettroniche (codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, art. 24) o delle assicurazioni (codice delle assicurazioni, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 191, comma 4).

⁸⁶ Sul tema, v. le considerazioni E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano 2008, 211.

rale di tipo formale, andrebbero svolte nel rispetto di *standard* minimi da tempo indicati con comunicazione della Commissione Europea⁸⁷. Anzi, il “come consultare” è oggetto della Direttiva sull’istruttoria normativa del Governo (2009) e di una apposita sezione della Guida Air. In secondo luogo, le consultazioni pongono un problema di *dimensione degli interessi*: infatti, non sempre gli interessi rilevanti hanno una rappresentanza al livello di governo in cui si regola, per cui in caso di sotto-rappresentazione⁸⁸, è necessario procedere ad una loro verifica nell’istruttoria, simulandone la presenza. In terzo luogo, le consultazioni pongono un problema di *forza degli interessi*. Alcuni tra quelli organizzati possono avere una maggiore capacità di contribuire al procedimento costruendo alternative decisionali plausibili⁸⁹. Così, le consultazioni portano anche il rischio⁹⁰ di cattura e di transazioni corrotte⁹¹.

Comunque, per l’esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni è importante che quando si adottano regole vengano svolte consultazioni adeguate, perché in sede di consultazione si rafforza l’apparato conoscitivo della regolazione, si anticipano (e auspicabilmente si possono risolvere) possibili profili di criticità dell’attuazione amministrativa e si previene (per quanto possibile) il contenzioso.

Infine, quanto alle *opzioni regolatorie*, la guida AIR richiede che nella relazione vi sia una “elaborazione delle opzioni, anche di natura non normativa, inclusa quella di non intervento (c.d. opzione zero)”. L’impegno a formalizzare le opzioni regolatorie nell’istruttoria è importante perché contribuisce ad evidenziare due cose.

Innanzitutto, che il sistema di prescrizioni volto a conseguire qualità

⁸⁷ European Commission, Communication, *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, 11 dicembre 2002, Com(2002) 704 final, dove si richiede la chiarezza sull’oggetto delle consultazioni, la possibilità che tutte le parti interessate possano esprimere il proprio punto di vista, la adeguata diffusione di informazioni per partecipare, la previsione di tempi congrui per rispondere e inviare contributi, la pubblicità dei risultati delle consultazioni.

⁸⁸ Sul punto, cfr. J.L. MASHAW, *Structuring a “dense complexity”: accountability and the project of administrative law*, in *Issues in legal scholarship*, 2005, 1. Si richiama, sul tema, il lavoro di M. OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Group*, Cambridge 1965, trad. it. *La logica dell’azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano 1983.

⁸⁹ Sul tema, in generale, E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini 1983-1984.

⁹⁰ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 165.

⁹¹ Cfr. A. OGU, *Corruption and regulatory structures*, cit., 341.

della regolazione richiede una *divisione del lavoro tra politica e amministrazione* nella produzione normativa (chi istruisce le opzioni alternative e chi sceglie)⁹². In secondo luogo, a ben vedere, la qualità della regolazione opera quale freno dell'inflazione normativa, perché l'*opzione zero* (quella di non-intervento o di mantenimento dello *status quo*) deve essere sempre la prima da valutare⁹³.

Per l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni è, così, importante che vi sia una giustificazione persuasiva dell'opzione prescelta in sede di regolazione, perché questa giustificazione esplicita il contesto in cui si dovrà muovere l'azione amministrativa chiarendone finalità, criticità e interessi.

4.2. *Regolazione delle autorità indipendenti, atti normativi del Governo, legge del Parlamento*

Ogni discrezionalità amministrativa è, in qualche modo, figlia di una discrezionalità normativa⁹⁴. In altri termini, la discrezionalità amministrativa viene strutturata in un certo modo piuttosto che in un altro in esito ad un percorso a sua volta discrezionale ma di natura normativa (volto cioè a disporre in astratto, per disciplinare innumerevoli casi)⁹⁵. Anche questo, si è visto, consta di una istruttoria che oggi richiede la fissazione di obiettivi, la valutazioni di fatti, l'acquisizione di interessi, la definizione

⁹² G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa* cit., 27. Si veda anche G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 231. Sul punto, H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo* cit., 116. Ancora, si veda European Commission, Communication *EU Regulatory fitness*, COM(2012) 746 final, 4, dove si afferma che, a partire dal 2014 “the Commission will not examine proposals in areas of existing legislation until the regulatory mapping and appropriate subsequent evaluation work has been conducted”. Il programma *EU Regulatory Fitness* in vista dell'adozione di nuove regole ha fissato il principio *evaluation first*, di previa valutazione dell'assetto normativo vigente.

⁹³ Cfr. G. NAPOLITANO, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2022, 155.

⁹⁴ K. HAWKINS, *Law as Last Resort: Prosecution Decision-making in a Regulatory Agency*, Oxford 2001, 39 parla di una distinzione tra “*decisions made about particular cases and decisions about to deal with classes of case*”.

⁹⁵ A tale riguardo si richiama il lavoro di M.D. McCUBBINS, R.G. NOLL, B.R. WEINGAST, *Administrative procedures as instruments of political control*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1987, 264, dove si afferma che “*the rulemaking model has a singular capacity for controlling discretion and assuring accountability*”, e dove viene proposto un “*greater use of rulemaking in areas where they have been content to proceed by adjudication in the past*”.

(prima) e la scelta (poi) di possibili opzioni decisionali. Il ragionamento, però, necessita di una specifica declinazione per i diversi produttori di regole.

Il primo discorso, decisamente più lineare, riguarda gli *atti di regolazione delle autorità indipendenti*, assoggettati ad obblighi istruttori puntuali di adozione di Air e Vir e a stringenti vincoli di consultazione (i quali giungono dalle direttive europee matrici delle legislazioni dei settori regolati). Qui il problema è rafforzare la legittimazione e compensare le carenze di *accountability* delle autorità per via procedurale⁹⁶. Il giudice amministrativo si è pronunciato in più occasioni, confermando che le regolazioni adottate dalle autorità indipendenti sono informate al principio di partecipazione⁹⁷ e chiarendo il nesso tra motivazione e relazione AIR, perché in quella sede “viene indicato il percorso motivazionale che ha condotto all’adozione della misura regolatoria”⁹⁸.

Il secondo discorso riguarda gli *atti normativi del Governo*. Pur esclusi dall’ambito applicativo delle norme sulla partecipazione⁹⁹ sono quelli

⁹⁶ Sul punto, S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, n. 5, Torino, 1999, 42 e M. D’ALBERTI, *Procedimenti ‘generali’ e ‘singolari’: problemi attuali e miglioramenti possibili*, ivi, 91. Cfr., ancora, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000, 33. Sulla partecipazione come surrogazione del *political process*, cfr. M.D. McCUBBINS, R.G. NOLL, B.R. WEINGAST, *Administrative procedures as instruments of political control*, cit., 244-245.

⁹⁷ Consiglio di Stato, V, 22 maggio 2001, n. 2823, dove si sostiene che il principio di partecipazione “costituisce principio generale dell’ordinamento giuridico”, correlato “con i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento” e che, per non vanificarlo o eluderlo, occorre una interpretazione restrittiva delle eccezioni, v. il commento di F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 1248.

⁹⁸ Consiglio di Stato, VI, 2 maggio 2012, n. 2521. Sul tema, in generale cfr. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 205.

⁹⁹ Sul punto, v. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1977, 258. V. anche L. GIANNITI, voce *Motivazione*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari 2000, soprattutto 308, dove si afferma che questa esclusione è un “portato della prevalenza della concezione semplicemente endoprocedimentale della motivazione che la intende come meramente funzionale agli interessi dei destinatari dell’atto e del successivo controllo giurisdizionale”. L’art. 13, I comma, della legge n. 241/90, prevede che le disposizioni del capo III (partecipazione al procedimento amministrativo) non si applicano “nei confronti dell’attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”. Coerentemente, l’art. 3 dalla legge n. 241/1990, comma 2, dispone che “la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto

in cui maggiormente è necessaria l'identificazione, la ponderazione e la comparazione di tutti gli interessi coinvolti¹⁰⁰. Oggi, l'attività normativa del Governo (ivi compresa l'iniziativa legislativa) richiede una serie di relazioni istruttorie¹⁰¹, le quali¹⁰² “realizzano compiutamente le esigenze motivazionali”¹⁰³. In questo ambito è centrale ancora il ruolo del Consiglio di Stato, che interviene *ex ante*, in sede consultiva¹⁰⁴, con i pareri della sezione Atti normativi del Governo. Da una recente ricognizione, è emerso nel triennio 2018-2020 questi sono numericamente crescenti (78 pareri nel 2018, 92 nel 2019, 96 nel 2020) ma danno conto di un ricorso non soddisfacente da parte delle amministrazioni agli strumenti di qualità della regolazione, per diverse ragioni (perché l'Air è mancante; perché è un adempimento formalistico; perché è utilizzata come giustificazione *ex post*; perché non vi sono indicatori che preparano la valutazione, etc.)¹⁰⁵. La pressione per la qualità della regolazione che viene dalle poli-

generale”, A. PAJNO, *Motivazione in generale e motivazione della legge*, in A.G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, atti del convegno, Roma 3 aprile 2014, Milano 2015, 56 sostiene che “l'esclusione dell'obbligo della motivazione derivi proprio dalla *materia normativa* dell'atto”.

¹⁰⁰ Cfr. M. NIGRO, Relazione introduttiva, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno di Messina-Taormina 1988, Milano 1990, 24.

¹⁰¹ Tale è la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato, VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972. Si v. anche C. DEODATO, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in A.G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione* cit., 41 dove espressamente si richiama N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in Osservatorio sulle fonti 2000, Torino 2001, 84.

¹⁰² Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2009, *Istruttoria degli atti normativi del Governo*: “Istruttoria degli atti normativi è fortemente condizionata anche dalla completezza ed esaustività delle relazioni, che devono essere predisposte a corredo dei predetti atti”.

¹⁰³ Ivi.

¹⁰⁴ In generale sul punto v. S. CASSESE, *L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998, 87, in particolare 95 dove si ricorda che “giurisdizione e consulenza hanno un comune fondamento, essendo attività neutrali. Le due sarebbero, anzi, una 'unica funzione'”. Sull'argomento v. L. TORCHIA, *Funzioni consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2016, 285 e L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, in B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, II, Milano 2017, 43. In generale, C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna 2002.

¹⁰⁵ Cfr. I. ORSINI, *L'istruttoria per gli atti normativi: analisi dei pareri del Consiglio di Stato nel triennio 2018-2020*, tesi Master in Management e Politiche delle Pubbliche Amministrazioni, Luiss Guido Carli, a.a. 2020-2021, *paper*.

tiche di ripresa e resilienza, ha poi portato a richiedere interventi ancora più incisivi¹⁰⁶.

Il terzo, ultimo e più “delicato”¹⁰⁷ discorso riguarda la *legge del Parlamento*. Questa è stata progressivamente sospinta nell’alveo comune degli “atti pubblici”¹⁰⁸, desacralizzata¹⁰⁹. Si spiega così che la dottrina abbia riservato attenzione al tema della sua motivazione, questione centrale per “rassicurare la comunità circa la non-irrazionalità della decisione assunta”¹¹⁰. Proprio riguardo all’Air e all’Atn si è sostenuto che queste svolgono “le funzioni tipiche della motivazione degli atti giuridici”¹¹¹, che ne siano “corredo motivazionale”¹¹²; insomma, si è già da tempo posta la questione “se ed in che misura” queste relazioni “poss[a]no costituire oggetto di esame e di argomentazione per decidere intorno alla ragionevolezza della legge”¹¹³. D’altro canto, l’assenza di un riferimento

¹⁰⁶ G. NAPOLITANO, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR* cit., 157, dove si prefigura la redazione di un “prezioso breviario per le amministrazioni regolatrici” e 158 dove si richiama il potere di rapporto del Consiglio di Stato sull’oscurità della legislazione.

¹⁰⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., 104: “Il tema della discrezionalità del legislatore dà luogo a problemi delicati che rientrano in gran parte in altri ordini di questioni” osservando che vi è “confusione tra discrezionalità, che è nozione strettamente giuridica, e discrezione, che è nozione della vita quotidiana”. Più avanti, avendo riaffermato che la “discrezionalità è [...] una sfera di disposizione positivamente limitata”, si conferma che “una vera e propria discrezionalità del legislatore può averci solo in quei casi in cui la sfera di disposizione di lui sia limitata positivamente” (105-106).

¹⁰⁸ P. CARETTI, *Motivazione – I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica Trecani*, 1.

¹⁰⁹ Sulla legolatria, cfr. P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, 134. V. anche R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova 1999, 22 ss. e 241 dove si afferma un “principio della responsabilità di tutti i soggetti pubblici (e quindi anche del legislatore)”.

¹¹⁰ A. ROMANO-TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano 1994, 1604.

¹¹¹ B.G. MATTARELLA, *Analisi d’impatto della regolamentazione, analisi tecnico normativa e motivazione degli atti giuridici*, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L’Analisi d’impatto della regolazione (AIR) e l’Analisi tecnico-normativa (ATN) nell’attività normativa del Governo*, Milano 2003, 100, ha sostenuto che “il discorso sull’Air e l’Atn finisce fatalmente per sfociare in quello sulla motivazione delle leggi”. Si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Parlamento, Governo e funzione normativa*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 12, Seminario 2001, Torino 2002, 55.

¹¹² N. LUPO, *La motivazione delle leggi alla luce del nuovo Titolo V Cost.*, in *Iter Legis*, marzo-maggio 2002, 33.

¹¹³ G.U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 163.

in Costituzione alla qualità delle regole¹¹⁴ spiega la cautela della Corte costituzionale¹¹⁵. Eppure, in dottrina si considera l'orizzonte della sindacabilità del procedimento legislativo¹¹⁶ più vicino che in passato¹¹⁷, pur nelle sue diverse possibili configurazioni (eccesso di potere legislativo¹¹⁸,

¹¹⁴ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Analisi d'impatto della regolamentazione, analisi tecnico normativa e motivazione degli atti giuridici* cit., 99: "se la Corte costituzionale si serve dei lavori parlamentari, perché non dovrebbe servirsi anche dell'AIR e dell'ATN?". V. anche A. MORELLI, *I controlli sulla qualità degli atti normativi del Governo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino 2011, 414.

¹¹⁵ Si consideri anche il tenore letterale della previsione della legge 11 marzo 1953, n. 87, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, dove, all'art. 28, si dispone che il controllo di legittimità della Corte "su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento".

¹¹⁶ Sul punto v. P. CARETTI, *Motivazione – I Diritto costituzionale* cit., 6. V. anche M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, 835, E. LONGO, *Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione* cit., 406: "poste le regole e le procedure stabilite a presidio della qualità delle norme nella fase della loro formazione, occorre che tali regole siano anche giustiziabili perché i fini politici siano effettivamente raggiunti". Si veda sul punto, S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1992, 312, R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, 207 e Q. CAMERLENGO, *L'istruttoria legislativa e il sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 2467.

¹¹⁷ Sul punto si veda M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo* cit. 836, dove si afferma: "la dottrina dell'insindacabilità degli atti del procedimento legislativo, se la si vuole mantenere in vita, deve essere fondata su presupposti nuovi e diversi; altrimenti deve essere abbandonata". Si v. anche A. MORELLI, *I controlli sulla qualità degli atti normativi del Governo*, cit., 415: "effetti benefici per la qualità della normazione (anche di quella degli atti legislativi d'iniziativa governativa) potrebbero derivare da qualche mutamento d'indirizzo giurisprudenziale da tempo sollecitato dalla dottrina e in particolare, dall'atteso *revirement* in ordine alla sindacabilità da parte della Corte dei vizi formali scaturenti, nell'approvazione dei testi legislativi, dalla violazione dei regolamenti parlamentari".

¹¹⁸ Sull'argomento cfr. Q. CAMERLENGO, *L'istruttoria legislativa ed il sindacato di costituzionalità*, cit., 2463; E. LONGO, *Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione* cit., 420. In generale, si veda anche F. MODUGNO, voce *Legge (vizi della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1973, 1031-1032. V. già S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico*, I, Roma 1902, ora in *Scritti minori*, I, Milano 1990, 242, dove si afferma che il Parlamento "in certi campi della funzione legislativa [...] non ha poteri sconfinati, ma poteri discrezionali, il che vuol dire limitati". Per un'analisi dal punto di vista della motivazione, cfr. M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano 2011, 149 e N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento* cit., 71, dove si afferma che "in questo modo si finisce per avvicinare,

ragionevolezza¹¹⁹, vizi formali della legge¹²⁰). Ed è ragionevole ritenere che, dall'esercizio di questo eventuale sindacato della Corte costituzionale¹²¹ potrebbe derivare una spinta al miglioramento della qualità della legislazione¹²² (prima) e al funzionamento dell'amministrazione (poi).

5. *Qualità delle regole e discrezionalità amministrativa*

Dal momento che la regolazione dell'autorità discrezionale è uno dei temi più pressanti del diritto contemporaneo¹²³, occorre affrontare la seconda questione che ci siamo posti, cioè *quando si debbano prevedere (a*

dal punto di vista logico, la legge all'atto amministrativo e per impiegare nel sindacato di costituzionalità categorie utilizzate dal giudice dell'amministrazione". Per la diversa configurazione dal punto di vista dell'eccesso di potere legislativo v. G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, 167 e A. ROMANO TASSONE, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Torino 1994, 38: "[...] o si ritiene configurabile, a carico degli atti legislativi, il vizio d'eccesso di potere – ed allora si dovrà ammettere che questi ultimi debbano esser motivati – ovvero si opina che tale vizio non possa inficiare i prodotti della funzione legislativa, ed allora sembra ovvio negare che essi necessitino di motivazione".

¹¹⁹ Sul punto, v. G. ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 130. V. anche Q. CAMERLENGO, *L'istruttoria legislativa ed il sindacato di costituzionalità* cit., 2464

¹²⁰ G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 411.

¹²¹ C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1, 458. Sul punto, cfr. D. DE PRETIS, B. MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione* cit., 385: "i principi di legalità di ragionevolezza e di imparzialità, cui l'esercizio del potere discrezionale deve informarsi, costituiscono i fondamentali strumenti di contenimento del potere discrezionale impiegati tanto dal giudice amministrativo quanto dal giudice costituzionale".

¹²² Sulla tesi della funzione superlegislativa della Corte costituzionale, cfr. E. LONGO, *Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione* cit., 413, dove si cita M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte Costituzionale*, in R. ROMBOLI, *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino 2018, 84. V. anche P. BARILE, *Legami fra la Corte costituzionale e le funzioni esecutiva e legislativa e influenza di queste su quella*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano 1965, 65. Per contestualizzare teoricamente il problema è sempre utile la lettura di N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, 217 e H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, Bologna 1973, 23.

¹²³ Così D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano 1999, alla nota 379, dove si cita il già richiamato lavoro di K.C. DAVIS, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry* cit.

monte) e come si debbano regolare in una qualsivoglia istruttoria normativa i poteri discrezionali delle amministrazioni.

In questa sede, possiamo provare a fornire solo un paio di indicazioni di massima e portare qualche esemplificazione.

In primo luogo, se la tecnica primaria di strutturazione della discrezionalità è la formazione delle regole¹²⁴ (di regole parliamo perché in materia di discrezionalità la legalità va intesa in modo più ampio, come già ricordato¹²⁵), una prima considerazione riguarda i soggetti che a vario titolo (e a diverso livello) sono chiamati a regolare (Parlamento, Governo, autorità indipendenti ma anche Regioni etc.). Evidentemente, questi dovrebbero aver contezza di “*come fare cose con le regole*”¹²⁶, di quali siano i vantaggi e gli svantaggi nel ricorso ad una regolazione di dettaglio piuttosto che nell’attribuzione di potere discrezionale (e viceversa). Occorre cioè che siano nella condizione di perseguire una strategia della discrezionalità capace di contenerla, strutturarla e controllarla¹²⁷ a seconda delle necessità e alla luce degli obiettivi perseguiti¹²⁸.

In secondo luogo, la discrezionalità esiste perché la legge non può regolare tutto *ex ante*, se lo facesse sarebbe una iattura¹²⁹, né l’amministrazione può essere considerata un distributore automatico di beni o servizi¹³⁰. Ma quali siano quelli che Feliciano Benvenuti ha chiamato “*ingredienti della discrezionalità*”¹³¹ non può dirsi in astratto, è necessaria una ricostruzione attenta, ogni volta, sia del quadro regolatorio in analisi che della pratica della discrezionalità da parte delle amministrazioni. Insomma, si tratta di aprire un cantiere di ricerca in cui ricapitolare i singoli

¹²⁴ Ivi, 190.

¹²⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., 21. Si veda anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale* cit., 234,

¹²⁶ W. TWINING, D. MIERS, *How to do things with rules* (5th ed.), Cambridge 2010.

¹²⁷ D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa* cit., 188.

¹²⁸ G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico* cit., 227 dove si che “Una volta delegato il compito di attuare una determinata politica alla pubblica amministrazione [...] il *principale* deve decidere se lasciare all’*agente* ampia discrezionalità o se invece imporgli di seguire una regola in grado di vincolare le sue decisioni”. Sul punto si veda F. MERLONI, *Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell’amministrazione*, in *Liber Amicorum per Marco D’Alberti*, Torino 2022, in particolare 469.

¹²⁹ Così G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 13 citando Giannini.

¹³⁰ Così G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo* cit., 162.

¹³¹ F. BENVENUTI, *Introduzione al tema*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano 1998, 5.

settori di amministrazione guardando proprio al ruolo rivestito dalla discrezionalità¹³².

Traiamo qualche esemplificazione dal tormentato tema della regolazione delle concessioni di demanio marittimo ad uso turistico-balneare, le cui problematiche sono da tempo note. Qui il tema della discrezionalità è proprio al centro e offre una interessante chiave interpretativa per rileggere diversi aspetti del regime amministrativo.

Un primo aspetto, è quello dei *criteri per la determinazione dei canoni concessori*. La disciplina del codice della navigazione prevedeva la determinazione del canone “su misura” (cioè attraverso la stima diretta, a cura del capo del compartimento marittimo con l’assenso dell’Intendente di finanza)¹³³. Per ridurre la discrezionalità e i pericoli di arbitrio, abusi e corruzione, venne introdotto il cd. sistema delle tabelle, con specifiche quantificazioni (espresse in lire/mq) sia per le tipologie di occupazione che in funzione dell’estensione dell’area concessa¹³⁴. Anche se la discrezionalità venne ridotta e il procedimento basato su parametri oggettivi (applicabili uniformemente su tutto il territorio nazionale) ciò non ha evitato altri e diversi problemi: incertezza degli introiti, instabilità del quadro normativo, contenzioso, abusivismo, sperequazioni.

Un secondo aspetto, riguarda i *poteri regionali di pianificazione costiera* degli usi del demanio marittimo, che devono essere attuati a valle da piani comunali per la gestione delle spiagge. Ebbene, questa pianificazione regionale non è stata concepita per essere aperta alla *partecipazione* di tutti gli interessi rilevanti, poiché coinvolge oltre alla Regione solo i comuni interessati e le associazioni rappresentative delle imprese di categoria, anche se più di recente vi è stata nella prassi qualche apertura

¹³² K. HAWKINS, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science* cit., 32 dove si afferma che “[...] those who would change rules, policies or procedures must adopt a holistic approach in appraising the legal system and seek to anticipate more effectively the precise impact of different structures and forms of rules on discretionary behaviour”.

¹³³ Il *Codice della navigazione* (R.d. 30 marzo 1942, n. 327), all’art. 39, dispone riguardo la “Misura del canone”, stabilendo che questa “è determinata dall’atto di concessione”; il D.p.r. 15 febbraio 1952, n. 328, *Approvazione del Regolamento per l’esecuzione del Codice della navigazione*, art. 16, comma 4, stabilisce che “la misura del canone per le singole concessioni deve essere concordata fra il capo del compartimento e l’intendente di finanza in relazione alla entità delle concessioni stesse, allo scopo che si intende conseguire e ai profitti che può trarne il concessionario”.

¹³⁴ Per una ricostruzione generale, si veda M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna 2011.

dell'istruttoria¹³⁵. Con le lenti della regolazione e lo sguardo alla discrezionalità è chiaro che il procedimento è caratterizzato da una ricostruzione istruttoria incompleta dal momento che non considera una delle tre categorie di consultandi: accanto alle *imprese* e alle *amministrazioni* ci sono anche i *cittadini*¹³⁶, che in questa sede prendono le vesti di consumatori di servizi, residenti nei comuni costieri, utenti di spiaggia libera. Insomma, la discrezionalità del procedimento è geneticamente affetta da strabismo, poiché disegnata per guardare preferenzialmente ad alcuni tra gli interessi rilevanti.

Un terzo aspetto, infine, riguarda *la disciplina delle concessioni*. L'art. 37 codice della navigazione indicava criteri vaghi per l'individuazione del concessionario: le maggiori garanzie di proficua utilizzazione e la rispondenza dell'uso ad un più rilevante interesse pubblico¹³⁷. Ora, la legge concorrenza 2021¹³⁸, delegando il Governo a riordinare e semplificare (tra l'altro) la materia delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, ha dettagliato di molto le finalità, componendo un ricco quadro di interessi perseguiti dalla regolazione (un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio; favorire la pubblica fruizione; promuovere, un maggiore dinamismo concorrenziale; il rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del patrimonio

¹³⁵ Legge 4 dicembre 1993, n. 494, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, recante *disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*, art. 6, comma 3: "Ai fini di cui al presente articolo, le regioni predispongono, sentita l'autorità marittima, un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, dopo aver acquisito il parere dei sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria, appartenenti alle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore turistico dei concessionari demaniali marittimi".

¹³⁶ L'art 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, *Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*, afferma che l'Air consiste "nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni", peraltro riproponendo quanto era già disposto dall'abrogato art. 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50, *Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998*.

¹³⁷ *Codice della navigazione*, art. 37, *Concorso di più domande di concessione*: "Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili".

¹³⁸ Legge 5 agosto 2022, n. 118, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, art. 4.

culturale). Non c'è però una relazione istruttoria che associ indicatori agli obiettivi; che documenti le consultazioni svolte; che individui e giustifichi l'opzione regolatoria più plausibile in termini di aspettative di effettività. La legge delega non è sul punto accompagnata da Air alcuna. Dunque, la discrezionalità del procedimento concessorio che risulterà in esito all'adozione del decreto legislativo sarà condannata a muoversi a tentoni in sede amministrativa.

6. *Effettività (delle regole e delle decisioni amministrative) come criterio orientatore della discrezionalità*

Ma insomma, se ci apprestiamo a disegnare la discrezionalità in sede normativa c'è un criterio per dire quando nel decidere non possiamo rinunciare allo *human algorithm*¹³⁹, alla creatività¹⁴⁰, prudente assennatezza¹⁴¹, all'intuizione¹⁴² che caratterizzano la discrezionalità?

Non vi sono formule alchemiche o criteri meccanici. Occorre semplicemente ritornare alla funzione della discrezionalità: "efficiente ed efficace realizzazione degli obiettivi" delle regole e delle decisioni amministrative¹⁴³. Inoltre, tanto la discrezionalità che le regole (cioè la riduzione dello spazio discrezionale attraverso una disciplina di dettaglio) presentano vantaggi e svantaggi. Dunque, non si darebbe una condizione

¹³⁹ Problematicamente, C. COGLIANESE, A. LAI, *Digital Versus Human Algorithms*, in *The Regulatory Review*, 25 April, 2022. Si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019, 5.

¹⁴⁰ C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, cit., 79, G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa* cit., 7, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di G. Guarino, Milano 1983, 211.

¹⁴¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 83.

¹⁴² M. SHAPIRO, *Discrezionalità*, cit., 4.

¹⁴³ D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 192. Si veda anche sull'argomento il lavoro di G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 1: «Si parla così di efficacia di una sanzione allorché questa raggiunge lo scopo di prevenire l'infrazione che è destinata a colpire. Si parla di efficacia di un ordinamento per indicare la sua vigenza, ossia il fatto che le sue norme vengono osservate. Si parla di efficacia del fatto giuridico per esprimere la sua idoneità a produrre conseguenze giuridiche o per designare il complesso di tali conseguenze». Sull'efficacia giuridica come «efficacia normativa» si veda, infine, F. MODUGNO, voce *Efficacia*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano 2006, 2135.

di reale alternatività ma la necessità di comporre diversi possibili “mixes of discretion and rules”¹⁴⁴.

Insomma, il potere discrezionale viene conferito ad un’amministrazione per l’effettività della regolazione che è chiamata ad attuare¹⁴⁵, la quale andrebbe conseguita in sede amministrativa, ben prima della tutela. Tutto l’armamentario di qualità della regolazione si spiega in questa prospettiva, quale costruito istruttorio per definire “how law can best serve its purpose”¹⁴⁶.

Così, con pazienza certosina, settore per settore, si dovrà ridefinire e custodire lo spazio della discrezionalità necessaria per conseguire i risultati ricercati con le regole, in termini di prevenzione dei rischi, protezione di interessi o prestazione di servizi¹⁴⁷. Alla fine, la discrezionalità si spiega, si giustifica e ci serve perché “modo efficace di conferire poteri”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ C.E. SCHNEIDER, *Discretion and Rules: a Lawyers View*, cit., 49 e anche 73.

¹⁴⁵ Sia consentito il rinvio al libro G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna 2022. Si veda anche L. TUMMERS, V.J.J.M. BEKKERS, *Policy Implementation, Street-level Bureaucracy and the Importance of Discretion*, cit., 527. Sul tema dell’effettività la letteratura francese fornisce importanti spunti, si veda J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *L’année sociologique*, 9, 1957, 3; R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, PUF 1977; F. JULLIEN, *Traité de l’efficacité*, Paris 1996; F. RANGEON, *Réflexions sur l’effectivité du droit*, in *Les usages sociaux du droit*, Amiens 12 Mai 1989, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie-Curapp, Paris 1989, vol. 1, 126; A. FLÜCKIGER, *Le droit administratif en mutation: l’émergence d’un principe d’efficacité*, in *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, 95; Y. LEROY, *La notion d’effectivité du droit*, in *Droit et société*, 79, 3, 2011, 731.

¹⁴⁶ C.E. SCHNEIDER, *Discretion and Rules: a Lawyers View* cit., 47.

¹⁴⁷ K. HAWKINS, *The use of legal discretion: perspectives from law and social science*, cit. 44: “to understand better how law works, how the words of law are translated into action, it is essential to know how legal discretion is exercised”.

¹⁴⁸ D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa* cit., 7.

Paolo Carpentieri

LA DISCREZIONALITÀ TECNICA
E IL SUO SINDACATO,
DA UN PUNTO DI VISTA LOGICO*

SOMMARIO: 1. Posizione del tema. – 2. La logica sillogistica che accomuna la decisione amministrativa e la pronuncia giurisdizionale. – 3. Ricadute processuali. – 4. La tesi positivista che separa fatti e valori. – 5. Fatti/valori: fine di una dicotomia. – 6. “Le discrezionalità tecniche”: la soluzione cambia a seconda del tipo di area culturale di rinvio e a seconda del tipo di funzione. – 7. Uno sguardo alla giurisprudenza. – 8. Il limite della separazione dei poteri e la riserva di amministrazione. – 9. Conclusioni.

1. *Posizione del tema*

La nozione di discrezionalità tecnica descrive un’area intermedia tra la discrezionalità amministrativa e l’accertamento tecnico vincolato¹.

* Il testo riprende e aggiorna (anche alla luce del dibattito svoltosi nei seminari inaugurali del Corso della Scuola di specializzazione per le professioni legali dell’Università Roma Tre tenuti il 10 febbraio 2022 e il 12 gennaio 2023, con la partecipazione dei Proff. Maria Alessandra Sandulli e Fabio Francario e del Pres. Marco Lipari) il precedente contributo *La decisione amministrativa discrezionale. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, pubblicato in *Giust.Amm.it*, n. 1-2020 [6096], 19 gennaio 2020, che sviluppava, a sua volta, due precedenti, meno recenti, contributi: *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, *ivi*, 10 luglio 2012, nonché in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, e *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010, 857 ss., dove si prendeva spunto dalle note tesi del Capaccioli sull’atto vincolato alla luce dell’interessante numero monografico dedicato a questo illustre Autore dalla rivista *Dir. amm.* (4/2009, 873 ss., con eccellenti interventi di F. Merusi, D. Sorace, C. Marzuoli, A. Sandulli, P. Lazzara ed altri).

¹ Si fa riferimento – per sintesi e semplificazione – alle partizioni classiche rinvenibili nella manualistica tradizionale (ad es., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli 1984, vol. I, 571 ss., e P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, IV ed., Milano 1972, 18 ss.), secondo un’impostazione che peraltro resta al fondo attuale [cfr., più di recente, F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)* in *Enc. Dir., Annali*, II-2, Milano 2008, 471 ss.; A. COLAVECCHIO, *Provvedimento amministrativo e atti di accer-*

Si tratta, è noto, di un concetto elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza soprattutto per finalità processuali attorno al tema del tipo di sindacato giurisdizionale di legittimità ammissibile su tale tipologia di atti (se estrinseco o intrinseco, se debole o forte, *etc.*²): la dottrina mirando soprattutto ad ampliarne gli spazi applicativi, nel perseguimento dei noti obiettivi di pienezza, effettività e satisfattività della tutela; la giurisprudenza spesso mirando, invece, a limitare tale ambito, in analogia a quanto accade per gli atti di discrezionalità amministrativa.

Entrambi questi rilievi – l’essere, cioè, la discrezionalità tecnica, una nozione di confine, con annesse aree di sovrapposizione e di opacità delle distinzioni, e l’essere, essa, una nozione strumentale soprattutto all’uso pratico-forense, più che alla purezza dei concetti sul piano delle dottrine generali del diritto amministrativo – rappresentano altrettante concause dell’irrisolta ambiguità di questo istituto, irrisolta ambiguità che, forse, lo vota a una sostanziale inutilità, nella sua eccessivamente ampia area di denotazione.

Molta dottrina ha usato la discrezionalità tecnica per provare ad allargare l’ambito della cognizione del giudice spingendo la nozione verso l’area dell’attività vincolata (nello schema capaccioliano “*norma-fatto-effetto*”, proprio delle norme “di relazione” anziché in quello “*norma-potere-fatto*”, proprio dell’attività discrezionale e delle norme d’azione³).

tamento tecnico, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 settembre 2019, n. 9, in Giorn. dir. amm., 1-2/2020, 90 ss.].

² A partire dal dibattito sviluppatosi a seguito della nota sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, le coppie di termini – “sindacato intrinseco-estrinseco” e “sindacato forte-debole” – sono variamente caratterizzate, in termini non sempre coerenti e limpidi. Si veda in generale F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano 2007, 964-965 e, più di recente, per una ricognizione molto chiara e condivisibile sul tema, R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, al sito <http://www.giustizia-amministrativa.it> (marzo 2013), F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l’effetto vincolante dell’art. 7, d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2018, 1207 ss.; ID., *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, cit., C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, al sito <http://www.federalismi.it/nv14/>. Una ripresa di questi temi anche in M. GIAVAZZI, *L’effetto utile dell’effetto diretto delle norme UE e l’interpretazione valutativa delle norme di contenuto vago: una riflessione sui limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Giust. Amm.*, n. 8-2018 [5919].

³ E. CAPACCIOLI, *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni da guerra*, in ID., *Diritto e processo, scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978. Su questo fondamentale A. cfr. F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. civ.*, 2/2009, 873 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive – Nota su alcuni temi di Enzo Capaccioli*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*,

Ma per fare questo ha da un lato “snaturato” la nozione di “discrezionalità tecnica” (giocando sulla sua intrinseca ambiguità – è *tecnica*, ma è anche *discrezionalità* – e ponendo l’accento sull’aggettivo – *tecnica* – più che sul sostantivo – *discrezionalità*) e dall’altro lato ne ha dilatato eccessivamente il campo di denotazione, mettendoci dentro cose molte diverse, come la valutazione del carattere di pregio di un immobile, l’accertamento della dipendenza di una malattia da causa di servizio, la definizione di “mercato rilevante” o di “intesa restrittiva delle concorrenze”, la nozione di “eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società”, di cui alla normativa sulle informazioni antimafia, fino al giudizio sull’interesse culturale particolarmente importante di una cosa e alla valutazione della compatibilità paesaggistica di un intervento di trasformazione antropica del territorio vincolato. Ma questa eccessiva dilatazione della denotazione è andata a discapito della connotazione⁴ e in tal modo il termine-concetto è divenuto praticamente inservibile e fonte per lo più di confusione.

Un’altra linea interpretativa – anch’essa dagli esiti problematici – ha cercato negli ultimi decenni di conseguire il medesimo obiettivo di effettività, satisfattività, pienezza della tutela imboccando la strada della riconduzione di ampie aree della funzione amministrativa entro gli schemi del diritto privato, sull’abbrivio della riforma del 2005⁵, nel tentativo di racchiudere il rapporto amministrativo (su interessi pretensivi) entro lo schema del rapporto obbligatorio. Ma anche questa linea di pensiero – secondo ma sbagliata perché elude l’essenza del diritto amministrativo, il potere funzionale – si è rivelata alla lunga sterile e infruttuosa, finendo per ridursi all’area (minima) degli atti interamente vincolati e delle auto-certificazioni⁶.

Milano 1988, nonché in *Riv. trim. dir. civ.*, 1988, 3 ss., oltre ai contributi qui richiamati nella prima nota del presente testo.

⁴ Secondo la nota regola di inversa proporzionalità tra connotazione e denotazione, la così detta “*legge di variazione inversa*», secondo la quale, se una serie di termini è disposta in ordine di intensione crescente, la loro estensione sarà in ordine decrescente” (I. COPI, *Introduzione alla logica*, Bologna 1964, 133); ossia, in altri termini: quanto più si vuole ampliare il campo visivo, tanto più si sfuoca la percezione e si perdono i dettagli e le distinzioni, si rischia di denotare “tutto” ma di non significare “niente”.

⁵ Che ha inserito il comma 1-bis inserito nell’art. 1 della legge n. 241 del 1990 dall’art. 1, comma 1, lett. b), della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (“*La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”).

⁶ Spunti di riflessione su questo indirizzo interpretativo sono rinvenibili in N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis. Principi generali dell’azione amministrativa*, in N.

Peraltro, molta dell'ambiguità del concetto di "discrezionalità tecnica" deriva in qualche modo dalla persistente ambiguità nella stessa "nozione-madre" di "discrezionalità amministrativa", che continua a presentare a sua volta diverse, possibili, declinazioni, tra una visione volontaristico-negoziale, secondo il modello civilistico del negozio giuridico di volontà, una visione cognitiva, che pone l'accento sull'attività di giudizio, e la visione procedurale (gianniniana) della ponderazione degli interessi, pubblici e privati, acquisiti nel procedimento amministrativo⁷.

Anche quest'ultima impostazione, oggi largamente condivisa, pur essendosi liberata dei residui civilistico-volontaristici del vecchio modello, è rimasta tuttavia ferma all'idea della scelta dell'amministrazione *sul che cosa fare* quale nucleo essenziale del concetto, consistente nella

PAOLANTONIO, A. POLICE, ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino 2006; F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in *Giust.Amm.it*, al sito <http://www.giustamm.it>, 11/2006; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2007, 935 ss., 947 ss., che propone l'idea dell'interesse legittimo come *diritto amministrativo*, ossia l'idea della "riconduzione dell'interesse legittimo al diritto, vale a dire alla rivendicazione da parte di un soggetto di una res in quanto a lui dovuta, a lui spettante – da attribuire, concedere, lasciar utilizzare, valorizzare, non sottrarre, non attribuire ad altri, conformare in modo adeguato", che "porta alla configurazione, in capo alla pubblica amministrazione – tenuta all'efficacia, all'economicità, alla pubblicità, alla trasparenza – di un vincolo giuridico riferibile al titolare del diritto"; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2013, 617 ss., in un quadro processualcivilistico; L.R. PERFETTI, *Poteri procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 852, che evidenzia la difficoltà di assimilare l'interesse legittimo al diritto soggettivo; F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 4/2011, 665 ss.; ID., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Giust. Amm.* 9 ottobre 2014.

⁷ La letteratura sul tema è sterminata. Ci si limita in questa sede, per sintesi e per comodità del lettore, a richiamare i testi tradizionali: A. PIRAS, voce *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, vol XIII, Milano, 1964, 65 ss., nota bibliografica, 90; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, ID., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 161 e ss., ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1970, 545 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, 2^a ed., Milano 2003, 823 ss.; ID., *ivi*, *L'attività*, 758 ss., con ampi richiami; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1/1995, 1 ss.; ID., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 3/2002, 453; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 51 ss. Più di recente cfr. A. MOLITERNI (a cura di) *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli 2021 e A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una sua recente «attenta riconsiderazione» giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2021, 335 ss.

scelta assiologica come opzione per un valore (prevalente) rispetto a un altro valore (antagonista). Con il risultato di confermare, sia pur con una diversa argomentazione, l'idea centrale per cui, di converso, la discrezionalità tecnica sarebbe qualcosa di essenzialmente vincolato, che attiene alla cognizione del fatto, mai alla valutazione e alla volizione, al giudizio o alla ponderazione assiologica dei valori, degli interessi, dei beni venuti in conflitto nella decisione amministrativa.

2. *La logica sillogistica che accomuna la decisione amministrativa e la pronuncia giurisdizionale*

La visione "cognitiva" della discrezionalità si richiama soprattutto alla visione processualistica dell'atto amministrativo, che si fa risalire alla scuola austriaca dei primi del Novecento⁸, secondo la quale il provvedimento è molto più simile alla sentenza del giudice che non al negozio giuridico di diritto privato, poiché il provvedimento amministrativo pre-

⁸ Si annoverano tra gli esponenti della scuola processualista, oltre ad Otto Mayer [per E. SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")*, in *Dir. Amm.*, 2-3/2015, 255 ss., 259, l'idea portante di Mayer era un'amministrazione il più possibile "modellata sulla giustizia"], W. JELLINEK e gli Autori appartenenti alla cd. Scuola di Vienna, quali A. Merkl ed E. Bernatzik, che svilupparono tematiche già impostate in P. Laband e in G. Jellinek, nonché in F. TEZNER (*Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, Manz 1896), quest'ultimo considerato "capostipite di tutta la tradizione scientifica austriaca in materia di procedimento amministrativo, caratterizzata dalla "sinergia" "tra modelli giurisdizionali di tutela e disciplina generale della attività amministrativa in senso procedimentale, favorita in Austria dalla configurazione del modello di giustizia amministrativa, . . . dalla tendenziale identificazione – poi definitivamente operata dalla Scuola di Vienna sul piano della teoria generale – di giurisdizione e amministrazione come funzioni di legis executio. Il traguardo – come noto – sarà la legge del 1925" ((B. SORDI, *Giuristi e legislatore: ripercorrendo la genesi della legge sul procedimento*, in *Giust. Amm.*, n. 12/2015); del Tezner si ricorda la critica alla concezione tradizionale di Edmund Bernatzik (sulla polemica tra Tezner e Bernatzik cfr. A. PIRAS, *op. cit.*, ed. S. Cognetti, *Relazione* al Convegno organizzato dal Consiglio di Stato su "Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato", tenutosi a Roma, Palazzo Spada, il 20 novembre 2019, pubblicato nel sito istituzionale della Giustizia amministrativa). La prima critica in Italia del modello pandettistico (M. Hauriou, K. Kormann e, in Italia, C. Vitta, F. Cammeo, O. Ranelletti) si deve a R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1941, 387 ss., che sviluppò la teoria della funzione amministrativa come funzione complementare, caratterizzata dal porre in essere statuizioni complementari rispetto a statuizioni primarie (normative), come potere di rendere operante in concreto il precetto normativo astratto rispetto a fattispecie concrete (R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1966, 8 ss., nonché 283).

senta la stessa logica interna della sentenza del giudice, essendo costituito dal medesimo sillogismo giuridico⁹: la sussunzione del fatto (la premessa minore) nella fattispecie astratta disegnata dalla norma (la premessa maggiore) per derivarne le conseguenze regolative (il dispositivo, ossia la conclusione del sillogismo). In una visione pratico-assiologica e storico-sociale del diritto¹⁰, questo sillogismo ha la funzione di valutare il fatto e di ammetterlo alla produzione degli effetti se riconosciuto conforme al diritto. In questa impostazione la “decisione” amministrativa¹¹ partecipa dello *jus dicere*.

Su tali basi, come è noto, questa linea teorica ha proposto una diversa ricostruzione della discrezionalità tecnica, ancorandone il concetto alla incompleta descrizione normativa del fatto in conseguenza dell’uso, nella norma, di termini generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati o di clausole generali, di norme a trama aperta (*open texture*), concetti etici spessi, *etc.*¹².

⁹ Sulla teoria logica del giudizio e sulla figura del sillogismo giudiziale cfr. B. TONOLLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova 2001, 17 e 75 ss. (ed *ivi* richiami). L’idea di fondo è che “*l’applicazione del diritto è un atto di conoscenza, un giudizio la cui sostanza meramente intellettuale non differisce a seconda del soggetto che lo compie*” (*ivi*, 40). L’atto giuridico ha sempre un contenuto cognitivo, prima ancora di avere un contenuto intenzionale e normativo. Evidenzia la struttura di tipo sillogistico del provvedimento G. CORSO, voce *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, aggiorn., Milano 2001, 776.

¹⁰ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 432 ss. (il diritto è un valore reale oggettivo, nell’ambito della concezione reale oggettiva, nel quadro delle concezioni assiologiche del diritto); V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, *ivi*, XXI, Milano 1971, 322 ss.; *Id.*, *Invalitità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2003, 214 ss.

¹¹ L’idea del provvedimento come decisione precettiva implica un richiamo al gradualismo giuridico (H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, trad. it. di A. Carrino e G. Stella, Napoli 1997; R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto*, a cura di A. Chimenti, Milano 2003, soprattutto 7, 11 ss., 30, nonché 57 ss., ove è sviluppata in modo chiaro l’idea dell’atto amministrativo come decisione). Sull’attualità e fecondità di questa nozione si vedano gli *Atti del Convegno AIPDA “Decisioni amministrative e processi deliberativi”*, Bergamo, 5-7 ottobre 2017, Editoriale Scientifica, 2018 (in particolare, i contributi di L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, anche in *Dir. amm.*, n. 1/2017, 1 ss., C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, *ivi*, 43 ss., R. CAVALLO PERIN, *La validità dell’atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 635 ss., con un’esautiva trattazione di teoria generale, A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 3/2018, 551 ss., con ampi richiami di dottrina, nonché L. CASINI, *La decisione amministrativa nello spazio giuridico globale*). Si veda anche, del sottoscritto, *Nullità e teorie dell’atto amministrativo*, nella rivista *on line Giustamm.it* (al sito <http://www.giustamm.it>), ottobre 2007.

¹² In tema di standard, di nozioni a contenuto variabile, di clausole generali, di prin-

Ed è in quest'area di genericità e incertezza che si colloca la discrezionalità "tecnica", ossia quel margine di azione dell'amministrazione chiamata a riempire questi spazi vuoti lasciati dalla norma, a integrarne i contenuti, precisandone gli aspetti indeterminati e generici al fine di determinare la regola del caso concreto (la decisione amministrativa provvedimento).

Il problema consiste nello stabilire qual è la natura (o il contenuto) di questa "attività" integrativa cui è chiamata l'amministrazione: è cognizione? è pura descrizione oggettiva dei fatti, o è anche valutazione? è puro giudizio "tecnico" o è anche volizione?

La tesi che qui si espone ritiene che la questione della discrezionalità tecnica e del suo sindacato debba essere affrontata esaminando la logica interna che presiede ai giudizi e alle decisioni "tecnico-discrezionali", ciò che fa emergere l'intreccio spesso inestricabile che lega assieme descrizione cognitiva dei fatti, valutazione e apprezzamento dei valori/interessi coinvolti, scelta volontaristica della soluzione appropriata al caso concreto.

3. *Ricadute processuali*

Calando questi concetti nell'ambito della discussione sul tipo di cognizione giurisdizionale ammesso sulla discrezionalità tecnica, è evidente che anche la teoria dei concetti giuridici indeterminati ha condotto, nel parallelismo "provvedimento-sentenza", a ritenere interamente ripro-

cipi, etc. cfr. F. VIOLA, 1900-2020. *Una storia del diritto naturale*, Torino 2021, 82, nonché 91 e 113; S. DE NITTO, *Regolazione per standard: un valore aggiunto?*, in *Federalismi.it.*, n. 19/22, 27 luglio 2022, che richiama, circa il concetto di nozione a contenuto variabile, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant 1984, nonché, sulle implicazioni dell'applicazione degli standard nel diritto, M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, 156; G. PINO, *L'interpretazione del diritto*, Torino 2021, a proposito di norme incomplete e indeterminate, parla di "norma controversibile", come quella che fa uso di concetti etici spessi ("degradante", "equo"), che è una sottospecie della norma indeterminata (insieme alle norme vaghe e caratterizzate da *open texture* o trama aperta). Sui concetti etici spessi, caratterizzati da un intreccio profondo di fatti e valori, che descrivono e valutano nello stesso tempo e hanno un intrinseco contenuto normativo, concetti che descrivono proprietà che non si possono semplicemente percepire o misurare "senza averle comprese e aver appreso a identificarle grazie a una particolare capacità di valutazione di tipo immaginativo", cfr. H. PUTNAM, *Etica senza ontologia*, trad. it., di E. Carli, Milano 2005, 105.

ducibile in giudizio tutto il percorso logico giuridico di costruzione del provvedimento: trattandosi di “*juris dictio*”, trattandosi del medesimo sillogismo di sussunzione del fatto nel diritto, non si avrebbe alcun limite al potere del giudice di decostruire, smontare pezzo per pezzo, in giudizio, l’atto impugnato, per poi ricostruirlo per intero *ex novo*, fino a dare al cittadino che ricorre il famoso “bene della vita”, ossia il nuovo provvedimento richiesto.

Anche la teorica della Scuola austriaca, dunque, sembra prestarsi a una ricostruzione della decisione amministrativa tecnico-discrezionale che apre alla *full jurisdiction*, sul rilievo per cui il sillogismo giuridico svolto dall’amministrazione nell’adozione del provvedimento, in quanto tipica operazione di *jurisdictio*, dovrebbe essere sempre ripercorribile e riproducibile dal giudice, senza limiti particolari derivanti dalla particolare natura del fatto o della sua descrizione normativa generica o incompleta¹³.

Ma, come sopra anticipato, occorre domandarsi che tipo di attività sia quella svolta dall’amministrazione chiamata a riempire questi spazi vuoti e a completare la fattispecie astratta definita in modo incompleto dal legislatore. È volizione o cognizione? Sembra evidente che si tratta di un’attività prevalentemente di tipo cognitivo, anche se non si può *a priori* escludere la compresenza di elementi volitivi. Probabilmente sarebbe più appropriato parlare non di discrezionalità “tecnica”, ma di discrezionalità “pre” o “meta-giuridica”, oppure, come è stato variamente proposto, di discrezionalità interpretativa o ermeneutica¹⁴.

In realtà, come diremo, la commistione tra cognizione e volizione è inevitabile. Vi sono casi nei quali l’incertezza sul *che cosa fare*, ossia la *scelta* da adottare, si situa proprio nella ricognizione/ricostruzione del fatto. Non c’è separatezza tra un’asettica fase preliminare di cognizione

¹³ È da notare che anche nel sistema tedesco, improntato al dogma del controllo giurisdizionale esaustivo (sostitutivo) sulla sussunzione operata *ex ante* dall’amministrazione, “*seppure in via eccezionale, si è iniziato ad erodere il dogma sulla sindacabilità piena dei concetti indeterminati su alcune scelte tecniche indiscutibilmente opinabili: si pensi a quelle in materia di beni culturali dove si ammette l’esistenza ineludibile di un ambito di valutazione flessibile (“Beurteilungsspielraum”)*”, così S. COGNETTI, *Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio di Stato su “Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall’istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato”*, cit.

¹⁴ Per l’uso di questa terminologia, con riferimento ai provvedimenti di tutela del patrimonio culturale, cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli 2005, 198, ove si parla in proposito di “*scivolamento della discrezionalità tecnica nella discrezionalità amministrativa*”.

del fatto, puramente descrittiva del reale, e una successiva fase di volizione e di scelta discrezionale. Nella realtà delle cose, molto spesso, in presenza di clausole generali, di termini normativi generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati, di norme a trama aperta, di ricorrenza di concetti etici spessi, *etc.*, la scelta traligna nella fase ricognitivo/ricostruttiva del fatto, che si connota di volontà e di giudizio, oltre che di mera descrizione.

4. *La tesi positivista che separa fatti e valori*

La tesi dell'ascrizione di questa categoria di atti (asseritamente a presupposto interamente vincolato, benché descritti da norme generiche e incomplete) all'area dell'attività vincolata della p.a., poggia sull'assunto per cui l'accertamento dell'esistenza del presupposto, in tali casi, deve avvenire in via di ricognizione del fatto e non di ponderazione di interessi.

Si dice che tutto ciò che è “fatto” (ricognizione dei presupposti di fatto) è pienamente ripercorribile dinanzi al giudice, mentre tutto ciò che è *scelta sul da farsi*, in quanto esercizio di potere discrezionale, è sindacabile solo con il tipo di sindacato estrinseco, in quanto attinente alla valutazione e alla volizione. La sussunzione costituirebbe una vicenda da inquadrare nell'ambito della teoria generale dell'interpretazione e, in quanto tale, di totale pertinenza del giudice. Vicenda dunque non solo da distinguere sul piano concettuale, ma anche da mantenere separata sul piano sistematico-operativo da quella della discrezionalità propriamente intesa, concepita come libero bilanciamento fra interessi. Si osserva altresì che la discrezionalità tecnica (e i concetti giuridici indeterminati) appartengono alla sfera dell'*applicazione* della legge (e non alla sfera dell'*attuazione* della legge, che spetta all'amministrazione, che ne svolge e realizza in atti i fini). I giudizi di discrezionalità tecnica, infatti, “*vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre i giudizi attinenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare agli interessi*”¹⁵. Dunque, non vi dovrebbero essere limiti al sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

Si rileva inoltre che occorre “*distinguere gli elementi che costituiscono il presupposto (di fatto) rispetto all'oggetto del potere onde evitare di quali-*

¹⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2019, 313 ss. (le citazioni nel testo sono tratte dalle pp. 324 e 325).

ficare come «discrezionali» accertamenti, valutazioni ed apprezzamenti che esulano dal contenuto del potere stesso e che attraverso la «tecnica» non vi possono rientrare»¹⁶.

Ora, questi approcci si fondano su un assioma a mio avviso discutibile: la dicotomia tra fatti e valori. In questa logica, tutto ciò che attiene al fatto, in quanto accertamento, non costituisce esercizio del potere ed è dunque appieno sostituibile dal giudice, poiché solo la scelta sul *che cosa fare* una volta accertato il fatto attiene all'esercizio del potere, che è la sfera rispetto alla quale il sindacato del giudice diventa estrinseco e non sostitutivo.

5. *Fatti/valori: fine di una dicotomia*

Questi approcci non appaiono persuasivi perché non considerano che, in molti casi di discrezionalità tecnica, opera un circolo ermeneutico in forza del quale la cognizione del fatto interagisce sulla valutazione in diritto: premessa minore e premessa maggiore del sillogismo – o protasi e apodosi nel giudizio ipotetico – si sovrappongono, sicché “*oggetto del potere*” diviene anche (e soprattutto) la selezione e la determinazione degli elementi di fatto che di volta in volta costituiscono il presupposto per l'esercizio di quel potere (e non solo la scelta su cosa fare nell'interesse generale/pubblico una volta ricostruito il presupposto).

In questi casi il sillogismo presenta una particolare struttura circolare: dall'universale si passa al particolare, ma la premessa minore si riverbera specularmente sulla maggiore, contribuendo alla sua stessa costruzione e connotazione. Certo, in generale, ogni occorrenza (*token*) di un universale (*type*) contribuisce alla conferma della sua definizione¹⁷. Ma, nel caso dei concetti giuridici indeterminati, questa capacità dell'occorrenza particolare di confermare (inverandone il contenuto definitorio) la categoria universale trasmoda in una progressiva ridefinizione precisante dello stesso concetto generale. In questo senso la “ricognizione del fatto”, che attiene alla posizione della premessa minore, interferisce direttamente con la stessa costruzione della premessa maggiore. L'atto di discrezionalità tecnica è (gradualisticamente) atto creatore di norme giuridiche

¹⁶ P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 4/2009, 955 ss. (975).

¹⁷ Secondo la teoria delle inferenze sintetiche di Charles Sanders Peirce (su cui si veda K.O. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, Milano 1997, 71, 77, 109).

particolari, ma nel senso speciale di “riformulare” per ogni occorrenza il tipo categoriale incompleto della norma generale e astratta.

Questo percorso trova, come è ovvio, una sua chiave ricostruttiva particolarmente efficace nella teoria ermeneutica del diritto. In opposizione al formalismo giuspositivistico e al realismo giusnaturalistico, la teoria ermeneutica elabora e valorizza gli aspetti di inevitabile circolarità (“*circolo ermeneutico*” o “*pregiudizio ermeneutico*”)¹⁸ tra fatto e diritto nell’atto di decisione giuridica, e pone in luce il reciproco condizionamento bidirezionale (circolare) tra norma (premessa maggiore) e fatto (premessa minore), evidenziando come la conclusione del sillogismo non deriva dalla pura sommatoria o calcolo meccanico delle due premesse, assunte dall’esterno come dati imm modificabili, ma dalla sintesi dinamica e dialettica delle premesse: la *ipsa res justa*, di tomistica memoria, che privilegia la giustizia del caso concreto, secondo l’idea per cui la giustizia – la regola aderente al caso concreto – si fa nell’impasto vivo di fatto e diritto plasticamente modellato nel giudizio¹⁹.

Insomma, a una visione neo-positivistica che tende a ridurre la decisione a un calcolo riproducibile, si oppone una visione ermeneutica secondo la quale la giustizia del caso concreto è solo in parte calcolabile in astratto e *a priori*, poiché la decisione non è mai la somma algebrica o il prodotto aritmetico di fatto e diritto, in cui c’è un fatto preconstituito che viene rilevato nel “mondo 1” e immesso nella regola di diritto del “mondo 3”²⁰, ma è sempre di più (o qualcosa di diverso), perché la conoscenza oggettiva del fatto è sempre intermediata dalla cultura di chi decide (il “mondo 2”) e soprattutto perché la conoscenza del fatto è già in sé giudizio: *more is different*, in una logica emergentista della conoscenza.

¹⁸ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Milano 1994, Per una sintesi sul pensiero di Gadamer cfr. G. FORNERO, *Filosofia ed ermeneutica*, in N. ABBAGNANO, G. FORNERO, P. ROSSI, *Filosofia. Storia, parole, temi*, vol. 8, *Da Gadamer alla filosofia analitica*, cap. V, 10 ss., Milano 1993 (poi Milano 2018).

¹⁹ Sul tema cfr. A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Milano 2003, in particolare, *Prefazione*, 10, e *Riflessioni per un fondamento ontologico dell’ermeneutica giuridica*, 160 ss. Si veda anche F. VIOLA, 1900-2020. *Una storia del diritto naturale*, cit., 84 ss. *Contra*, per una posizione neopositivistica, per cui la sentenza “giusta” è solo quella “esatta” o “corretta”, nel senso che “*deve assegnare correttamente il torto e la ragione sulla base del diritto positivo*”, M. LUCIANI, Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, 36 ss., 61 e 62.

²⁰ K.R. POPPER, *I tre mondi. Corpi, opinioni e oggetti del pensiero*, Bologna, 2012. Sulla natura del “mondo sociale” si vedano J. SEARLE, *Creare il mondo sociale*, Roma 2010, *Id.*, *Il mistero della realtà*, Milano 2019; D. DAVIDSON, *Soggettivo, intersoggettivo, oggettivo*, Milano 2003.

D'altra parte le tesi secondo la quale *L'incertezza attiene all'attività conoscitiva che precede il provvedere*, mentre *la possibilità di scelta attiene al provvedere* perde di vista il fatto che, nei casi di discrezionalità interpretativa, la "divergenza di opinioni" ha ad oggetto esattamente la "qualificazione dei fatti". Popper ha chiarito che la conoscenza scientifica non è *episteme* (e neppure *praxis*), ma *doxa*, è opinione (fallibile)²¹. È proprio la qualificazione dei fatti che è opinabile, non si tratta di due cose diverse (la conoscenza dei fatti e l'opinione riguardo ai fatti). E ciò è particolarmente vero – o si mostra vero con una particolare evidenza – proprio nel caso di atti a discrezionalità "ermeneutica", nei quali l'opinabilità è intrinseca al tipo di conoscenza (pre-giuridica) dei fatti oggetto del provvedere. In questi casi il "dubbio" non riguarda (solo o soprattutto) il "che cosa fare" (nell'interesse pubblico), ma proprio la sussistenza e la qualificazione del presupposto di fatto. *L'incertezza riguardo ai fatti* condiziona e predetermina la possibilità di scelta riguardo al *da farsi*; la scelta riguardo al *da farsi* matura nell'accertamento dei fatti, che non è affatto neutro sul piano dei valori e degli interessi, ma ingloba esso stesso (fatto/opinione) un giudizio di valore che orienta e condiziona il *da farsi*.

La più recente epistemologia ha chiarito che anche le descrizioni delle scienze esatte sono sempre "cariche di teoria" ed ha posto in rilievo la sottilissima e continuamente rinegoziabile linea di confine tra fatti e valori²².

Insomma, questa dicotomia tra conoscenza dei presupposti di fatto (che apparterrebbe all'applicazione della legge, non è "riservata" all'am-

²¹ Una sintesi efficace in L. LENTINI, *Fallibilismo e razionalismo critico*, in G. FORNERO, *Da Gadamer alla filosofia analitica*, in N. ABBAGNANO, G. FORNERO, P. ROSSI, *op. cit.*, 120 ss.

²² A partire dalla critica della dicotomia "analitico-sintetico" svolta da Willard Van Orman QUINE (*Due dogmi dell'empirismo*, in *Da un punto di vista logico*, 1953, trad. it., a cura di P. Valore, Milano 2004, 35 ss.) e da Donald DAVIDSON (*Sulla verità*, trad. it. di S. Levi, Roma-Bari 2006). Si veda inoltre H. PUTNAM, *Fatto/valore; fine di una dicotomia*, trad. it. di G. Pellegrino, Roma 2004, secondo il quale anche le descrizioni più oggettive sono sempre cariche di teoria (*theory laden*) ed è difficile distinguere fatti e valori. Difende, invece, come assolutamente fondamentale la distinzione dicotomica tra fatti e valori (e, dunque, tra scienze dure e scienze sociali) P. Flores d'Arcais, in M. FERRARIS, P. FLORES D'ARCAIS, *Controversia sull'essere*, Torino 2021 (18: "Solo la separazione manichea tra fatti e valori ci libera dalle sirene del postmoderno", 26, soprattutto 109 ss. dove si sviluppa una critica alle tesi di H. PUTNAM in *Fatto/valore: fine di una dicotomia*, cit.). Volendo andare ancora più a fondo, l'insostenibilità della dicotomia "fatti/valori" deriva dalla critica del mito del dato (W. SELLARS, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, 1956, trad. it. di E. Sacchi, *Empirismo e filosofia della mente*, Torino 2004; R. BRANDOM, *Making it Explicit*, Cambridge MA 1994).

ministrato e deve essere appieno svolta dal Giudice) e valutazione dei fatti ai fini dell'assetto da dare agli interessi (riservata all'attuazione della legge di spettanza dell'amministrazione) poggia sull'assunto – a mio avviso non condivisibile – che fatti e valori siano nettamente separati, mentre (soprattutto) nel caso in cui l'atto amministrativo è integrato con il richiamo a scienze umane comprendenti, fatti e valori sono inestricabilmente intrecciati tra di loro nel circolo ermeneutico e non sono sempre e chiaramente distinguibili.

Più in generale, appare forzata e per certi versi innaturale la scissione della decisione in due momenti separati, una ricognizione asettica, oggettiva e ripetibile, dei fatti, da un lato, e una volizione dell'azione consequenziale, dall'altro.

Si tratta di un'astrazione, nella quale forse riecheggia in qualche modo l'idea comportamentista dello schema stimolo-risposta, o un certo pragmatismo legato all'idea di razionalità pratica, nello schema "*commisurazione dei mezzi ai fini secondo un criterio economico di utilità*". Più a monte, sembra agire, alla base di questa idea, l'antica massima, attribuita a David Hume, per cui non si può derivare un valore (un "*deve*") da un fatto (da un "*è*")²³, e si intravede l'influenza della teoria non epistemica dei concetti (e del linguaggio) etici, che apparterrebbero all'area della sensazione, dell'approvazione, del sentimento, del compiacimento e dunque dell'uso espressivo e non descrittivo del linguaggio²⁴, che separa nettamente e rende tra loro incomunicabili le aree della conoscenza (scientifica) dei fatti della realtà oggettiva (il "mondo 1"), rispetto all'area dei valori etici (che si esprime attraverso sentimenti e atteggiamenti disposizionali ed esistenziali, nel "mondo 2" della percezione soggettiva e nel "mondo 3" delle relazioni sociali). Con la conseguenza (apparentemente logica) per cui tutto ciò che attiene al versante del "fatto" sarebbe appieno conoscibile in termini oggettivi e come tale riproducibile dal giudice, mentre tutto ciò che attiene ai valori sarebbe riservato alla scelta etico-politica dell'amministrazione, sarebbe inevitabilmente soggettivo e dunque non riproducibile in giudizio.

L'impostazione positivista tende a pensare – dicotomicamente – che la sussunzione si compia in tre atti ben distinti e separati in sequenza

²³ Principio da ultimo ribadito da P. Flores d'Arcais, in M. FERRARIS, P. FLORES D'ARCAIS, *Controversia sull'essere*, cit., soprattutto 51, 108, 127.

²⁴ E. LECALDANO, *Prima lezione di filosofia morale*, Bari 2010, 24 ss., circa l'emotivismo e il naturalismo "sentimentalistico" su basi darwiniste, nonché P. FOOT, *La natura del bene*, Bologna 2007, 13 ss.; L. SURIAN, *Il giudizio morale*, Bologna 2013.

logica e cronologica: la posizione della premessa minore, che consiste nell'atto di conoscenza oggettiva del fatto, attraverso un uso descrittivo del linguaggio (con la terza persona del verbo essere: *è*, che designa l'oggettività); la sussunzione del fatto nella premessa maggiore, costituita dalla norma generale e astratta, che si coglie nel dover essere, nell'uso prescrittivo-imperativo o modale-assiologico del linguaggio; quindi, infine, la conclusione del sillogismo, che consiste in una valutazione del fatto e che esprime, nell'insieme dell'argomento, un giudizio (sillogistico). Se ne deriva di regola l'idea per cui l'intero giudizio sillogistico sia ripetibile dal giudice poiché costituisce, nella sua interezza, un'attività cognitiva, logica, non volitivo-discrezionale. Altre e più recenti impostazioni gnosologiche (Searle²⁵) dimostrano invece che gli atti linguistici (e i sottostanti stati intenzionali) hanno in realtà diverse direzioni di adattamento (*direction of fit*): da mente a mondo, nel caso dei performativi e degli atti intenzionali che creano il mondo sociale; da mondo a mente nel caso degli atti linguistici constativi-descrittivi: nel caso degli atti giuridici, la direzione è essenzialmente del primo tipo, da mente a mondo, nel senso che il fine pratico-sociale dell'atto consiste nella pretesa di "modificare" lo stato delle cose per conformarlo al comando giuridico.

Il superamento della dicotomia "fatti/valori" nel circolo ermeneutico appare particolarmente evidente quando si ha a che fare con atti linguistici che creano il mondo sociale e fanno riferimento al "mondo 3", il mondo della cultura e delle idee, e non al "mondo 1", il mondo degli atomi e delle particelle fisiche.

Le tesi qui esposte, deve aggiungersi, reggono anche ove si voglia bypassare (o sospendere) il giudizio epistemologico sulla dicotomia "fatti/valori".

È infatti sufficiente ammettere che molti atti di esercizio della discrezionalità tecnica presentano "un intreccio di strati scientifici e non"²⁶, sicché si prestano a una lettura progressiva operata con una doppia lente, quella "scientista" per gli strati fattuali avalutativi (strato cognitivo), e quella "politico-sociale" (discrezionale) per gli strati valutativi.

Il punto problematico di questa soluzione è costituito dal grado di intreccio e/o di distinguibilità di questi diversi strati²⁷. C'è chi pensa che

²⁵ J. SEARLE, *Creare il mondo sociale*, cit.; ID., *Il mistero della realtà*, cit.

²⁶ P. FLORES D'ARCAIS, in M. FERRARIS, P. FLORES D'ARCAIS, *Controversia sull'essere*, cit., 106.

²⁷ P. FLORES D'ARCAIS, *op. cit.*, 83, afferma la "possibilità di distinguere e separare, dentro una struttura caleidoscopica (tridimensionale), gli elementi e gli ambiti accertabili,

questa distinguibilità in linea di principio sia sempre salvaguardabile, c'è chi ritiene invece che vi siano numerosi casi nei quali l'intreccio sia inestricabile e non consenta una netta separazione dei due momenti, che danno vita un *novum*, a un *quid* unitario nel quale fatto e valore si condizionano reciprocamente e non si può dire cosa preceda e cosa segua nel ragionamento²⁸.

Secondo questa impostazione, dovrebbe essere sempre appieno sindacabile (anche sostituibile con una c.t.u.) lo "strato" cognitivo del fatto (ad es., il fatto che il reperto archeologico sia effettivamente databile al I sec. a.C., che possa ritenersi composto da determinati materiali e, se vogliamo, al limite, anche il "fatto" che esso appartenga a una certa scuola di artigianato ellenistico e provenga dunque da una determinata città della Magna Grecia), mentre dovrebbe rimanere non sostituibile, ma sindacabile solo sul piano della razionalità del metodo e dell'accettabilità del risultato (alla stregua della migliore scienza e conoscenza umane di settore del momento), lo "strato" valutativo del "valore" del ritrovamento nell'ambito dell'archeologica e della storia (con i noti riflessi sugli esiti decisionali nelle sede autorizzative degli interventi antropici di trasformazione del territorio, si pensi all'archeologia preventiva nel campo dei lavori pubblici).

6. *"Le discrezionalità tecniche": la soluzione cambia a seconda del tipo di area culturale di rinvio e a seconda del tipo di funzione*

La verità è che esistono molti tipi di discrezionalità tecnica (ragion per cui è lecito dubitare della qualità euristica della nozione di "discrezionalità tecnica"). Il termine "discrezionalità tecnica" si pone, in effetti, come un ossimoro: se è (veramente) *tecnica* non è *discrezionalità*. Se c'è *discrezionalità* (non solo e non necessariamente di volizione e di scelta

dunque gli strati scientifici, da quelli etico-estetico-politici che con i primi si presentano strettamente intrecciati. Chiamiamo filologici i primi, ideologico/valutativi i secondi. Resta essenziale che sono distinguibili in linea di principio".

²⁸ Distinguibilità che sembra invero molto difficile a seguire la logica di M. Ferraris, il quale, avversando la difesa della dicotomia "fatti/valori" di P. Flores d'Arcais (M. FERRARIS, P. FLORES D'ARCAIS, *Controversia sull'essere*, cit.), afferma che i valori non hanno "a che fare con la verità, ma con la realtà" (ontologismo etico e non cognitivismo etico), perché "i valori . . . emergono dal mondo" (137), e "dai fatti sorgono i valori", che "emergono dalla realtà" (128, 137, 139), sicché parlare di valori significa inevitabilmente parlare di fatti.

ponderale sul *che cosa fare*) non c'è *tecnica* in senso stretto, ma c'è giudizio valutativo che, pur attenendo alla ricostruzione del fatto, è creazione di diritto e dunque spendita di potere (interpretativo, di selezione dei fatti, di scelta, dunque, tra diverse soluzioni possibili, tutte "attendibili", dalle quali discendono diverse opzioni regolatorie).

La tesi che qui si prospetta è che le cose – sotto il profilo della natura giuridica degli atti di esercizio del potere – cambiano molto a seconda se il rinvio operato dal concetto giuridico indeterminato conduce a una scienza esatta oppure a una scienza umana "comprendente".

Questa distinzione, tra *Erklären* e *Verstehen*, tra spiegazione e comprensione, come è noto, risale allo storicismo tedesco ed è superata dalla moderna epistemologia²⁹. Essa però mantiene un notevole valore euristico nel campo qui indagato e conserva una sua indubbia utilità proprio se applicata a questo nostro discorso.

Alla stregua di questi primi concetti, emerge che molti provvedimenti ("decisioni amministrative") catalogati sotto la voce "discrezionalità tecnica", presentano in realtà una logica interna (una causa formale) che, dal punto di vista logico-linguistico, è ermeneutica, fa uso di termini-concetti comprendenti, non descrittivi. E che perciò richiede un trattamento giuridico che è molto più vicino alla discrezionalità amministrativa che non a quello degli atti vincolati.

Sotto un diverso, ma concorrente profilo, deve osservarsi come la discrezionalità tecnica tenda ad assumere configurazioni molto diverse a seconda del tipo di funzione esercitata: ad esempio, nei procedimenti autorizzatori che, nello schema logico degli artt. 41 e 42 Cost., consistono nella verifica di compatibilità di azioni e interventi umani rispetto agli interessi generali oggetto di tutela, trova pieno dispiegamento l'idea gianniniana della discrezionalità come comparazione e bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati acquisiti al procedimento. Tale logica del bilanciamento si attaglia molto bene, in particolare, al modello della conferenza di servizi, all'interno del quale, parlando di atti di assenso da acquisire in un quadro di mediazione, il rapporto tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa assume una configurazione parti-

²⁹ Queste tradizionali partizioni (risalenti a Wilhelm Wundt, a Wilhelm Windelband, che distingueva tra scienze ideografiche e scienze nomotetiche, a Henrich Rickert e soprattutto a W. DILTHEY, *Introduzione alle scienze dello spirito*, 1883, ma anche a George Simmel e Max Weber) conservano talune qualità conoscitive per il diritto. Sul tema si veda D. ANTISERI, *Ermeneutica, epistemologia e conseguenze didattiche*, in F. MINAZZI, L. NOLASCO (a cura di), *Bioetica, Globalizzazione ed Ermeneutica*, Milano 2003, 173 ss.

colare, nella quale entrambi i profili appaiono inevitabilmente intrecciati tra loro.

Del tutto diversa è l'ipotesi della dichiarazione di interesse culturale particolarmente importante di un bene mobile o di un edificio: qui non c'è nessun bilanciamento da fare e l'autorità di tutela deve esaurire il proprio giudizio nella cognizione e nella valutazione dei presupposti di fatto del provvedimento³⁰. Nel primo caso la discrezionalità tecnica si combina con inevitabili elementi di discrezionalità amministrativa (discrezionalità così detta "mista"), mentre nel secondo caso il profilo tecnico-scientifico viene in rilievo in termini più puri e assoluti.

Per queste ragioni sarebbe preferibile parlare di "discrezionalità tecniche"³¹, al plurale, perché sono plurime e diversificate le possibili declinazioni di questo concetto (ammesso che lo si debba conservare, pur nella sua evidente eterogeneità di contenuti).

³⁰ G. SCIULLO, *Valori 'freddi' del diritto e cose d'arte: il caso dell'Uomo Vitruviano*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, n. 3 del 2019, ha evidenziato come nel caso dell'autorizzazione all'esportazione temporanea di un'opera d'arte per una mostra all'estero si cumulino valutazioni tecnico-discrezionali di tutela (afferenti alla valutazione del pericolo per l'integrità dell'opera) e valutazioni di discrezionalità amministrativa relative al bilanciamento tra le esigenze di valorizzazione del museo, sede dell'opera, e quelle della promozione della cultura italiana all'estero e del rispetto di eventuali impegni internazionali assunti a livello politico-diplomatico. Il difficile tema del rapporto tra tecnica e politica in questa materia è indagato negli interventi comparsi nel n. 3/2016 di *Aedon, Rivista di arti e diritto online* (G. SCIULLO, *Presentazione*, P. CARPENTIERI, *Semplificazione e tutela*, G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, F. CORTESE, *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, G. SIGISMONDI, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*), al sito <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/3/index316.htm>.

³¹ Anche D. DE PRETIS, alla quale si deve una fondamentale monografia sul tema (*Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995), che si affianca a quella, altrettanto fondamentale, del prof. Marzuoli (C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985), ha parlato di "discrezionalità tecniche", al plurale, discutendo degli atti e provvedimenti di esercizio della funzione di tutela del patrimonio culturale in occasione della presentazione del volume *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2019, presso la Sala del Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in Roma, il 19 novembre 2019. La eterogenea pluralità delle ipotesi applicative della discrezionalità tecnica è evidenziata anche in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit. (commentato da A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione al volume curato da A. Moliterni*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2022, 761 ss.).

7. *Uno sguardo alla giurisprudenza*

Resta dunque valida la posizione della giurisprudenza, che distingue tra attendibilità e opinabilità, con la precisazione che l'area dell'attendibilità, pienamente sindacabile da parte del giudice, comprende non solo l'attendibilità del metodo (ossia la sua conformità e coerenza con le più accreditate metodologie scientifiche), ma anche l'accettabilità del risultato di tale metodo conoscitivo e istruttorio (sempre alla stregua delle più condivise conclusioni ammesse nella comunità scientifica di riferimento), fermo restando che rimane fuori dall'ambito della sostituibilità l'area in-comprimibilmente opinabile del risultato decisionale.

Uno dei campi "elettivi" di svolgimento di questa giurisprudenza è rappresentato, come è noto, dal sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti, dove si è consolidato il principio in base al quale il sindacato si spinge fino a verificare anche l'attendibilità del metodo scientifico usato nell'istruttoria, ma non fino a sostituire le opinabili conclusioni del Giudice alle opinabili conclusioni dell'Autorità³².

Un'altra area di contenzioso nella quale spesso emerge l'esigenza di precisare e chiarire il tipo di sindacato esercitabile è, come è noto, quella dei provvedimenti di tutela del patrimonio culturale (beni culturali e beni paesaggistici). In questo campo, il giudice amministrativo sembra fare consapevole applicazione della distinzione logica tra scienze comprendenti (opinabili) e scienze esatte, adeguando la logica del sindacato esercitato (il tipo di sindacato) alla logica che presiede alle scienze e conoscenze di rinvio, cui attingono di volta in volta gli atti tecnico-discrezionali.

Si possono qui richiamare in proposito, tra i tanti esempi possibili, i seguenti casi, che appaiono particolarmente significativi: il caso del vincolo apposto sull'ex Teatro Italia, a Mezzano, in Provincia di Ravenna (esaminato da Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2020, n. 5357); il contenzioso relativo al vincolo apposto sul «sistema di croci votive e viarie» nella località Crocella, tra i comuni di Tufara e Gambatesa, in Molise (esaminato da Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167); il caso del provvedimento di dichiarazione di interesse culturale particolarmente

³² Si vedano, tra le tante pronunce, Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809, 28 dicembre 2020, n. 8354, 19 febbraio 2020, n. 1257, 2 settembre 2019, n. 6030, 15 luglio 2019, n. 4990 (tutte le sentenze qui citate sono consultabili al sito della Giustizia amministrativa, nella funzione *Decisioni e pareri*). Più di recente cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2022, n. 8765.

te importante ex art. 10, comma 3, lett. d), del Quartiere QT8 di Milano (esaminato dal Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 29 novembre 2021, n. 2630); il caso, trattato dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 6 dicembre 2022, n. 10664, di un diniego regionale (opposto anche sulla base del parere negativo della Soprintendenza) alla costruzione di un impianto eolico per la produzione di energia elettrica della potenza di 850 KW da ubicarsi nel Comune di Potenza.

8. *Il limite della divisione dei poteri e la “riserva di amministrazione”*

Questa posizione della giurisprudenza – molto equilibrata e aderente alla logica interna delle decisioni amministrative tecnico-discrezionali – è stata messa di recente in discussione da una linea di pensiero che si ispira alla così detta *full jurisdiction* della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo³³.

Rispetto al paradigma tradizionale, che ammette la pienezza dell’accesso al fatto e la sindacabilità delle valutazioni tecniche opinabili in chiave di attendibilità del metodo (e, aggiungo, di accettabilità delle conclusioni), ma conserva il modello bifasico (rescindente-rescissorio) del giudicato a formazione progressiva³⁴, con esclusione di una sostituzione

³³ Per una panoramica delle più recenti posizioni dottrinali cfr. *Atti del Convegno Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi tra separazione dei poteri e sovranità dell’individuo*, 9 marzo 2018, presso l’Università Telematica Pegaso, Sala degli Specchi, Palazzo Zapata, Piazza Trieste e Trento 48, Napoli, nonché i contributi svolti nell’ambito delle *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri. Diritto e processo amministrativo*, 4 luglio 2018, raccolti in *Giust. Amm.*, 7-2018 [5860], al sito <https://www.giustamm.it/>, cui *adde* gli interventi contenuti nel numero speciale sulla *full jurisdiction* della Rivista *P.A. Pers. e amm.*, 2018, richiamati anche in L.R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3 del 2019, 1021 ss., in nota 21 di p. 1034. Si veda inoltre G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in Id. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana – Studi*, vol VII, Firenze 2016, 22 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. Un cambio de paradigma?*, Madrid 2007.

³⁴ C. CALABRÒ, voce *Giudicato, diritto processuale amministrativo*, in E.G.T., Roma 2003; F. PATRONI GRIFFI, *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2^a ed., Milano 2008; L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo; diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, Milano 2003; F. SATTA, voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, vol. V, Milano 2001, 571 ss., soprattutto, 581 e nota 27. Il tema del giudicato a formazione progressiva è stato rimesso in discussione da

immediata, già nel giudizio di cognizione, del giudice all'amministrazione, recente Dottrina ipotizza, invece, in chiave di satisfattività della tutela, la possibilità di ottenere direttamente dal giudice della cognizione il "bene della vita" perseguito dalla parte (nella forma di una condanna dell'amministrazione a emanare il provvedimento richiesto o, addirittura, nella forma di un'adozione diretta dell'atto)³⁵.

Rinvio, per la critica di queste posizioni estreme, ai miei precedenti contributi, qui citati nella prima nota posta a pie' di pagina di questo scritto.

Vorrei in questa sede riprendere solo un punto, che ritengo essenziale: negli Stati liberali di diritto fondati sulla *Rule of Law* e sul moderno costituzionalismo, la separazione dei poteri è essenzialmente tripartizione dei poteri, con l'accento che cade soprattutto sul divieto per il giudice

Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2015, n. 3587 (ord.za), che ha sollevato dinanzi all'Adunanza plenaria la questione della perdurante attualità di tale configurazione rispetto al c.p.a. La Plenaria ha, invece, correttamente confermato questa impostazione (Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, criticamente annotata da N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2016, 1159 ss.). Un'ampia esposizione (con sviluppi condivisibili) dell'assetto attuale del giudicato a formazione progressiva e del progressivo esaurimento degli spazi residui di discrezionalità dell'amministrazione nel riesercizio della funzione in Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 (commentata favorevolmente da G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *Giust. Amm.it.*, 1/2020 [6095], 18 gennaio 2020).

³⁵ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1602 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2014, 605 ss.; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 889 ss. C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli 2016, cui adde gli interventi contenuti nel numero speciale della Rivista *P.A. Pers. e amm.*, 2018, sulla *full jurisdiction*, qui sopra richiamati alla nota n. 33; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2015, 547 ss.; ID., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, *Dir. amm.*, 1/2018, 1 ss.; ID., "A de novo review of all factual and legal issues" v. un esame "point by point [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities". *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2021, 3 ss.; ID., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 1/2021, 29 ss. Si veda anche L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2019, 731 ss.

di farsi amministratore, perché questa è l'eredità della Rivoluzione francese e del bilanciamento dei poteri in una moderna democrazia liberale. È antistorico richiamare la tesi kelseniana (o medievista) della separazione tra due soli poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, *legis latio* e *legis executio*, dove amministrazione e giurisdizione sono unite in un *continuum* in cui il giudice fa l'appello sul provvedimento di primo grado dell'amministrazione³⁶.

L'origine della separazione dei poteri va ricercata in Francia, nei prodomi e negli sviluppi della Rivoluzione francese, un contesto nel quale l'accento era posto soprattutto sulla distinzione tra esecutivo e giudiziario, ancor più che su quella tra legislativo ed esecutivo³⁷. La Costituzione francese del 1791 distingueva espressamente i tre poteri negli articoli 3, 4 e 5 del Titolo III e, nel Capitolo V, dedicato al potere giudiziario, nell'art. 3, al primo comma, recava l'inequivocabile enunciato secondo cui «*I tribunali non possono ingerirsi nell'esercizio del potere legislativo, o*

³⁶ È noto che nella prospettazione di J. Locke la separazione dei poteri riguardava solo l'esecutivo e il legislativo. Hegel, nella sua visione assolutistica dello Stato, inteso come realizzazione dello Spirito oggettivo, avversava la teoria della divisione dei poteri, pur ammettendo la distinzione interna tra potere legislativo e potere governativo (consistente nella "sussunzione delle sfere particolari e dei casi singoli sotto l'universale": *Lineamenti di filosofia del diritto*, par. 272, a cura di G. Marini, Roma-Bari 1991, 199). H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., 562, rileva che "per la costruzione giuridica non fa molta differenza se la discrezionalità compete ad un organo giudiziario o ad un organo amministrativo", ed osserva altresì (492, nota 10) che "la separazione all'interno dell'esecutivo tra giurisdizione ed amministrazione è di natura secondaria e riveste un minore significato". Per la radicale critica del Kelsen alla distinzione tra potere esecutivo e potere giudiziario, sull'assunto che le funzioni statali sono due e soltanto due, la funzione normativa e quella esecutiva, cfr. F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Digesto it.*, vol. XIII, Torino 1957, 482 ss. Per il rilievo genetico e fondamentale della distinzione tra giustizia e amministrazione per il formarsi di una nozione autonoma di diritto amministrativo nel '700, si veda B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato (Una genealogia storica)*, Bologna 2020, *passim*, ma soprattutto 57 e 64 ss., con riferimento a Montesquieu, 69 con riferimento a Sieyès, fino a Romagnosi (88), nonché con riferimento all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 e alla legge napoleonica del 28 piovoso anno VIII (113, 115). S. COGNETTI, *Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio di Stato su "Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato"*, cit., ricorda come l'idea della separazione dei poteri "emerge già nella Repubblica di Platone e si afferma con Aristotele nella sua *Etica nicomachea*, che ripartisce l'attività del potere in deliberativa, esecutiva e giudiziaria".

³⁷ Una rilettura sintetica di queste dinamiche, con un riferimento particolare al *Code civil* napoleonico e alla conseguente Scuola francese dell'esegesi, in F. MARINELLI, *L'impressionismo giuridico. Artisti e giudici nella Francia dell'Ottocento*, Pisa 2022, soprattutto 15 ss. e 73 ss.

sospendere l'esecuzione delle leggi, né fare alcun atto sulle funzioni amministrative, o citare davanti ad essi gli amministratori per ragione delle loro funzioni».

La separazione dei poteri è dunque necessariamente un concetto a tre posti: uno che fa le regole, uno che le applica e un terzo che controlla se l'applicazione è conforme alle regole. È da ritenere che tale tripartizione sia in realtà coesistente alla nozione stessa di Stato democratico di diritto e si ponga come tale al centro del diritto dell'Unione europea e del diritto europeo più in generale; ed essa sembrerebbe indispensabile, nel costituzionalismo democratico contemporaneo, per calibrare il meccanismo di *check and balance* su cui si fonda il delicatissimo equilibrio delle moderne democrazie³⁸.

D'altra parte, sembra ormai assodato che, se non esiste una riserva di amministrazione rispetto al potere legislativo (ogni legge annuale finanziaria, di stabilità o di bilancio, come la si voglia chiamare, è sempre una interminabile giaculatoria di mille disposizioni che recano per lo più norme-provvedimento), esiste invece una riserva di amministrazione come limite al potere giurisdizionale, come ribadito più volte dalla Cassazione a sezioni unite nella recente e ormai consolidata giurisprudenza sull'eccesso di potere giurisdizionale³⁹ che, anche sull'abbrivio di importanti

³⁸ Sul principio di divisione dei poteri nella sua origine francese, in relazione al divieto del giudice di sostituirsi all'amministrazione e di giudicare su poteri non ancora esercitati, M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, 67 ss. La giurisprudenza amministrativa non ha mancato di cogliere la centralità del profilo alla divisione dei poteri riguardo al tema del tipo di sindacato esercitabile sulla discrezionalità tecnica (ad es., Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2014, n. 833, nonché Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9).

³⁹ A partire da Cass., ss. uu., 9 novembre 2011, n. 23302 (in *Dir. proc. amm.*, 1/2012, 127 ss., con nota di G. Mari), nonché *Id.*, 17 febbraio 2012, n. 2312 [commentata da F. Volpe, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS.UU.)*, in *Giust. Amm.* 28 febbraio 2012], proseguendo attraverso una serie continua di pronunce analoghe (Cass., ss. uu., n. 19787 del 2015 e n. 23396 del 2016, in tema di delibere del CSM di conferimento di incarichi direttivi, nonché, su varie fattispecie dedotte, ord. 16 maggio 2019, n. 13243; 12 giugno 2019, n. 15744; sentenza 30 agosto 2019, n. 21869; 11 novembre 2019, n. 29086, ordinanza 26 novembre 2019, n. 30803, ordinanza 16 dicembre 2019, n. 33094, ordinanza 21 febbraio 2020, n. 4610, sentenza 14 dicembre 2021, n. 3978, sentenza 25 gennaio 2022, n. 2092). La massima ricorrente è la seguente: *“l'eccesso di potere giurisdizionale in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giu-*

pronunce della Corte costituzionale⁴⁰, ha più volte affrontato il tema del limite esterno della giurisdizione amministrativa, “cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell’attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l’esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge”, ed ha più volte affermato il principio per cui si verifica eccesso di potere giurisdizionale, come difetto assoluto di giurisdizione, “nel caso in cui un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa”.

9. Conclusioni

Le conclusioni di queste brevi riflessioni possono compendiarsi nelle seguenti proposizioni.

La chiave di accesso per la comprensione della nozione di “discrezionalità tecnica” e per la definizione del tipo di sindacato appropriato deve ricercarsi e si rinviene nella consistenza della logica interna propria dell’attività cognitiva che presiede alla costruzione degli atti che ne costituiscono esercizio.

Non esiste “una” discrezionalità tecnica, ma esistono più tipologie diverse di discrezionalità tecnica, per ciascuna delle quali il tipo di sindacato differisce. Le differenze principali sono causate:

- a) dallo statuto epistemologico dell’ambito delle scienze e conoscenze “di rinvio” (alle quali, cioè, occorre attingere in sede applicativa per

dicante di sostituirsi a quella dell’amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia la quale abbia il contenuto sostanziale e l’esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa. Tali condizioni, però, non sussistono nel caso in esame, nel quale ogni eventuale (ipotetico) errore rimarrebbe ristretto nei limiti dell’error in iudicando e, in quanto tale, sarebbe sottratto al sindacato sui limiti esterni della giurisdizione rimesso a queste Sezioni Unite”. Ma si vedano anche Cass., ss. uu., sentenza 7 settembre 2020 n. 18592 in tema di anticipazione nella sentenza di cognizione di misure esecutive, e Id., sentenza 16 novembre 2020 n. 25951, in tema di adozione diretta del provvedimento.

⁴⁰ Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6 (consultabile al sito ufficiale della Corte o al sito *Consulta Online* (<http://www.giurcost.org/>). Sul rinnovato tentativo della Cassazione, con l’ordinanza n. 19598 del 2020, di riproporre una lettura eversiva della nozione di “*motivi inerenti alla giurisdizione*” adoperata nell’art. 111, ultimo comma, della Costituzione, chiedendo (in sostanza) alla Corte di giustizia UE (adita ex art. 267 TFUE con un’apposita questione pregiudiziale interpretativa) di ribaltare il *dictum* del Giudice delle leggi del 2018, si rinvia alle poche, chiare, conclusive parole di R. VILLATA in *A proposito dell’ordinanza 19598/2020 delle Sezioni unite*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2020, 1124 ss.

integrare e completare la definizione dei presupposti di fatto solo genericamente tratteggiati dalla norma mediante l'uso di concetti giuridici indeterminati): se si tratta di scienze della natura, "dure" o "esatte", descrittive, allora si vira nella direzione degli accertamenti tecnici vincolati di fatti misurabili e il sindacato potrà essere anche "forte" o "sostitutivo" (con la nomina di una consulenza tecnica d'ufficio che va a sostituirsi all'accertamento operato dall'amministrazione); se si tratta di scienze umane "comprendenti", intrinsecamente opinabili, che fanno uso di un linguaggio prescrittivo e valutativo, allora il sindacato potrà spingersi solo fino alla verifica di attendibilità metodologica e accettabilità media dei risultati conseguiti;

- b) dal tipo di funzione esercitata: se si tratta di una funzione di controllo di compatibilità di un intervento rispetto a valori, beni, interessi "comuni", di interesse generale, allora il giudizio tecnico sarà inevitabilmente connotato anche da elementi di valutazione comparativa nel contesto della decisione pluristrutturata, nonché di ponderazione degli interessi coinvolti, e pertanto si avvicinerà al tipo di sindacato riferibile alla discrezionalità amministrativa, con i noti limiti di insindacabilità delle scelte di merito riservate all'amministrazione.

L'eccessiva eterogeneità dei fenomeni denotati dal concetto di "discrezionalità tecnica" ne dimostra la scarsa qualità epistemica e la conseguente fallacia euristica.

Rispetto alle posizioni estreme di taluna parte della Dottrina, che fa discendere dalla giurisprudenza della Corte EDU sulla *full jurisdiction* l'indistinzione tra giudice e amministratore, merita adesione la posizione equilibrata che esclude che la "piena giurisdizione" debba significare *riesame* dinanzi al Giudice, o la sua sostituzione diretta all'amministrazione nel riesercizio della funzione⁴¹.

È preferibile, rispetto ai "cambi di paradigma" epocali di volta in volta annunciati⁴², un'accorta "conservazione programmata" (prendendo in

⁴¹ G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P.A. Pers. e amm., 2018, 9 ss. In tal senso anche l'ampio studio di L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit.

⁴² Contro la tesi di Thomas Khun delle rivoluzioni scientifiche (i cambi di passo epocali e le rivoluzioni copernicane) – T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1962 (trad. di A. Carugo, Torino 2009) –, appare di gran lunga preferibile una visione meliorista della conoscenza in generale e della scienza in particolare, una visione popperiana (o darwiniana) della conoscenza come stratificazione progressiva per sedimentazione dei

prestato un concetto della tutela del patrimonio culturale), fatta di “manutenzione ordinaria” costante, con una “stretta di bulloni” del sistema che esiste, imperniato sull’idea di una funzione correttiva della Giustizia amministrativa, di controllo su tutti i profili della razionalità complessa dell’azione amministrativa, sistema che rappresenta un buon punto di equilibrio tra autorità e libertà, tra funzionalità dello Stato e tutela (piena, effettiva e anche soddisfacente) del cittadino.

La Giustizia amministrativa (nella giurisdizione generale di legittimità) resta essenzialmente di tipo cassatorio, di controllo di legittimità (nei limiti della domanda), in funzione correttiva in vista del riesercizio legittimo della funzione. Il giudice, in sostanza, giudica la razionalità complessa della decisione amministrativa⁴³, giudica di come l’amministrazione ha giudicato, ma non decide lui stesso l’affare amministrativo: insomma, per fare degli esempi banali, il giudice giudica se la soprintendenza ha correttamente ragionato (in tutti i profili della razionalità complessa che caratterizza la decisione pubblica), non giudica il reperto archeologico; giudica di come il Comune ha ragionato nella decisione urbanistica, non giudica il corretto assetto urbanistico-edilizio del territorio, *etc.* Che poi questo giudicare il ragionamento dell’amministrazione possa condurre, in negativo, a indicare quale possa o debba essere il corretto assetto degli

precedenti contributi (K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, collana “Biblioteca paperbacks”, 2009), che restano alla base delle nuove acquisizioni.

⁴³ Qui torna utile un mio non recente contributo, nel quale avevo evidenziato come, sulla linea della teoria degli atti linguistici (C.S. Peirce, J.L. Austin, J. Searle) e della teoria dell’agire comunicativo di J. Habermas, l’agire amministrativo, in quanto agire razionale orientato all’intesa, implica il divieto per l’amministrazione di porre in essere azioni di tipo strategico (egoistico) e il correlativo obbligo di garantire la riscattabilità del valore (complesso) di verità (la forza illocutiva) dei propri assunti, posti a base della scelta operata. Questa riscattabilità – si era altresì chiarito – deve soddisfare un quadruplice criterio di giustificazione razionale: un primo criterio (teleologico) di corrispondenza ai fini (ai valori) dati dalla legge; un secondo criterio (proposizionale) di verità riguardo ai presupposti di fatto assunti a base della decisione amministrativa; un terzo criterio (deontologico) di giustezza normativa (in base a regole giuridiche procedurali e sostanziali); infine, un quarto criterio (empirico) di razionalità, proprio dell’agire orientato a uno scopo pratico-sociale (non strategico, ma orientato all’intesa comunicativa), che si riassume nella proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini [P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell’azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro Amm.-TAR*, n. 7-8/2005, 2652 ss., nonché, con aggiunte e integrazioni, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova 2006, 80 ss., con il titolo *La razionalità complessa dell’azione amministrativa. Note a margine del nuovo comma 1-bis dell’art. 1 della legge 241 del 1990*].

interessi pubblici e privati coinvolti nell'affare amministrativo, questo è un altro discorso (noto, che non deve certo essere qui ripercorso⁴⁴).

Questo modello tradizionale “evoluto”, per come integrato nella prassi giurisprudenziale più recente e infine codificato nel d.lgs. n. 104 del 2010 (e successive modificazioni), recante il codice del processo amministrativo, offre (nella sostanza) una tutela piena (vi è ormai spazio per la tutela risarcitoria e per quella di accertamento e di condanna, con tendenziale atipicità delle azioni), che poggia, come dovrebbe essere naturale per ogni giurisdizione, sulla conoscenza compiuta e approfondita del fatto e che sottopone la decisione amministrativa a ben quattro criteri (o fasi) di controllo (nei limiti, ovviamente, della domanda): a) un controllo di legalità formale (la rilevazione dei vizi di incompetenza e di violazione di legge); b) un controllo di legittimità sostanziale (modulato sui tradizionali indici rivelatori dell'eccesso di potere), in termini di non illogicità e di razionalità della decisione; c) un controllo di attendibilità del metodo tecnico-scientifico adottato dall'amministrazione nella fase cognitiva dell'esercizio della discrezionalità tecnica, nonché di accettabilità delle consequenziali conclusioni (sempre alla stregua di un criterio di coerenza con le conclusioni mediamente accettate dalla comunità scientifica attuale di riferimento); d) un test di proporzionalità e di ragionevolezza del mezzo adoperato rispetto al fine⁴⁵ e del complessivo equilibrio e bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti.

⁴⁴ Secondo il vecchio adagio *Juger l'administration, c'est encore administrer* (attribuito a H. DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 1827).

⁴⁵ Sul principio di proporzionalità, la cui prima enunciazione sembra risalire al Romagnosi (su cui cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino 2012, nonché F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2011, 1234), si vedano, oltre ai contributi ora citati, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, 361 ss., D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa* (con il coordinamento di D.U. Galetta e M. Gigante), Milano 2011, 110 ss., nonché ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 389 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana – Studi*, vol. III (A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanza attiva*), Firenze 2016, 193 ss.; V. FIORILLO, *Il principio di proporzionalità da parametro di validità a fondamento del diritto alla protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 15-26 luglio 2017;

È nota la frustrazione spesso provocata nelle parti dal “muro di gomma” dell’amministrazione, che non esegue le sentenze del giudice ed elude i giudicati, riesercitando male il potere, pur dopo l’annullamento dell’atto impugnato. Le parti vorrebbero ottenere (comprensibilmente) il “bene della vita” direttamente dalle mani del giudice, senza dover passare di nuovo dall’amministrazione, senza altre lungaggini burocratiche. Il che è del tutto comprensibile, in specie ove si consideri il problema della frequente violazione del principio della ragionevole durata del processo.

Ma è sbagliato pensare di risolvere per via giudiziaria il problema dell’inefficienza dell’amministrazione, come è (ovviamente) sbagliato pensare di risolvere il problema dei tempi eccessivi della giustizia gravando il giudice di altre (e improprie e ingestibili) funzioni di “amministratore di secondo grado”.

Sarebbe utile, invece, concentrare gli sforzi proprio sulla riforma della macchina amministrativa, per metterla in condizioni di poter lavorare bene nell’interesse generale del Paese.

L’ipertrofia della giurisdizione (e del contenzioso) non è la soluzione, ma è parte del problema.

F. DI PORTO, *Regolazione, principio di proporzionalità e scienze cognitive*, in *Federalismi*, 4/2018, 14 febbraio 2018, con ampi richiami storici e di dottrina; G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino 2021. In giurisprudenza cfr., da ultimo, per una sintesi, Cons. Stato, sez. I, 30 dicembre 2022, n. 2222.

AIUTI DI STATO E FRAGILITÀ AMBIENTALI:
I NUOVI ORIENTAMENTI
DELLA COMMISSIONE*

SOMMARIO: 1. Gli aiuti a favore di ambiente, energia e clima. – 2. I profili generali della Comunicazione del 2022. – 3. La base giuridica degli aiuti *utili*: l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE. – 4. I principi generali di compatibilità della misura di aiuto: il rispetto dell'*acquis* e la trasparenza. – 5. L'ulteriore *onus probandi* imposto allo Stato notificante: *a*) l'effetto incentivante sulle imprese quale requisito di liceità dell'autorizzazione; *b*) la non alterazione del mercato in misura eccessiva rispetto al "comune" interesse; *c*) il *balancing test*: la maggiore valenza degli effetti positivi su quelli negativi. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Gli aiuti a favore di ambiente, energia e clima*

A causa della mole degli investimenti necessari per fronteggiare le fragilità ambientali, energetiche e climatiche, anche a seguito del conflitto russo-ucraino, esperti e istituzioni sostengono che l'imprenditoria possa e debba contribuire alla decarbonizzazione del continente europeo e al più efficiente utilizzo delle sue (scarse) risorse energetiche. Occorrono inoltre ingenti finanziamenti sulle energie rinnovabili, sulle capacità di stoccaggio delle stesse, sull'efficientamento energetico dei processi produttivi e degli edifici, su reti, infrastrutture e così via. Si tratta di investimenti ben più cospicui di quelli occorsi nella seconda decade di questo secolo¹.

Vero è che gli obiettivi europei sarebbero teoricamente perseguibili tramite l'adozione di norme imperativamente rivolte al mondo pro-

* I punti salienti dello scritto sono stati presentati nel Convegno annuale AIDAmbiente, *Politiche ambientali ed emergenza bellica in Europa*, svoltosi nell'Università di Catania il 18 novembre 2022.

¹ Cfr. ad esempio il quotidiano Sole 24 ore, *Infrastrutture decisive per la svolta energetica*, 30 settembre 2022, 6.

duttivo. Si potrebbero così imporre, con procedura legislativa, divieti ambientali e standard molto elevati, il miglioramento delle prestazioni energetiche degli immobili, l'acquisto e l'ammodernamento di veicoli puliti nei settori dei trasporti stradali, aerei e marittimi, l'uso efficiente delle risorse, la transizione verso un'economia circolare, la chiusura di centrali elettriche che utilizzano materiale fossile, la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, tasse sulle emissioni inquinanti e così via². Si potrebbe, allo stesso tempo, impedire ogni forma di intervento pubblico a favore alle imprese, incentivando al più il ricorso a *condizionalità* ambientali nell'esecuzione degli appalti pubblici o prescrivendo punteggi aggiuntivi *verdi* in sede di aggiudicazione della fornitura di beni e servizi. È evidente però che una politica legislativa, concepita in una logica impositiva, avrebbe effetti difficilmente sostenibili per l'economia, oltre a determinare, verosimilmente, riflessi negativi sull'occupazione, almeno a breve termine³. In chiave giuridica, d'altronde, una simile impostazione striderebbe con il diritto primario e i valori normativi dell'Unione, i quali richiedono di bilanciare la preservazione di un elevato grado di tutela dell'ambiente con la *sostenibilità dello sviluppo economico*, in un quadro di economia sociale di mercato tendente alla piena occupazione e al progresso della *societas* europea (artt. 2 e 3, par. 3, TUE). Una politica legislativa che non conciliasse tali interessi e avesse riflessi negativi sul duplice piano aziendale e occupazionale sarebbe poco giustificabile in punto di stretto diritto.

Pertanto, a fianco di stringenti norme *comuni* (e, se del caso, nazionali ancor più restrittive *ex art.* 193 TFUE) in materia ambientale, energetica e di contrasto ai cambiamenti climatici, sono auspicabili strumenti di politica industriale degli Stati membri a favore delle imprese, purché, s'intende, gli interventi statali siano *resi* coerenti con la disciplina sugli aiuti di stato⁴. In questa prospettiva la politica della concorrenza relativa agli aiuti si allinea agli indirizzi generali perseguiti in materia ambientale

² OECD (2015), *Towards Green Growth? Tracking Progress*, OECD Green Growth Studies Paris, 34 ss. <https://doi.org/10.1787/9789264234437-en>; I. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna 2002, 37 ss.

³ Per una analisi economica degli incentivi volti a indurre gli individui a modificare le rispettive scelte ambientali cfr. R. PERMAN, Y. MA, M. COMMON, D. MADDISON, J. MCGILVRAY, *Natural Resources and Environmental Economics*, 4th ed., Harlow 2011, 195 ss.

⁴ La bibliografia in materia degli aiuti di stato destinati a favore dell'ambiente è vasta: si veda di recente, anche per ulteriori riferimenti, O. PEIFFERT, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Paris 2015, *passim*; OECD (2015), *Towards Green Growth? Tracking Progress*, OECD Green Growth Studies, cit.,

a norma del principio di integrazione, recepito anche nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali⁵.

In armonia con il *Next Generation EU* che ha predisposto consistenti finanziamenti pubblici per la transizione verde⁶, una recente Comunicazione della Commissione ha riconosciuto che gli aiuti di stato – *recte* di origine statale ovvero riconducibili a pubblici poteri⁷ – possono costituire veicoli idonei ai fini del *Green Deal*⁸, a favore dell'ambiente e del perseguimento della neutralità climatica da raggiungere entro il 2050, e degli

36 ss.; S. MARINO, *La tutela ambientale nella politica dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, 43 ss.

⁵ Art. 11 TUE. In argomento v. *inter alia* F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna 2012, 81 ss.

⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione* COM (2020) 456 final del 27 maggio 2020.

⁷ Non sono ovviamente qualificabili come aiuti i finanziamenti dell'Unione non direttamente, né indirettamente controllati dagli Stati membri, difettando per l'appunto il requisito dell'origine statale delle risorse. Si pensi alla Banca europea degli investimenti che ha da tempo attivato una linea di finanziamenti per la tutela dell'ambiente, o anche alle risorse provenienti dai fondi strutturali o dal Fondo europeo per gli investimenti, purché concesse senza che le autorità nazionali esercitino poteri discrezionali. Si pensi ancora, in particolare, al programma Horizon 2020, al programma per la competitività delle imprese e le piccole e medie imprese (COSME) o ai fondi TEN-T (sui quali cfr. L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London 2016, 69). Nella logica della Commissione, se la misura è finanziata solo in parte da fondi strutturali, cosa che in sé qualifica la misura stessa come appartenente alle "state resources once they come under the control of a Member State" essendo soggetta a integrazioni statali, "[h]ence, state resources are involved" (State Aid N 157/2006 – United Kingdom South Yorkshire Digital Region Broadband Project, in https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/204313/204313_655838_46_2.pdf). Ciò spiega altresì l'acquiescenza prestata dagli Stati membri che hanno avuto accesso ai finanziamenti legati al PNRR: in questo caso, le corrispondenti misure nazionali a favore delle imprese devono essere notificate alla Commissione per la previa autorizzazione (a norma dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE), tramite procedure preferenziali al fine di facilitare la realizzazione dei Piani nazionali. La Commissione ha stabilito peraltro che la misura stessa non è soggetta a obbligo di previa notifica qualora l'intervento statale rientri nelle esenzioni per categoria. Questa prassi ha finito per assicurare alla Commissione che la normativa sugli aiuti di Stato sia integralmente osservata, che sia mantenuto il *level playing field* nel mercato unico, che le distorsioni alla concorrenza si riducano ridotte al minimo e, infine, che i Piani stessi di ripresa non producano l'effetto negativo di affievolire la propensione agli investimenti privati. Sulla nozione di aiuto v. tra gli altri e per ulteriori riferimenti C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107*, in *Trattati dell'Unione europea* (a cura di Tizzano), 2ª ed., Milano 2014, 1145 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, 4ª ed., Milano 2019, 360 ss.; G. STROZZI, G. VITALE, *Gli aiuti di Stato*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale* (a cura di G. Strozzi e R. Mastroianni), Torino 2021, 406 ss.

⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*,

altri obiettivi in tema di energia e trasporti da realizzarsi entro il 2030⁹. L'aver incluso nell'*emprise* della Comunicazione anche profili attinenti all'energia mostra come la politica dell'Unione al riguardo sia strettamente legata alla preservazione dell'ambiente, come prospetta l'art. 194, par. 1, TFUE¹⁰.

2. I profili generali della Comunicazione del 2022

Al di là dell'obbligo di rispettare l'*acquis* – che resta fermo in capo ai destinatari (Stati membri, persone fisiche e giuridiche), non potendo, com'è ovvio che sia e si vedrà *infra*, la disciplina sugli aiuti di stato derogarvi – la Commissione riconosce dunque che nei nuovi scenari politico-economici mondiali sono indispensabili misure nazionali volte a ricostruire un ambiente sano. Si assume quindi che, in assenza di aiuti, una certa condotta virtuosa degli operatori economici non si svilupperebbe affatto ovvero procederebbe a un ritmo insufficiente per perseguire gli obiettivi del *Green Deal*. Più specificamente, si ammette che tali misure – ove autorizzate, perché rispondenti alle condizioni fissate nella Comunicazione – possono contribuire a “una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”¹¹.

Naturalmente, la Comunicazione si colloca nell'alveo dell'art. 108, par. 3, TFUE, e postula l'osservanza dell'obbligo di previa notifica di un certo progetto di aiuto destinato all'imprenditoria e, di conseguen-

COM(2019) 640 final, e l'allegato che reca la tabella di marcia contenete le azioni e le scadenze per realizzarle.

⁹ Cfr. la Comunicazione sul *Green Deal europeo*, cit., 9 e 18 (ove la Commissione preannunciava la revisione dei suoi orientamenti in materia di aiuti di stato) e quella della stessa Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022* (2022/C 80/01), GUUE 18.2.2022 C 80, 1 ss. Tale Comunicazione ha sostituito la Comunicazione 2014-2020 (pubblicata in GUUE 28.6.2014 C 200, 1 ss). Su *Green Deal* e i sostegni alla ripresa economica v. anche per ulteriori riferimenti bibliografici E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, p. 415 ss.; F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, 185 ss.

¹⁰ Sulla competenza dell'Unione in materia v., tra gli altri, M. FEHLING, *Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement*, in *Transnational Environmental Law*, 2021, 339-363.

¹¹ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., 9.

za, delle regole di procedura per il controllo degli aiuti¹². Il ricorso alle pre-notifiche e agli scambi informali di informazioni con la Commissione sarà prezioso. Come è d'uso nella sua prassi applicativa e come si vedrà meglio *infra*, la Commissione pone l'*onus probandi* in capo alle autorità statali, le quali devono dimostrare che, in assenza di aiuti, le imprese non sarebbero interessate a conformarsi a condotte virtuose a causa dei costi di investimento e/o di produzione che le medesime condotte impongono. Si verte così in un contesto di *fallimento del mercato* – concetto di non facile definizione, se non in chiave negativa (incapacità delle aziende di adottare comportamenti virtuosi in assenza di aiuti).

L'ammissione che certe misure statali (regimi di aiuto o misure individuali) possano rivelarsi aiuti, come si suole dire, *buoni* per l'ambiente non è una novità¹³. Più che di aiuti "buoni" o "cattivi" – traduzione lette-

¹² L'art. 108, par. 3, TFUE attribuisce alla Commissione la competenza a stabilire la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno – indipendentemente dal fatto che si tratti di aiuti esistenti ovvero di aiuti da istituire o modificare – entro il termine di due mesi dal momento in cui la Commissione ha ricevuto, unicamente per via elettronica, la notifica completa da parte dell'amministrazione nazionale. La Commissione è tenuta ad adottare una decisione, eventualmente dopo l'apertura di procedura di indagine formale (art. 4 reg. 2015/1589), sebbene il decorso del termine lasci spazio al silenzio/assenso in sede di applicazione dell'ultimo paragrafo dell'art. 4. Nella prassi applicativa la Commissione sollecita, in caso di dubbio, le autorità nazionali a comunicare – anche tramite *pre-notifica* o notifica a titolo cautelare e di certezza giuridica – la misura anche allo stadio progettuale, ancorché esse ritengano superflua la comunicazione perché, ad esempio, reputino che la misura non ricada nella nozione di aiuto. L'obbligo di notifica preventiva alla Commissione, previsto genericamente in capo allo Stato dal diritto primario, è utilmente devoluto dalla Legge n. 234/2012 alle singole amministrazioni centrali e territoriali, le quali "predispongono la notifica ... e la trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche europee attraverso il sistema di notificazione elettronica. Il Dipartimento per le politiche europee effettua un esame della completezza della documentazione contenuta nella notifica Il successivo inoltro alla Commissione europea è effettuato conformemente alla normativa europea" (art. 45, par. 1, Legge n. 234/2012). Come si vede, è l'amministrazione interessata a predisporre la documentazione da notificare attraverso il sistema elettronico. È evidente l'obiettivo del legislatore che consiste nel concentrare la responsabilità della notifica in capo all'amministrazione che intende erogare l'aiuto.

¹³ Sul concetto di aiuti buoni o cattivi v., in una prospettiva largamente politico-economica, M. BLAUBERGER, *Of Good and Bad Subsidies: European State Aid Control through Soft Law and Hard Law*, in *Western European Politics*, 2009 (32.4), 719 ss. Il concetto di aiuti buoni è stato applicato dalla Commissione nel 2012 (cfr. la Comunicazione sulla "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'Unione europea", COM(2012) 209 final, par. 12, per definire gli "aiuti che sono ben concepiti, che mirano a carenze del mercato ben individuate e a obiettivi di interesse comune e che hanno i minori effetti distorsivi possibili".

rale dall'inglese *good* e *bad* – sarebbe preferibile parlare di aiuti *utili* alla realizzazione di fini politicamente predeterminati (nella specie, a favore di ambiente, energia e clima) e dunque *eticamente utili* all'interesse generale, mutuando la terminologia crociana dell'azione pubblica¹⁴. Il favore della Commissione per gli aiuti ambientali, già rilevabile nella sua precedente prassi, è destinato a continuare in futuro¹⁵.

Un simile *favor* è già presente nel quadro normativo degli aiuti oggetto di esenzione per categoria. Invero, il relativo regolamento generale (GBER, nell'acronimo inglese, ossia *General Block Exemption Regulation*) n. 651/2014 della Commissione (adottato in base all'art. 108, par. 4, TFUE), include tra le varie forme di esenzione – dall'obbligo di notifica preventiva previsto dall'art. 108, par. 3, TFUE – gli aiuti a tutela dell'ambiente (artt. 36 a 49)¹⁶. Già tale disciplina, pur soggetta a condizioni puntuali e restrittive, in particolare con riguardo alle soglie di ammissibilità, mostra che l'Unione è in grado di *indirizzare* e *condizionare* le politiche industriali degli Stati membri in chiave di tutela dell'ambiente e del clima.

A questo consolidato schema normativo, la Commissione ha dunque affiancato la nuova Comunicazione, la quale, pur perseguendo obiettivi speculari, si profila in termini di maggiore flessibilità nell'apprezzamento delle misure nazionali di aiuto volte a concorrere al conseguimento degli obiettivi comuni ai ventisette Stati membri – obiettivi individuati con dozzina di particolari nella Comunicazione stessa.

Tredici sono le categorie *eleggibili* di aiuto, incluse le forme che la misura può assumere (ossia sovvenzioni dirette o sotto forma di sgravi da tasse o prelievi fiscali¹⁷), le quali mirano a orientare imprese e consumatori verso scelte virtuose. Gli aiuti contemplati riguardano in modo trasversale la tutela dell'ambiente, la neutralità climatica dei settori produttivi e l'efficientamento energetico delle imprese, inclusa l'industria maritti-

¹⁴ Si allude in particolare alle concezioni originarie di Benedetto Croce: cfr. G. SARTORI, *Stato e politica nel pensiero di Benedetto Croce*, Napoli 1966, 15 ss.

¹⁵ In passato il 98% delle misure statali notificate è stato oggetto di approvazione: cfr. in tal senso il dato statistico menzionato da O. PORCHIA, *Aiuti di stato in materia ambientale e competenze regionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 865.

¹⁶ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, in GUUE L 187, 26.6.2014, 1 ss.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 292 ss.

ma, aerea e ferroviaria¹⁸. Tra essi meritano di essere segnalati gli aiuti destinati alla *nature restoration* dei siti contaminati (riparazione di danni ambientali, il ripristino degli habitat naturali, degli ecosistemi e della biodiversità), rispetto ai quali l'intensità dell'aiuto può raggiungere – è bene sottolinearlo – il 100% dei costi ammissibili¹⁹. Si tratta, a ben vedere, di una linea politica della Commissione che è parte di una più radicale e innovativa strategia²⁰, già prevista dal regolamento GBER²¹, oggetto di una recentissima e originale proposta di regolamento²².

Per contro, tra le tipologie di aiuti eleggibili non rientrano quelli a favore di ricerca e innovazione, per i quali esistono atti *ad hoc* della Commissione, né quelli riguardanti la produzione di energia nucleare²³. È dubbio se quest'ultima esclusione denoti un orientamento negativo della Commissione ovvero se, date la complessità della questione e le profonde differenze tra gli Stati membri, si sia voluto aggirare un tema così spinoso e divisivo, come mostra il recente caso *Hinkley Point C* deciso dalla *Grande Chambre* della Corte di giustizia²⁴. L'autonomia nazionale al riguardo

¹⁸ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 77 a 454.

¹⁹ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 291. Sul tema tra gli altri cfr. M. BENNOZZO, *La tutela degli ecosistemi e della biodiversità nel codice ambientale: gli strumenti ripristinatori e risarcitori del pregiudizio ecologico*, Roma 2008; A. AKHTAR-KHAVARI, S. CLIQUET, A. TELESITSKY (eds.), *Ecological restoration in international environmental law*, London 2015; S. BOCCHINI, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, Napoli 2018; A. CLIQUET, et al., *Upscaling ecological restoration: toward a new legal principle and protocol on ecological restoration in international law*, in *Restoration Ecology* 2021, 13560 ss.

²⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 16.

²¹ Ai sensi dell'art. 49 di tale regolamento, gli aiuti a favore delle imprese che rimediano ai danni ambientali mediante il risanamento dei siti contaminati sono compatibili ex art. 107, par. 3, TFUE, purché soddisfino talune condizioni: i) l'investimento deve riparare totalmente il danno ambientale (suolo, falde ecc.); ii) non deve essere reperibile la persona responsabile del danno; iii) i costi ammissibili non devono essere superiori ai costi di risanamento cui però va sottratto l'aumento di valore del terreno; iv) la valutazione dell'incremento di valore del terreno (che è presunto) è effettuata da esperto indipendente; v) infine, l'intensità dell'aiuto non può superare il 100% dei costi ammissibili.

²² Si allude alla proposta di un regolamento del Parlamento e del Consiglio *on nature restoration*, COM(2022) 304 final del 22 giugno 2020, fondata sull'art. 192, par. 1, TFUE.

²³ Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 13, lett. d).

²⁴ Sentenza 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*. Il caso riguardava l'impugnazione da parte del Governo austriaco della decisione della Commissione che aveva dichiarato compatibile l'aiuto statale in favore della centrale nucleare di

è assicurata dai Trattati, posto che ogni Stato membro può invocare il diritto di determinare la propria politica energetica – la quale non deve essere necessariamente volta a favorire fonti rinnovabili (art. 194, par. 2, comma 2 TFUE)²⁵ – e da varie disposizioni del Trattato Euratom, tuttora in vigore²⁶. L'esclusione degli aiuti alla produzione di energia nucleare dalla sfera di applicazione *ratione materiae* della Comunicazione non trova la sua ragion d'essere nell'impossibilità di giustificarli. In effetti, da un lato, l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE è la base giuridica di riferimento indicata dalla Commissione nella Comunicazione in esame²⁷; dall'altro, la stessa disposizione è stata utilizzata per giustificare in *Hinkley Point C* uno schema di aiuto alla produzione di energia nucleare²⁸. Resta sullo sfondo la non semplice questione di conciliare con gli obiettivi di tutela ambientale la gestione dei rifiuti prodotti dalle centrali nucleari nel contesto dell'effetto di incentivazione di condotte ambientali virtuose, requisito indispensabile per autorizzare l'aiuto (punto su quale si tornerà *infra*). Insomma, la delicatezza e la complessità giuridica, inerenti agli aiuti all'energia nucleare, sono verosimilmente all'origine di una simile

Hinkley Point C (Regno Unito). La Corte ha respinto il ricorso dell'Austria (sostenuta dal Lussemburgo) fondato in gran parte sul motivo per cui gli aiuti di Stato a favore dell'energia nucleare sono incompatibili con l'interesse generale dell'Unione. Secondo la sentenza, né l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, né il Trattato Euratom subordinano la concessione di aiuti di Stato al soddisfacimento di interessi esclusivamente generali o sovranazionali. In realtà, almeno sotto il profilo dell'effetto incentivante il rilievo delle finalità politiche complessive dell'Unione in materia *lato sensu* ambientale assume rilievo (v. *infra*, par. 5).

²⁵ Cfr. al riguardo M. FEHLING, *Energy Transition in the European Union and its Member States: Interpreting Federal Competence Allocation in the Light of the Paris Agreement*, cit., 339, che peraltro sostiene una interpretazione restrittiva di tale clausola.

²⁶ Si consideri tra l'altro che il Trattato Euratom intende creare le premesse per lo sviluppo dell'industria nucleare “fonte di vaste disponibilità di energia” (preambolo) e per “il rapido incremento delle industrie nucleari [...]” (art. 1); nel contempo, gli Stati membri devono “agevolare gli investimenti ed assicurare, particolarmente incoraggiando le iniziative delle imprese, la realizzazione degli impianti fondamentali necessari allo sviluppo dell'energia nucleare nella Comunità” (art. 2, lett. c). Si tenga poi presente che il Trattato Euratom conserva una sua autonomia applicativa rispetto ai Trattati sull'Unione, i quali dunque devono essere applicati congiuntamente: Tribunale, 12 luglio 2018, T-365/15, *Austria c. Commissione*, punti 73-78.

²⁷ V. il successivo paragrafo 3.

²⁸ Tale schema era fondato, in sintesi, su due strumenti: da un lato, sull'integrazione (assicurata per 35 anni) degli introiti qualora il prezzo all'ingrosso di vendita dell'energia fosse inferiore a un prezzo di riferimento; dall'altro, su una garanzia di credito statale sul debito emesso dal beneficiario (v. la Decisione (UE) 2015/658 della Commissione dell'8 ottobre 2014, in GUUE L 109 del 28 aprile 2015, 44 ss., in part. 77 ss.; in dottrina E. SZYSZCZAK, *State aid for energy infrastructure and nuclear power project*, in *Era Forum*, 2015 (16), 25 ss.).

esclusione. È certo comunque che eventuali aiuti di stato all'energia nucleare non fruiranno del regime di *favor* previsto dalla Comunicazione in oggetto.

Piuttosto, la confluenza di più strumenti sugli aiuti a finalità *lato sensu* ambientale pone una questione di coordinamento normativo, dovendosi distinguere la sfera di applicazione delle misure esentate dall'obbligo di notifica da quelle autorizzabili ai sensi della Comunicazione, le quali non coincidono. In effetti, a titolo esemplificativo, mentre il regolamento GBER in tema di economia circolare concerne essenzialmente gli aiuti agli investimenti per il riciclo e il riutilizzo dei rifiuti²⁹, la Comunicazione si applica, in modo più esteso, sia all'uso maggiormente efficiente delle risorse, sia alla transizione verso un'economia circolare in linea con il *Circular Economy Action Plan*³⁰.

Qualora un certo progetto di aiuto ricadesse *ratione materiae* nell'uno e nell'altra, la scelta di avvalersi di un certo strumento dipenderà, in definitiva, dalla previsione delle autorità nazionali circa il puntuale rispetto delle norme regolamentari. Quando un aiuto in materia ambientale non rispetti le condizioni previste dal regolamento GBER, ovvero non ve ne sia certezza (ad esempio, perché la sovvenzione non è calcolabile con precisione) oppure qualora le autorità statali intendano distaccarsene, ciò non significa che la misura non possa essere autorizzata dalla Commissione. In tali situazioni, le autorità statali sono tenute, permanendone l'obbligo, a notificare *ex art.* 108, par. 3 TFUE, il regime o la misura *ad hoc*, ricadendo la fattispecie nell'*emprise* della Comunicazione. Va da sé che, in caso di risposta negativa, la decisione può essere contestata dinanzi ai giudici dell'Unione attraverso il rimedio diretto del ricorso di invalidità dinanzi al Tribunale dell'Unione; al contrario, la decisione positiva può essere contestata almeno dai terzi concorrenti del beneficiario.

Conviene altresì brevemente ricordare, sempre in via preliminare, che le comunicazioni sono e restano atti di *soft law*. Con simili atti di natura non vincolante e sovente utilizzati nel diritto della concorrenza applicabile a imprese e Stati, la Commissione non rinuncia all'esercizio

²⁹ Regolamento n. 651/2014, art. 47.

³⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 217 ss. Sull'economia circolare v. per tutti il volume collettaneo *Studi in tema di economia circolare* (a cura di F. de Leonardi), Macerata 2019, *passim*; C. BACKES, *The Waste Framework Directive and the Circular Economy*, in *Research Handbook on EU Environmental Law* (a cura di M. Peeters & M. Eliantonio), Cheltenham, Northampton 2020, 328 ss.

del potere discrezionale che le conferisce l'art. 107 TFUE³¹: per un verso, la prassi degli orientamenti e delle comunicazioni mostra che essi presentano sempre un certo grado di indeterminatezza, sì che sarebbe vano porsi nell'ottica della *certezza del diritto* in chiave di puntuale *prevedibilità* della decisione; per altro verso, la Commissione non potrebbe astenersi da un simile esercizio di (relativa) precisazione della discrezionalità inerente al quadro normativo, trattandosi di potere non rinunciabile appunto perché, come stabilito in giurisprudenza, conferitole dal diritto primario³².

In realtà, l'istituzione fa uso del potere discrezionale per mezzo delle stesse fonti di *soft law*, individuando le modalità entro le quali gli Stati membri possono predisporre misure di aiuto conformi alle regole definite nella comunicazione, in quanto interpretate e applicate dall'istituzione. Comunque sia, come ribadito nella sentenza *Kotnik*³³, la comunicazione non vincola lo Stato membro³⁴. Se questi notifica alla Commissione un progetto di aiuti in linea con le disposizioni dettate dalla Commissione, "quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare il progetto"; ciò nonostante, gli Stati membri "conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuti di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione", mentre la Commissione potrebbe comunque autorizzare i medesimi progetti "in circostanze eccezionali"³⁵, tenuto conto di tutte le specificità del settore economico interessato, inclusi i profili straordinari invocati dallo Stato, che la Commissione è tenuta a esaminare, ancorché non considerati nell'atto di *soft law*³⁶.

³¹ Negli aiuti di Stato, la Commissione è vincolata alle discipline da essa emanate, purché nei limiti in cui le medesime non si discostino dalle norme del Trattato, tra le quali figura, in particolare, l'articolo 107, par. 3, lett. b) TFUE (v., in tal senso, la sentenza 2 dicembre 2010, C-464/09 P, *Holland Malt BV c. Commissione*, punti 46 e 47).

³² Sentenza 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, punto 71, in cui si precisa che l'esercizio della discrezionalità insita nelle comunicazioni (orientamenti ecc.) deve essere sottoposta a verifica continua, al fine di valutare ogni altra evoluzione non considerata in precedenza.

³³ Sentenza 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*, punto 43.

³⁴ Ivi, punti 44-45.

³⁵ Ivi, punto 43.

³⁶ La sentenza 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, ha chiarito che la Commissione ha l'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'articolo 107, par. 3, lett. b) TFUE. Naturalmente, in questo caso, essa ha anche l'obbligo di motivare il suo eventuale rifiuto di accogliere una richiesta del genere (punti 72 ss.).

3. La base giuridica degli aiuti utili: l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE

Tra le varie disposizioni della disciplina generale in materia di aiuti di stato, la Comunicazione individua nell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, la regola categoriale che permette agli Stati membri, nel rispetto delle condizioni esaminate *infra*, di ricevere dalla Commissione l'autorizzazione a istituire regimi o misure *ad hoc* di aiuto a favore di imprese in chiave di protezione di ambiente, clima ed efficientamento energetico.

Tale disposizione è verosimilmente quella maggiormente significativa in termini di poteri discrezionali conferiti dal diritto primario alla Commissione, eppure meno approfondita sul piano teorico-giuridico, forse perché non sono poi molte le pronunce dei giudici dell'Unione al proposito, le quali hanno riguardato per lo più le misure relative alle regioni meno sviluppate³⁷. La parte dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE che qui interessa concerne invece gli aiuti "destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività ..., sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse"³⁸.

Come è noto, si tratta di disposizione che è inclusa tra quelle qualificate come categorie di aiuti che "possono considerarsi compatibili con il mercato interno" (art. 107, par. 3, TFUE). Esse si differenziano dai casi di compatibilità *de jure* indicati nell'art. 107, par. 2, TFUE, che hanno natura, per così dire, maggiormente definita, ancorché soggette al controllo della Commissione. Gli aiuti contemplati dal successivo par. 3, pur costituendo anch'essi deroghe al divieto generale di aiuti (art. 107, par. 1, TFUE), ruotano intorno alla discrezionalità della Commissione.

Nella logica del sistema, le disposizioni in questione, in quanto eccezioni al principio generale, ancorché di natura orizzontale, devono interpretarsi restrittivamente, come generalmente riconosciuto dai giudici dell'Unione e dalla prassi applicativa della Commissione³⁹. Un punto che

³⁷ Per una analisi di tipo politico-economico delle deroghe di cui all'art. 107, par. 3 TFUE, v. ad esempio D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, 3rd ed., Cambridge 2014, 1076 ss.

³⁸ Per un precedente giurisprudenziale si veda la sentenza 14 novembre 1984, 323/82, *Intermills*, punto 30, con scarse indicazioni sulla disposizione in ragione dei differenti motivi di ricorso. Per una rassegna dei casi relativi all'applicazione dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE v. P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2015, 1173-1176.

³⁹ Cfr. ad esempio sentenze 21 giugno 2001, C-280/99 P a C-282/99, *Moccia Irme c. Commissione*, punto 40, e riguardo al Tribunale 25 settembre 1997, T-150/95, *UK Steel Association c. Commissione*, punto 114.

caratterizza la base giuridica in oggetto è dato dalla circostanza che – come si vedrà *amplius* in seguito – la sfera di discrezionalità della Commissione è ristretta sotto un duplice profilo: taluni principi generali e almeno tre specifiche condizioni valorizzate dalla prassi applicativa ne orientano e delimitano l'applicazione. L'analisi della Comunicazione evidenzia peraltro come la discrezionalità della Commissione sia orientata in termini assai favorevoli verso gli aiuti di stato in presenza di un effetto ambientale incentivante⁴⁰.

Certo, come rilevato, al pari delle altre categorie di aiuti soggette ad autorizzazione, l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, impone all'istituzione di procedere a complesse valutazioni di ordine economico, sociale, tecnico e politico, attinenti unicamente al settore del mercato interno interessato dalla misura⁴¹. La Commissione deve basarsi, per concedere o rifiutare il ricorso alla deroga, su considerazioni di stretta necessità dell'aiuto (in linea con il carattere eccezionale della disposizione derogatoria in oggetto) che, a sua volta, deve essere destinato a raggiungere obiettivi, nella specie ambientali, climatici ed energetici, definiti in un'ottica di interesse generale nel *Green Deal*.

In passato, la prassi della Commissione si era talvolta ispirata al paradigma concettuale per cui, nell'autorizzare un aiuto ai sensi della base giuridica che qui rileva, si dovesse considerare l'interesse *comune*, e non quello nazionale, così che quest'ultimo finiva in sostanza per confluire nel primo, di natura sovranazionale. La giurisprudenza è orientata in senso diverso, nonostante quanto asserito dal Tribunale nella sentenza *Mediaset*⁴², in un passaggio peraltro ridimensionato dallo stesso Tribunale in chiave di interesse *pubblico* non necessariamente condiviso da tutti, né dalla maggioranza degli Stati membri⁴³. In effetti, la Corte di giustizia ha recentemente chiarito che la realizzazione dell'interesse *comune* non è condizione di compatibilità di una certa misura (in quel caso a sostegno dell'attività di una centrale nucleare) ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c)

⁴⁰ V. *infra* par. 5.

⁴¹ La giurisprudenza in argomento è consolidata: cfr. le sentenze 4 febbraio 1987, 310/85, *Deufil c. Commissione*, punto 18; 14 febbraio 1990, 301/87, *Francia c. Commissione*, punto 49 causa; 21 marzo 1991, C-303/88, *Lanerossi*, punto 34; 11 dicembre 2008, C-75/05 P, *Repubblica Federale di Germania c. Commissione*, punto 59; 5 marzo 2015, C-667/13, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português*, punto 6; 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, cit., punto 68. In dottrina cfr. tra gli altri C. CELLERINO, F. MUNARI, *Art. 107*, cit., 1154 s.

⁴² Tribunale, 15 giugno 2010, C-177/07, *Mediaset*, punto 125.

⁴³ Tribunale, 12 luglio 2018, T-365/15, *Austria c. Commissione*, punti 82 ss.

TFUE⁴⁴. Il paradigma concettuale della Comunicazione in oggetto appare invece coerente con la necessità di perseguire un interesse considerato *comune* ai Governi e ai popoli europei.

Comunque sia, i Trattati affidano la valutazione sottostante alla Commissione, la quale dispone al riguardo di una competenza esclusiva, da esercitarsi sotto il controllo dei giudici dell'Unione⁴⁵. Il ruolo della giurisdizione è peraltro circoscritto al rispetto delle regole procedurali e all'assenza sia di errori manifesti nella valutazione materiale dei fatti presi in considerazione, sia di errori di diritto, sia infine di sviamento di potere⁴⁶: il giudice – si afferma in giurisprudenza – non può sostituire la propria valutazione dei fatti, in particolare sul piano economico, a quella della Commissione⁴⁷. Su un piano generale, tale posizione non è irragionevole se considerata alla luce del principio di separazione dei poteri – parte integrante dello stato di diritto – che il processo di integrazione europea ha mutuato dalle tradizioni costituzionali dei suoi membri⁴⁸.

Per contro, come accennato, la discrezionalità della Commissione subisce varie costrizioni articolate in principi generali e condizioni che il progetto deve soddisfare, come si vedrà meglio in seguito. A questo riguardo, è bene sin d'ora sottolineare che la notifica alla Commissione ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE, non è in sé in grado di generare, in capo ai potenziali beneficiari della progettata misura, alcun legittimo affidamento circa la conformità della stessa alla disposizione derogatoria. Per un verso, gli atti di *soft law* – e la Comunicazione in esame non fa eccezione – mantengono ampi margini di apprezzamento discrezionale in

⁴⁴ Sentenza 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*, punti 18 ss.

⁴⁵ Nella sentenza 21 novembre 2013, C-284/12, *Deutsche Luftbansa AG*, la Corte ha ricordato la sua giurisprudenza sul riparto delle competenze tra Commissione e giudici nazionali secondo cui “la valutazione della compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione”, mentre “i giudici nazionali provvedono alla salvaguardia, fino alla decisione definitiva della Commissione, dei diritti dei singoli di fronte ad un'eventuale violazione, da parte delle autorità statali, del divieto previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE”, punto 28.

⁴⁶ Cfr. sentenze 26 settembre 2002, C-351/98, *Spagna c. Commissione*, punto 74; 13 febbraio 2003, C-409/00, *Spagna c. Commissione*, punto 93, e 29 aprile 2004, C-91/01, *Italia c. Commissione*, punto 43; per la giurisprudenza del Tribunale v. ad esempio la sentenza 11 giugno 2009, T-189/03, *ASM Brescia c. Commissione*, punto 115.

⁴⁷ Ciò ha dato luogo a critiche fondate sulla carenza di controllo giurisdizionale: L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P.-J. SLOT (eds), *EU State Aids*, 4a ed., London 2012, 146-147.

⁴⁸ Cfr. R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, 2ª ed., Milano 2022, 276.

capo alla Commissione, cui del resto appartiene il potere sottostante. Per altro verso, la giurisprudenza ha chiarito che, nel sistema dell'Unione, il sorgere del diritto individuale di invocare il legittimo affidamento dipende non dalle rassicurazioni, date alle imprese potenzialmente interessate, provenienti dalle autorità nazionali che abbiano proceduto alla notifica preventiva della misura, bensì e unicamente da quelle ricevute dall'Unione. Infatti, l'affidamento sorge soltanto se l'operatore economico abbia ricevuto rassicurazioni, caratterizzate da chiarezza e concordanza, da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione, tali da determinare fondate aspettative nell'interessato⁴⁹.

4. *Principi generali di compatibilità della misura di aiuto*

In via generale, quando sottopongono a valutazione di compatibilità il progetto di misure statali a favore dell'ambiente, del clima e dell'energia nel contesto di una notifica preventiva *ex art.* 108, par. 3 TFUE, gli Stati membri sono tenuti a rispettare tanto l'*acquis* (a), quanto il principio di trasparenza (b).

a) Il rispetto dell'acquis

Sotto il primo profilo, la misura, le relative condizioni di concessione, la procedura di erogazione e l'attività sovvenzionata – chiarisce la Commissione – non devono essere in contrasto con il diritto ambientale, né *a fortiori* con altre regole dell'Unione⁵⁰. I procedimenti in materia di aiuti di stato non possono per definizione produrre esiti incompatibili con i Trattati e il diritto secondario⁵¹: in breve, qualunque notifica statale va respinta se profila un simile effetto⁵². Preme peraltro segnalare che

⁴⁹ Secondo una giurisprudenza consolidata, può “parlarsi di rassicurazioni siffatte quando vengano fornite informazioni precise, incondizionate e concordanti, quale che sia la forma in cui queste vengono comunicate” (cfr. ad esempio le sentenze 6 dicembre 2010, C-537/08 P, *Kabla Thüringen Porzellan* c. Commissione, punto 63; 13 agosto 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA srl e altri*, punto 132).

⁵⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 33. In questo senso v. già la sentenza 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, punti 50 e 51.

⁵¹ Cfr. le sentenze 3 maggio 2001, C-204/97, *Portogallo* c. Commissione, punto 41 e 12 dicembre 2002, C-456/00, *Francia* c. Commissione, punto 30.

⁵² Sentenza 19 settembre 2002, C-113/00, *Spagna* c. Commissione, punto 78.

la giurisprudenza del Tribunale sembra più flessibile a questo riguardo, sebbene con argomentazioni non sempre convincenti⁵³.

Più certo è il profilo relativo all'inderogabilità della normativa europea ambientale. Data la necessità di accelerare il conseguimento degli obiettivi fissati dal *Green Deal* e la funzione addizionale che gli aiuti di stato sono chiamati a svolgere in chiave di protezione dell'ambiente, sarebbe irragionevole pensare che l'*acquis* ambientale non costituisse un punto fermo. Conviene ricordare, come stabilito in giurisprudenza, che nella sua valutazione di compatibilità di un aiuto notificato la Commissione è tenuta a verificare che il beneficiario "non violi norme del diritto dell'Unione in materia ambientale. Se constata una violazione di tali norme, essa è tenuta a dichiarare detto aiuto incompatibile con il mercato interno senza ulteriore esame"⁵⁴. In altri termini, la coerenza con l'*acquis* ambientale assume carattere dirimente, non essendovi alcuno spazio discrezionale ulteriore o residuale in capo alla Commissione: nell'insieme, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali, l'esigenza di integrare la tutela dell'ambiente nelle altre politiche ambientali (art. 11 TFUE) e gli obiettivi di salvaguardia e miglioramento dell'ambiente sanciti dagli artt. 191, par. 1 e 194, par. 1 TFUE, non permettono di affievolire l'effetto prescrittivo dall'*acquis*, e ciò a prescindere dal margine di apprezzamento che la normativa sugli aiuti di stato conferisce alla Commissione.

Emblematico al riguardo è l'esempio, fornito dalla Comunicazione in esame, degli aiuti relativi alla *nature restoration* (riparazione di danni ambientali, ripristino di habitat naturali ecc.). L'aiuto progettato non è eleggibile se lo Stato non abbia previamente dimostrato di avere adottato tutte le misure necessarie per identificare l'impresa responsabile del

⁵³ Cfr. la sentenza 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punti 15 ss., nella quale il Tribunale sostiene che la Commissione è tenuta a verificare soltanto il rispetto dell'*acquis* che presenti un legame indissociabile con la misura di aiuto autorizzata dalla Commissione, anche al fine di preservare le "garanties procédurales – en partie très divergentes et impliquant des conséquences juridiques distinctes – qui sont propres aux procédures spécialement prévues pour le contrôle de l'application de ces dispositions et, d'autre part, au principe d'autonomie des procédures administratives et des voies de recours" (punto 31). Tra l'altro, resta sullo sfondo una questione di ordine sistematico: come può la Commissione autorizzare una misura di aiuto adottata in violazione di norme contenute in atti legislativi di diritto derivato o del diritto primario tramite una decisione di natura amministrativa? Se si ragiona in termine di gerarchia delle fonti e degli atti, la risposta dovrebbe essere negativa.

⁵⁴ Sentenza 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*, punto 100. Così anche la sentenza del Tribunale 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punto 71.

danno ambientale affinché quest'ultima si faccia carico dei costi, a norma della Direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale e del principio "chi inquina paga"⁵⁵. Egualmente, gli aiuti a favore dell'energia rinnovabile sono condizionati all'utilizzo di combustibili conformi alla direttiva 2018/2001⁵⁶.

Sempre in una logica di rispetto dell'*acquis*, considerato *lato sensu*, si dovrebbe altresì ritenere che una misura di aiuto non possa essere erogata a favore di imprese destinatarie di una decisione di recupero non previamente eseguita, tanto più che il nuovo aiuto eluderebbe il vincolo relativo all'effetto distorsivo sulla concorrenza (del quale si dirà *infra*) che sarebbe invece destinato a consolidarsi. La rigorosa applicazione della giurisprudenza TWD, codificata in una regola interna⁵⁷, dovrebbe impedire conseguenze del genere⁵⁸. Certo, a causa prima della pandemia

⁵⁵ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 284 e 285. Si noti che la nozione di impresa responsabile concerne tanto l'azienda all'origine del danno ambientale, quanto l'impresa che sia ritenuta giuridicamente responsabile per non avere prevenuto o impedito il danno. Sulla direttiva 2004/35 v. anche per ulteriori riferimenti G. BANDI, *Principles of Environmental Law Including (the Objective of) Sustainable Development*, in *Research Handbook on EU Environmental Law* (a cura di M. Peeters & M. Eliantonio), cit., 48 ss. e B. Pozzo, *Environmental Liability: The Difficulty of Harmonizing Different National Civil Liability Systems*, ivi, 231 ss.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 80.

⁵⁷ V. art. 46, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234.

⁵⁸ Nella vicenda TWD (sentenza Tribunale 13 settembre 1995, T-244/93 e T-486/93, TWD c. Commissione, punto 56, e della Corte 15 maggio 1997, C-355/95 P) era in gioco la legittimità di una decisione della Commissione che aveva condizionato l'erogazione di un aiuto compatibile con il mercato comune al previo recupero di un precedente aiuto concesso in violazione delle norme del Trattato. Nel confermare la sentenza resa in primo grado dal Tribunale, e rigettando così i motivi di appello proposti dall'impresa ricorrente, la Corte rispose affermativamente a una questione non espressamente regolata dalle norme in tema di aiuti e sulla quale non vi erano precedenti giurisprudenziali. Il Tribunale, prima, e la Corte, poi, hanno dunque accolto una concezione sostanziale e finalistica delle norme in tema di aiuti, le quali sono volte a evitare distorsioni alla concorrenza. Di conseguenza, la Commissione – nell'utilizzare la discrezionalità inerente alle norme stesse e che la giurisprudenza consolidata in argomento le riconosce – poteva (*rectius*, doveva e ancora oggi deve) condizionare la concessione di un aiuto compatibile al completo recupero di un aiuto illecitamente erogato in passato ad un identico soggetto, almeno là dove si constati che la somma dei due aiuti sia lesiva della concorrenza. L'alternativa (volta a sostenere che, nel punto relativo alla sospensione dell'aiuto, la Commissione fosse incorsa in un motivo di invalidità dell'atto, avendo utilizzato i suoi poteri discrezionali per raggiungere un fine sanzionatorio rispetto al quale non dispone di corrispondente potere) sarebbe stata meno protettiva del mercato. È piuttosto difficile peraltro tracciare un preciso limite (che sia diverso dalla violazione di norme espresse) all'esercizio di un

e poi della guerra in Ucraina, sono state previste eccezioni alla regola TWD⁵⁹. Nondimeno, tali eccezioni non rilevano nella fattispecie, neppure per analogia.

b) Il principio di trasparenza

In linea con la prassi applicativa della Commissione in materia di aiuti di stato, il principio di trasparenza riceve nella Comunicazione una duplice declinazione.

Ex ante è necessario che, nel corso del processo decisionale di definizione di un certo progetto, il governo notificante abbia garantito al pubblico interessato il diritto sia di essere consultato, sia di avere accesso alle informazioni corrispondenti, affinché i soggetti terzi, in linea con gli impegni internazionali gravanti sull'Unione e sugli Stati membri in base alla Convenzione di Aarhus, possano contestarne gli esiti, se del caso anche dinanzi ai giudici nazionali, qualora le persone fisiche e le organizzazioni "dimostrino l'inosservanza del diritto ambientale dell'Unione"⁶⁰. Si tratta di un punto qualificante dell'azione della Commissione in tema di aiuti a favore dell'ambiente perché attiene al controllo diffuso del rispetto della normativa ambientale imposto da precisi obblighi internazionali pattizi direttamente gravanti sull'Unione. Conviene rilevare che l'incidenza degli obblighi internazionali dell'Unione potrebbe condurre a una revisione del quadro normativo comune al fine di rendere più trasparente l'attività della Commissione in punto di controllo e di autorizzazione dei progetti statali di aiuto, sebbene una certa resistenza dei Governi sia ragionevolmente prevedibile. Ciò perché il *Compliance Committee* che sovrintende al controllo circa la corretta applicazione

potere discrezionale nei casi in cui la giurisprudenza tenda ad attribuire all'organo i poteri necessari all'esercizio delle sue funzioni. Comunque sia, quest'ultima impostazione, in sé formalistica, sarebbe abbastanza agevolmente aggirabile qualora la Commissione, invece di dichiarare, come fece in TWD, compatibile l'aiuto, sospendendone l'erogazione al verificarsi di una condizione, avesse deciso di sancirne *tout court* l'incompatibilità appunto perché la somma dei due aiuti (uno lecito, l'altro illegittimo e soggetto a recupero) era lesiva della concorrenza. Lo svantaggio di una simile impostazione era essenzialmente pratico perché la Commissione avrebbe dovuto pronunciarsi (e aprire un nuovo procedimento) qualora il precedente aiuto illegittimo fosse stato recuperato.

⁵⁹ Cfr. art. 53, commi 1 e 1 *quater* del decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34 (convertito dalla legge 17 luglio 2020 n. 77), integrato dall'art. 50, comma 5, del decreto-legge 17 maggio 2022 n. 50 (convertito dalla legge 17 luglio 2022 n. 91).

⁶⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 11.

della Convenzione di Aarhus⁶¹, nel pronunciarsi sulla richiamata vicenda *Hinkley Point C*, ha accertato l'inosservanza, da parte dell'Unione, dello stesso strumento internazionale⁶².

Va poi ricordato che la necessità di garantire la trasparenza si evidenzia anche sotto una diversa angolazione, operante *ex post* rispetto alla concessione dell'aiuto. La misura deve essere pubblicata, ad opera delle autorità statali, sulla piattaforma *Transparency Award Module* della Commissione o su un sito nazionale o regionale⁶³.

Ne consegue, in entrambi i casi, che in principio la mancata osservanza di forme di trasparenza da parte dello Stato determina la non compatibilità della misura con i Trattati, con tutte le conseguenze che ne potrebbero derivare anche in termini di venir meno dell'efficacia dell'autorizzazione eventualmente concessa. In realtà, dal 2014 il rispetto della trasparenza tende ad essere non solo e non tanto un requisito amministrativo che lo Stato è tenuto a rispettare per assicurare la legalità della misura, quanto e piuttosto un principio generale del settore che intende responsabilizzare il potere pubblico (lo Stato che eroga la misura e la Commissione che l'autorizza) dinanzi all'intera società civile e, in particolare, a tutti i soggetti direttamente interessati.

⁶¹ Firmata nell'omonima città danese da 39 Stati nel 1998 nell'ambito delle Nazioni Unite, la Convenzione di Aarhus è entrata in vigore nel 2001 e, per l'Unione europea, nel 2005, in seguito alla sua approvazione con Decisione 2003/370/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005. Si tratta di un accordo misto: l'Unione e i suoi Stati membri sono infatti parti contraenti.

⁶² UN Economic and Social Council ECE/MP.PP/C.1/2021/21, 10 September 2021. Sulle funzioni del Compliance Committee v. tra gli altri C. PITEA, *The non-compliance procedure of the Aarhus convention: between environmental and human rights control mechanisms*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2006, 85 ss.; M. MACCHIA, *La compliance al diritto amministrativo globale: il Sistema di controllo della Convenzione di Aarhus*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 639 ss.; T. TREVES, *La soluzione delle controversie in materia ambientale e le procedure di non-compliance*, in A. FODELLA e L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino 2009, 217 ss.; N. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Padova, 2016; G. SAMVEL, *Non-Judicial, Advisory, Yet Impactful? The Aarhus Convention Compliance Committee as a Gateway to Environmental Justice*, in *Transnational Environmental Law*, 2020, 211 ss.; M. VAN WOLFEREN, M. ELIANTONIO, *Access to Justice in Environmental Matters in the EU: The EU's Difficult Road towards Non-compliance with the Aarhus Convention*, in ID. (eds), *Research Handbook on EU Environmental Law*, cit., 148 ss.

⁶³ Su questi profili, v. Comunicazione, cit., paragrafi da 34 a 62 (collocati dalla Commissione nel contesto della c.d. condizione negativa).

5. *L'ulteriore onus probandi imposto allo Stato notificante: a) l'effetto incentivante sulle imprese; b) la non eccessiva alterazione del mercato in misura contraria al "comune" interesse; c) il balancing test: la maggiore valenza degli effetti positivi (effetto incentivante) su quelli negativi (alterazione del mercato)*

Riguardo invece alle specifiche condizioni imposte direttamente dall'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, è noto come tale disposizione, alla luce della prassi applicativa, restringa la discrezionalità della Commissione sotto tre profili. Nel procedere alla valutazione di un certo progetto statale, l'aiuto, per risultare compatibile, deve: a) *in positivo*, contribuire allo sviluppo di un'attività economica e dunque, nella specie, perseguire gli obiettivi che l'Unione si è data in materia di ambiente, energia e clima; b) *in negativo*, non alterare la concorrenza in modo contrario all'interesse comune; infine, c) far sì che nel contemperare le due anzidette condizioni gli effetti positivi superino quelli negativi.

Lo *status questionis* risiede essenzialmente nel comprendere come la Commissione apprezzerà tali requisiti, tenuto conto che essa continuerà a disporre di un non indifferente margine di discrezionalità. Va da sé che l'onere della prova sottostante, profondamente caratterizzato in chiave economica, può rivelarsi assai gravoso per l'autorità statale. La prassi applicativa rivelerà l'attitudine della Commissione al proposito, anche sotto il profilo dell'intervento, nel corso della procedura, di parti terze interessate: parti interessate sono lo Stato notificante e il beneficiario dell'aiuto, nonché, ricorrendo taluni presupposti, i concorrenti del beneficiario.

Questione a sé è poi quella dell'estensione della nozione di terzo interessato alla società civile e alle organizzazioni non governative, relativamente alle procedure di aiuti di stato in materia ambientale: la Convenzione di Aarhus imporrebbe obblighi di informazione e di partecipazione (nonché di accesso alla giustizia) anche a tali soggetti, sebbene il regolamento 1397/2006 continui a escludere le procedure in materia di aiuti di stato a tali soggetti⁶⁴.

È opportuno esaminare tali questioni singolarmente, nell'ordine indicato, benché esse tendano in parte a sovrapporsi, in specie riguardo agli

⁶⁴ Art. 2, par. 2, lett. a) del regolamento n. 1397/2006 (la versione modificata nel 2021 è consultabile nel sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02006R1367-2021102>). In argomento v. METAXAS, *EU State Aid Control in a Dynamic Global Environment: Time to Rethink the Interested Party Concept?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, 43 ss.

argomenti di prova che le autorità statali devono addurre ai fini dell'autorizzazione.

a) L'effetto di incentivazione quale requisito di liceità dell'autorizzazione

La prima condizione si definisce *positiva* perché postula l'esistenza di un effetto di incentivazione perseguito dall'aiuto: il suo rispetto mira a far sì che, proprio in virtù della misura, gli operatori economici sviluppino comportamenti virtuosi e coerenti con le politiche dell'Unione in materia di ambiente, energia e clima.

L'effetto in questione va inteso quale indispensabile requisito di liceità dell'aiuto, essendo del resto concettualmente legato al presupposto operativo delle deroghe complessivamente previste dall'art. 107, par. 3, TFUE. La finalità sottostante non potrebbe *a priori* ritenersi soddisfatta se la condotta degli operatori economici coerente con i fini ambientali posti dal *Green Deal* si potesse raggiungere tramite il libero gioco del mercato, senza cioè alcun intervento pubblico. A questo proposito, è significativa la sentenza *HGA*, relativa ad aiuti di Stato a finalità regionale in situazioni di tenore di vita anormalmente basso o di gravi forme di disoccupazione (*ex art. 107, par. 3, lett. a) TFUE*), nella specie a favore dell'industria alberghiera in Sardegna⁶⁵ – sentenza la cui ratio argomentativa pare estensibile per analogia anche alla successiva lett. c). Qui la Corte ha stabilito non solo e non tanto che la mancata dimostrazione di un effetto incentivante legittima la Commissione a non autorizzare l'aiuto⁶⁶, quanto e piuttosto che l'assenza di un simile effetto (o la sua mancata dimostrazione) rende *incompatibile* l'aiuto con il mercato interno. In questo schema ricostruttivo, l'incentivo alla condotta virtuosa si configura alla stregua di una condizione di liceità dell'autorizzazione, la cui assenza o non dimostrazione *impone* di respingere l'istanza statale⁶⁷.

⁶⁵ Sentenza 13 agosto 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA srl e altri*.

⁶⁶ Ivi, par. 104 (“...la Commissione è legittimata a rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi indicati al citato articolo 107, paragrafo 3, TFUE. Un aiuto siffatto deve quindi essere necessario per la realizzazione gli obiettivi previsti da tale disposizione in modo tale che, in sua assenza, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe, di per sé solo, di ottenere che le imprese beneficiarie adottino un comportamento idoneo a contribuire alla realizzazione di tali obiettivi”).

⁶⁷ Ivi, par. 105 (“Discende da quanto precede che, nel contesto dell'articolo 107,

In concreto, alla luce della prassi applicativa relativa alle notifiche delle misure di aiuto, occorre dimostrare tre requisiti in punto di effetto incentivante: la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità della misura progettata.

In punto di necessità, deve provarsi il *nesso di causalità necessaria* tra la misura prevista e la conseguente condotta imprenditoriale che, a sua volta, concorrerà *in positivo* alla realizzazione dell'obiettivo di tutela dell'ambiente e/o degli altri fini europei in materia di energia e clima. Occorre cioè dimostrare che, in assenza dell'incentivo, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe di per sé di ottenere che i beneficiari adottino condotte ambientali virtuose: in breve, senza l'aiuto il mercato non realizzerebbe uno scenario ambientale utile⁶⁸. La misura notificata deve dunque rivelarsi necessaria in relazione a un contesto di *fallimento del mercato*, che può essere dato dal timore del rientro dell'investimento (soprattutto se di lungo termine) a causa delle incertezze sui prezzi di beni o servizi prodotti o dalla loro esigua remunerazione o ancora dall'impossibilità di assicurare l'approvvigionamento energetico. Si tratta di situazione rimediabile soltanto tramite l'aiuto progettato, aiuto che è destinato a risolvere le insufficienze del libero gioco dei fattori produttivi, inducendo i beneficiari a adottare condotte coerenti con le politiche ambientali dell'Unione, pur considerando eventuali vincoli imposti dalla normativa europea⁶⁹. Si noti ancora che, nello schema interpretativo della Commissione, la virtuosità dell'azione imprenditoriale costituisce uno specifico onere probatorio che lo Stato notificante è chiamato a soddisfare: ad esempio, qualora il beneficio apportato all'ambiente (e agli obiettivi energetici e climatici) sia temporaneo, e si prospetti soltanto a

paragrafo 3, lettera a), TFUE, l'aiuto progettato, per essere compatibile con il mercato interno, deve essere necessario per lo sviluppo delle regioni svantaggiate. A tal fine deve essere dimostrato che, in assenza dell'aiuto progettato, l'investimento destinato a sostenere lo sviluppo della regione di cui trattasi non sarebbe realizzato. Se, invece, dovesse apparire che tale investimento sarebbe effettuato anche in assenza dell'aiuto progettato, se ne dovrebbe concludere che quest'ultimo ha l'unico effetto di migliorare la situazione finanziaria delle imprese beneficiarie, senza per questo soddisfare la condizione posta dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera a), TFUE, ossia di essere necessario ai fini dello sviluppo delle regioni svantaggiate⁷⁰).

⁶⁸ Cfr. in generale, per un simile orientamento giurisprudenziale relativamente all'art. 107, par. 3, TFUE, le sentenze 17 settembre 1980, 730/79, *Philip Morris Holland c. Commissione*, punti 16 e 17; 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, punto 68.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 35 e 36.

fronte di prolungate distorsioni a concorrenza e scambi, la valutazione della Commissione è probabilmente destinata a essere negativa⁷⁰.

La necessità dell'aiuto assume talvolta contorni alquanto precisi nella Comunicazione. Ad esempio, l'autorità che notifichi una misura volta a garantire un livello congruo di sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica deve dimostrare che non è possibile attendersi che le aziende interessate siano in grado di farlo autonomamente. A questo fine, occorre conto di vari elementi indicati nella Comunicazione, quali le riforme del mercato, gli sviluppi tecnologici, le possibilità di stoccaggio dell'energia, la gestione della domanda, l'esistenza di "interconnettori" (che rafforzano la concorrenza), le reti interne di trasporto e, più in generale, qualunque altro fattore che possa causare o aggravare i problemi di sicurezza, incluso il piano di azione previsti dal regolamento 2019/943. In questo contesto, provata la situazione fallimentare del mercato occorrerà garantire che la misura sia aperta a qualunque operatore in grado di contribuire efficacemente alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico⁷¹.

In secondo luogo, l'autorità statale è chiamata a dimostrare l'*adeguatezza* della sovvenzione: in concreto, non devono esservi altri strumenti meno distorsivi del mercato, né misure alternative. In questa prospettiva, se la misura è ad esempio destinata a garantire l'efficientamento della rete energetica, occorre provare che la misura progettata renda in concreto più efficiente la rete, ovviando così al fallimento del mercato, per il tramite di meccanismi di cogestione della rete elettrica al fine di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento⁷².

Se invece l'autorità statale potesse imporre alle aziende interessate gli oneri conseguenti alle condotte non rispettose dell'ambiente in ragione del principio di sistema "chi inquina paga" (art. 191, par. 2, TFUE)⁷³, la

⁷⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia* 2022, cit., par. 73.

⁷¹ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia* 2022, cit., parr. 330 ss.

⁷² Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia* 2022, cit., parr. 341 e 342.

⁷³ Su tale principio, mutuato nell'Unione dalla Dichiarazione di Rio (1992) cfr. le sentenze 9 marzo 2010, C-378/08, *Raffinerie mediterranee ERG*; 4 marzo 2015, C-534/13, *Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare*, punti 54 ss.; Consiglio di Stato, 26 luglio 2021, n. 5542; in dottrina, tra gli altri, G. MANFREDI, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 667 ss.; A. BARTOLINI, *Il principio "chi inquina paga" e la responsabilità per danno ambientale nella sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 2010 – procedimento*

Commissione è da reputarsi legittimata a non autorizzare l'aiuto. Per i regimi di aiuto destinati a durare nel tempo, quali quelli che si traducono in sgravi da tasse o prelievi parafiscali a favore di imprese maggiormente colpite, purché se ne dimostri l'impossibilità di proseguire le loro attività economiche in modo sostenibile, l'autorizzazione è concessa soltanto per un periodo di dieci anni⁷⁴.

In terzo luogo, occorre provare la *proporzionalità* dell'intervento statale. Ne segue anzitutto che se l'aiuto concorre a realizzare un certo investimento per coprire i costi e a determinare un ragionevole profitto, e purché il relativo tasso di rendimento non generi profitti eccessivi per il beneficiario, la misura dovrebbe essere autorizzata. L'aiuto va quindi commisurato al livello minimo sufficiente per realizzare lo scopo previsto, non dovendosi produrre alcun effetto di vantaggio ulteriore rispetto a tale livello e, allo stesso tempo, vi sia un beneficio per utenti e consumatori nell'interesse generale⁷⁵. Secondo la Commissione, il requisito della proporzionalità deve altresì essere oggetto di consultazione pubblica. La trasparenza e il conseguente controllo esterno della società civile diviene così profilo caratterizzante della notifica⁷⁶. Spesso poi il rispetto della proporzionalità è precisato *ex ante* tramite la fissazione di un limite percentuale massimo rispetto ai costi ammissibili, con aumento di alcuni punti per le imprese medie e piccole, come ad esempio accade per le imprese che operano nel settore dei trasporti che intendano acquisire o ammodernare le attrezzature mobili di servizio⁷⁷.

Uno degli elementi procedurali che la Commissione intende considerare in punto di controllo della proporzionalità è anche rappresentato,

C-378/08, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, n. 6, 1607 ss.; G. LO SCHIAVO, *La Corte di Giustizia e l'interpretazione della direttiva 35/2004 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 83 ss.; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, cit., 43 ss.; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, cit., 27 s.

⁷⁴ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 305. Un problema analogo si era già manifestato nel vigore delle Comunicazioni del 2014: cfr. P. NICOLAIDES, *A Critical Analysis of Reductions From Environmental Taxes in the New Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy, 2014-2020*, in *Energy & Environment*, 2015, 573 ss.

⁷⁵ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 47 e 48.

⁷⁶ Così, ad esempio, riguardo alle sovvenzioni destinate a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico: Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 348.

⁷⁷ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 177.

per i regimi di aiuto rivolti a un certo numero di operatori economici, dall'adozione di una procedura di gara competitiva, della quale occorre che siano definiti puntuali criteri di selezione⁷⁸. Va peraltro segnalato che, secondo la giurisprudenza del Tribunale, l'aver previamente esperito una gara non costituisce una condizione del rispetto della proporzionalità, perché una simile procedura è soltanto uno dei possibili mezzi per limitare l'aiuto al minimo necessario⁷⁹.

Sempre in chiave di proporzionalità, la Comunicazione sottolinea che l'intensità dell'aiuto previsto sarà valutata in funzione del costo dell'investimento supplementare direttamente connesso al conseguimento del livello di tutela ambientale (si pensi, ad esempio, agli aiuti per la prevenzione o la riduzione dell'inquinamento diverso dai gas a effetto serra⁸⁰). Tale costo consiste, di regola, nella differenza tra i costi dell'investimento sovvenzionato (scenario fattuale) e quelli dell'investimento in assenza di aiuto (scenario controfattuale) che dovrebbe avere, per risultare convincente, più modellizzazioni disegnate intorno a un ampio respiro temporale.

Per converso, l'aiuto che apporti sì un miglioramento della situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria, *senza* tuttavia soddisfare i test di necessità, adeguatezza e proporzionalità riguardo all'effetto incentivante, è destinato a essere considerato incompatibile con il mercato interno⁸¹. Appare allora evidente che l'esistenza di un genuino effetto incentivante, appunto perché conforme ai tre requisiti testé descritti, costituisce la *conditio sine qua non* che legittima le autorità statali a intervenire sui beneficiari e ad incidere sul libero gioco del mercato⁸².

⁷⁸ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 49, 50 e 173 (con riguardo alla categoria degli aiuti a favore della mobilità pulita).

⁷⁹ Cfr. la sentenza 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punti 58 e 59.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 265 ss.

⁸¹ Per un simile orientamento giurisprudenziale che qualifica l'effetto di incentivazione quale presupposto indispensabile per l'autorizzazione dell'aiuto ai sensi in generale dell'art. 107, par. 3, TFUE, cfr. le sentenze 24 febbraio 1987, 310/85, *Deufil c. Commissione*, punto 18; 5 ottobre 1994, C-400/92, *Germania c. Commissione*, punti 12, 20 e 21; 15 aprile 2008, C-390/06, *Nuova Agricast srl*, punto 68.

⁸² Nelle conclusioni relative alla causa C-730/79, l'Avvocato generale Capotorti mise lucidamente in evidenza questo elemento: "Sarebbe, invece, contrario a questo interesse consentire agli Stati di effettuare erogazioni finanziarie che, non essendo la condizione *sine qua non* per conseguire gli scopi previsti dall'articolo 92, paragrafo 3 [oggi 107,

Come si vede, l'*onus probandi*, relativamente ai requisiti in questione, ricade ovviamente in capo alle autorità nazionali che notificano il regime o la misura, le quali devono individuare con precisione le condotte che intendono incentivare, i correlati effetti positivi per i cittadini, la popolazione e la loro rilevanza per le politiche ambientali dell'Unione.

Il punto cruciale, sul quale le autorità nazionali devono prestare attenzione in sede di presentazione di un regime o di una misura *ad hoc* di aiuti, è costituito dalla situazione generale del mercato e dalla importanza di realizzare gli obiettivi *comuni* in una chiave di interesse generale dell'Unione. È parte integrante dell'*acquis* giurisprudenziale, infatti, il dato che la Commissione, in fase di valutazione di un regime notificato, non sia tenuta ad analizzare l'effetto incentivante degli aiuti previsti in relazione alla situazione di ciascuna singola impresa che ne risulterebbe beneficiaria⁸³.

Come ricorda la Comunicazione in esame, le autorità nazionali devono provare, per un verso, che l'intervento statale apporta concreti benefici alle politiche dell'Unione, così contribuendo in modo effettivo alla tutela dell'ambiente, alla mitigazione dei cambiamenti climatici o al funzionamento efficiente del mercato interno dell'energia. A quest'ultimo proposito, è bene rilevare che la Comunicazione è applicabile *inter alia* agli aiuti per la costruzione e l'ammodernamento delle infrastrutture energetiche, a quelli per la chiusura di centrali elettriche che utilizzano materie fossili e a quelli per il teleriscaldamento e il teleraffreddamento⁸⁴. Si conferma così l'importanza che la Commissione attribuisce allo strumento degli aiuti per le aziende operanti in tali settori: si vuole recidere il legame del mondo produttivo con le materie fossili, rendendolo sempre

par. 3 TFUE], si limiterebbero ad apportare un miglioramento alla situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria. È evidente l'utilità che un contributo dello Stato presenta in ogni caso per questa impresa, ma è altrettanto evidente che, dal punto di vista comunitario, non vi è ragione di derogare al divieto degli aiuti statali se un determinato investimento – che supponiamo conforme agli obbiettivi indicati nell'articolo 92, paragrafo 3 – può aver luogo anche indipendentemente da tale beneficio" (punto 6).

⁸³ Cfr. per analogia, con riferimento alla lett. a) dell'art. 107, par. 3, TFUE, la sentenza del 9 giugno 2011, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, *Comitato «Venezia vuole vivere» c. Commissione*, punto 63; 13 agosto 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA*, cit., punto 114, in cui la Corte ha precisato che è solo nel successivo stadio del recupero degli aiuti che si renderà necessario verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata.

⁸⁴ V. Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., rispettivamente parr. 371 ss., 420 ss. e 383 ss.

più autonomo non solo per finalità economiche e ambientali, ma – si potrebbe dire – anche geopolitiche, considerate le criticità (per usare, un eufemismo) che pervadono relazioni con la Russia e i rischi insiti nella dipendenza energetica dai combustibili tradizionali.

Nel quadro degli oneri probatori posti in capo alle autorità notificanti, e in linea con una prassi applicativa ricorrente in materia di aiuti di stato, i mezzi a disposizione sono costituiti dai c.d. scenari economici *fattuale* e *controfattuale*. In sede di notifica, occorre cioè produrre lo scenario economico fattuale della situazione di mercato in contrapposizione al probabile scenario controfattuale destinato a prodursi in assenza di aiuti. La natura della prova è di carattere essenzialmente documentale, perché lo Stato deve esibire *inter alia* le analisi economico-finanziarie corredate da documenti e piani aziendali, modelli finanziari, relazioni predisposte da consulenti esterni, valutazione dei rischi, previsioni della domanda e dei costi di produzione, studi di progetto e pareri di esperti.

Giova altresì sottolineare che la valutazione della Commissione è comunque soggetta a una condizione temporale che concorre a definire l'effetto incentivante: l'aiuto non è autorizzabile se il beneficiario ha avviato l'esecuzione del progetto *prima* di presentare domanda di aiuto, salvo taluni casi eccezionali precisati nella Comunicazione volta per volta nelle varie sezioni dedicate agli aiuti eleggibili⁸⁵. In ogni caso, sono ritenuti inammissibili le forme di aiuto destinate a coprire i costi dell'adeguamento all'*acquis*, salvo che l'impresa beneficiaria vada oltre il livello di protezione prevista dalla normativa dell'Unione ovvero che tale livello sia anticipato dall'impresa di almeno diciotto mesi prima che la normativa dell'Unione sia efficace per i soggetti interessati⁸⁶.

b) La non alterazione della concorrenza e degli scambi in misura contraria al "comune" interesse

Oltre all'effetto incentivante che una sovvenzione può determinare in linea con gli obiettivi del *Green Deal*, la "non eccessiva alterazione del mercato" è condizione, a sé stante di legittimità o *rectius* di liceità, dell'aiuto.

Al riguardo, conviene muovere dalla premessa, inerente ai Trattati in

⁸⁵ V. Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 31.

⁸⁶ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 32.

virtù di un principio di derivazione giurisprudenziale, secondo cui qualunque misura di aiuto selettivo è inevitabilmente destinata a falsare il libero gioco della competizione tra imprese (*level playing field*). Argomentando in base alla nozione di aiuto (art. 107, par. 1, TFUE), è ragionevole assumere, infatti, in chiave economica, che qualunque aiuto non ottenibile nel normale corso degli affari consente al beneficiario *inter alia* di conservare una certa fascia di mercato o di rafforzare la sua posizione nello spazio economico (alterazione della concorrenza) ovvero di orientare le sue scelte aziendali verso una certa ubicazione degli investimenti nello Stato membro che pratica l'aiuto (alterazione degli scambi e del commercio tra Stati membri), favorendo lo stabilimento dell'azienda nello Stato che riconosce sovvenzioni⁸⁷. L'effetto distorsivo sul mercato determinato dall'aiuto selettivo è conseguenza costante e ineludibile, come ebbe ad affermare in modo limpido l'Avvocato generale Capotorti nelle sue conclusioni relative al celebre e risalente caso *Philip Morris*⁸⁸. È significativo il fatto che la giurisprudenza non abbia condizionato l'accertamento dell'effetto distorsivo a parametri quantitativi, né a soglie di riferimento, ancorché la dottrina abbia posto in evidenza la necessità di approcci differenziati in relazione alle varie tipologie di mercato⁸⁹.

Stabilito dunque che la premessa concettuale di riferimento è data da uno dei requisiti che compongono la nozione di aiuto di cui all'art.

⁸⁷ Cfr., con riguardo agli aiuti di stato al settore dell'energia, segnatamente delle imprese energivore (nei casi *Alumix* e *Alcoa*), K. TALUS, *EU Energy Law and Policy. A Critical Account*, Oxford 2013, 146 ss.

⁸⁸ L'Avvocato generale Capotorti nelle conclusioni relative alla causa C-730/79, sottolineò che la distorsione della concorrenza, quale elemento qualificante della nozione di aiuto, deve reputarsi "una conseguenza costante e necessaria del beneficio accordato mediante l'aiuto statale a talune imprese o a talune produzioni. Questa interpretazione trova conferma nella logica dell'economia: un intervento esterno di carattere selettivo non può che alterare il gioco della concorrenza. È lecito dunque partire dalla presunzione che un qualsiasi aiuto pubblico concesso ad una impresa falsa la concorrenza – o minaccia di falsarla, se l'aiuto è solo progettato e non ancora concesso –, a meno che non sussistano circostanze eccezionali (ad esempio, l'assenza totale nel mercato comune di prodotti identici o sostitutivi rispetto a quelli fabbricati dal beneficiario dell'aiuto)" (C-730/79, *Philip Morris Holland c. Commissione*, punto 4). Tale rilievo è poi divenuto un profilo caratterizzante della giurisprudenza successiva dei giudici dell'Unione (cfr. da ultimo la sentenza del Tribunale 30 novembre 2022, T-101/18, *Austria c. Commissione*, punto 98).

⁸⁹ Cfr. A. BIONDI, E. RIGHINI, *An Evolutionary Theory of State Aid Control*, in *Oxford Handbook of European Union Law* (D. Chalmers, A. Arnulf eds.), Oxford 2015, 683, secondo i quali "As for distortion of competition, it is safe to claim that at least now the case law requires the Commission to provide reasons on why effects on intra-Union trade and competition can in certain cases be 'less immediate and even less discernible'".

107, par. 1, TFUE, la regola in esame (la non eccessiva alterazione del mercato) assume una sua declinazione autonoma perché ruota intorno a due ulteriori parametri economico-giuridici. *In primis*, nel valutare l'effetto distorsivo, il paradigma normativo di cui all'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, resta esclusivamente il mercato interno dell'Unione, come definito dall'art. 26, par. 2, TFUE. *In secundis*, l'impatto sul mercato europeo va commisurato in relazione alla misura notificata e alla relativa struttura applicativa (intensità, condizioni di accesso e così via) affinché se ne apprezzi il carattere *non esorbitante* rispetto all'interesse "comune".

Si noti che gli effetti economici negativi sul mercato assumono la veste di una presunzione giuridica, beninteso suscettibile di prova contraria, e comunque suscettibile di attenuarsi quando lo schema di aiuto raggiunga una vasta platea di operatori economici. Ne segue che spetta alle autorità nazionali provare che la misura stessa non sia in contrasto con l'interesse generale dell'Unione. Il riferimento al "comune" interesse (contenuto nella base giuridica in questione⁹⁰) affievolisce il rilievo delle utilità strettamente nazionali in sede di valutazione della notifica: l'impatto della misura va invece contestualizzato in una prospettiva europea.

In questo senso, vero è che il perseguimento del "comune" interesse – costituito nella specie dalla finalità ambientale dell'aiuto che è finalizzato a favorire l'uso di beni e tecnologie meno inquinanti – non produce di per sé un effetto distorsivo indebito, come non manca di sottolineare la Comunicazione⁹¹; vero è anche che un simile rilievo denota il comprensibile *favor* della Commissione rispetto agli aiuti di stato finalizzati alla realizzazione degli obiettivi del *Green Deal*. Purtuttavia, resta, in punto di stretto diritto, la distorsione inerente a qualunque intervento statale nell'economia di natura selettiva che, nella logica dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, deve essere ridotto al minimo indispensabile.

Di qui l'idea che, in linea generale, l'elemento dell'anti-concorrenzialità – dovuto alla selettività dell'aiuto – sia un punto fermo della prassi giurisprudenziale nell'applicazione della deroga in questione⁹², come del

⁹⁰ Art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, ultima parte.

⁹¹ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 65.

⁹² Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 64, in cui la Commissione sottolinea come l'art. 107, par. 3), lett. c) TFUE, "impone ... di valutare l'effetto distorsivo sulle condizioni degli scambi" e ancora l'effetto distorsivo negli scambi tra Stati membri che per "sua stessa natura qualsiasi misura di aiuto è destinata a generare".

resto finisce per riconoscere la Comunicazione⁹³. D'altro canto, negli atti di *soft law* in materia è frequente il rilievo secondo cui l'aiuto potrebbe ostacolare l'ingresso nel mercato di aziende innovative e tecnologicamente più sviluppate, le quali ben potrebbero contribuire alla realizzazione degli obiettivi perseguiti in materia ambientale, climatici e di energia, pur in assenza di sovvenzioni statali. Così, gli aiuti *eleggibili* possono ampliare artificiosamente la presenza nel mercato del beneficiario.

La Comunicazione si propone, quindi, in sede di autorizzazione, di ridurre al minimo le distorsioni della concorrenza e degli scambi intra-unionali, incoraggiando l'adozione di progetti di cui possano beneficiare un ampio numero di operatori economici⁹⁴, o evitando che l'aiuto si realizzi in contesti di mercato che diano luogo a prezzi esorbitanti del bene o del servizio prodotto dal beneficiario. Ciò spiega, tra l'altro, come già accennato, perché la Commissione – la sua prassi applicativa lo conferma – abbia stabilito che le decisioni di autorizzazione di un certo regime non devono superare la soglia temporale di dieci anni⁹⁵: restare in questo arco temporale tende a minimizzare gli effetti distorsivi.

La presunzione (*iuris tantum*) di alterazione del mercato e degli scambi non è priva di implicazioni per le autorità nazionali che procedono alla notifica preventiva di un regime o di una misura individuale. Tenuto conto altresì dell'interesse indiretto dei (potenziali) beneficiari – che, si noti, spesso concorrono alla redazione dei moduli trasmessi alla Commissione – la *presunzione di alterazione* fa sì che al modulo e alle schede di informazioni supplementari sia in concreto demandata la funzione di dimostrare che l'effetto distorsivo sulla concorrenza e sugli scambi, derivante dall'intensità della misura notificata *non alteri oltremisura* il libero gioco della concorrenza. Talvolta la Commissione indica, tra le varie for-

⁹³ Ad esempio, là dove si rileva che l'aiuto può avere "l'effetto indesiderato di compromettere i meccanismi di mercato che premiano i produttori più efficienti e innovativi", in particolare quando si benefici temporaneamente l'uso di combustibili fossili che potrebbero bloccare tecnologie più pulite nel medesimo torno di tempo (cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 67).

⁹⁴ Il punto è dunque presente anche nella Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 67 e 68.

⁹⁵ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 70, pur essendo possibile regimi più lunghi, a certe condizioni (par. 76).

me eleggibili di aiuto, che è necessario subordinarne la concessione a una cerchia ampia di soggetti economici, da selezionare tramite procedura concorrenziale elettronica, poiché così si realizza un effetto distorsivo minore⁹⁶. L'indicazione è poco convincente perché la selezione elettronica rischia di favorire la capacità organizzativa del beneficiario, a scapito di altri interessati, eventualmente meno organizzati a partecipare a gare su piattaforme, che tuttavia potrebbero offrire migliori *performances* ambientali.

Comunque sia, per dimostrare la non eccessiva alterazione del mercato converrà insistere, nella documentazione notificata, non solo e non tanto sulla necessità dell'aiuto – senza il quale le finalità ambientali non si determinerebbero versandosi in un contesto di fallimento del mercato, come pure è scritto nella Comunicazione⁹⁷ – quanto e soprattutto sull'adeguatezza dell'intensità dell'aiuto previsto che va provata sotto un triplice profilo:

i) l'assenza di strumenti alternativi di intervento⁹⁸;

ii) l'inesistenza di misure che comportino minori alterazioni del mercato: si pensi, a titolo esemplificativo, alla dimostrazione che l'aiuto costituito da crediti di imposta o anticipi rimborsabili non sia praticabile rispetto alle sovvenzioni dirette, le quali nella logica della Comunicazione restano l'*extrema ratio* appunto perché ritenuti strumenti che comportano una maggiore alterazione del mercato⁹⁹;

iii) la riduzione al minimo dell'aiuto al beneficiario, il quale è di regola chiamato a contribuire con apporti finanziari ai costi degli investimenti necessari per realizzare gli obiettivi ambientali, in una logica di *burden sharing* e di compensazione per il sostegno ricevuto.

L'aiuto deve inoltre conseguire detti obiettivi nel modo meno distorsivo possibile, essendo *buono*, o meglio *utile*, soltanto l'aiuto i cui effetti sul mercato interno sono "limitati al minimo necessario per realizzare il progetto o l'attività sovvenzionati": in principio, l'aiuto deve dunque essere commisurato al solo *deficit di finanziamento* necessario per conseguire l'obiettivo ambientale "rispetto a uno scenario controfattuale in

⁹⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 66.

⁹⁷ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 34 a 38.

⁹⁸ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 40 a 42.

⁹⁹ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., parr. 43-46.

cui non sono concessi aiuti”, intendendosi per deficit la “differenza tra i ricavi e i costi economici (compresi l’investimento e il funzionamento) del progetto sovvenzionato e quelli del progetto alternativo che verosimilmente il beneficiario realizzerebbe in assenza di aiuti”¹⁰⁰. In definitiva, di regola l’intensità dell’aiuto deve avere una *dimensione minima* e non coprire per intero il costo del progetto o dell’attività, salvo che la Comunicazione non preveda diversamente come per gli aiuti alla *nature restoration* (riparazione di danni ambientali, al ripristino di habitat naturali, degli ecosistemi ecc.). La prova può essere fornita in vario modo nel quadro dei consueti scenari economici fattuale e controfattuale.

c) Il balancing test: la maggiore valenza degli effetti positivi (l’effetto incentivante) su quelli negativi (alterazione del mercato)

Nel tempo la prassi applicativa ha evidenziato che la Commissione valuta la compatibilità dell’aiuto sulla base anche di un’operazione di bilanciamento: l’aiuto è autorizzabile soltanto se gli effetti positivi (l’effetto incentivante sulle attività economiche affinché contribuiscano alla tutela dell’ambiente e alla realizzazione degli obiettivi europei previsti su clima ed energia) superano quelli negativi, ossia distorsivi della concorrenza e degli scambi¹⁰¹. Il punto di equilibrio si raggiunge quando è *stabilito e dimostrato* che l’aiuto contribuisce in modo sostanziale al conseguimento degli obiettivi ambientali, senza arrecare un danno significativo al mercato interno. Di nuovo l’analisi economica degli scenari di mercato è decisiva e, al riguardo, è importante che il test sia condotto dalle autorità statali in chiave qualitativa e, nella misura massima possibile, in ragione di dati quantitativi in relazione agli scenari fattuale e controfattuale.

Come già accennato, al fine di superare il test in questione, le autorità statali notificanti dovranno dedicare particolare attenzione alla virtuosità dell’azione imprenditoriale che la misura o il regime è destinata a produrre nel tempo: se per contro il beneficio è soltanto temporaneo o se il sostegno è rivolto all’uso di combustibili fossili (salvo che l’incentivo non sia parte di un più ampio e cadenzato piano di decarbonizzazione), a fronte di prolungate distorsioni alla concorrenza e agli scambi, la valutazione della Commissione tenderà ad essere negativa ovvero la relativa

¹⁰⁰ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022*, cit., par. 48.

¹⁰¹ Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022*, cit., par. 73.

decisione, ancorché positiva, sarà temporalmente ridotta rispetto alla richiesta statale¹⁰².

6. *Considerazioni conclusive*

La nuova Comunicazione sugli aiuti di stato in materia ambientale offre spunti interessanti per approfondire la prassi delle misure nazionali eticamente *utili* per realizzare gli obiettivi del *Green Deal*, per ricostruire un ambiente sano a tutela della salute pubblica e per fronteggiare la fragilità energetica del continente europeo, perseguendo così la neutralità climatica entro il 2050, e gli altri obiettivi che l'Unione si è prefissa in tema di energia e trasporti entro il 2030. Si consolida vieppiù l'idea che alcune forme di aiuti di stato sono essenziali per indurre vasti settori industriali a compiere investimenti *verdi*. L'intervento statale è ritenuto vantaggioso perché, a certe condizioni giuridiche predefinite, il costo della misura *ad hoc* o dello schema di aiuto è giudicato dalla Commissione auspicabile perché considerato inferiore a quello che si produrrebbe sull'ambiente in assenza di misure di sostegno all'imprenditoria. La normativa sugli aiuti di stato, come modellata nella Comunicazione, profila un bilanciamento tra costi (integrità del libero mercato) e benefici generali (nella specie ambientali) espresso nelle scelte pubbliche permesse dalla versatilità della normativa stessa, la quale assume caratteri *orientati* dall'istituzione.

Così, nonostante la disciplina sugli aiuti di stato intenda contenere i sussidi alle imprese, la Commissione assume un ruolo proattivo e, utilizzando gli spazi discrezionali conferitile dai Trattati, incoraggia il coinvolgimento delle imprese, come già dimostra una delle prime applicazioni della Comunicazione¹⁰³. L'azione pubblica dell'Unione assume caratteri etico-utilitaristici in quanto volta a realizzare un fine superiore costituito dalla protezione della *societas* europea, della salute pubblica, ma anche delle future generazioni, perseguendo l'equità intergenerazionale¹⁰⁴.

¹⁰² Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, cit., par. 73, 74 e 76.

¹⁰³ Si allude all'approvazione di uno schema italiano (ma finanziato con i fondi PNRR) di aiuto di 500 milioni di euro destinati ad aiutare le aziende di trasporto marittimo per l'acquisto di "clean and zero-emission vessels, as well as to retrofit more polluting vessels" (v. European Commission – Press release, *State aid: Commission approves € 500 million Italian scheme to improve environmental performance of vessels*, Brussels, 11 November 2022).

¹⁰⁴ Cfr. B. LEWIS, *The Rights of Future Generations within the Post-Paris Climate Re-*

A queste finalità pubblicistiche sono dunque chiamate a concorrere le politiche industriali degli Stati membri, i quali verosimilmente potranno vedersi autorizzate molte misure di aiuto. Il punto debole di un simile approccio è costituito dal rischio di alterazione del mercato, complessivamente considerato, perché le misure nazionali saranno più facilmente accessibili agli Stati membri dotati di maggiori risorse pubbliche da destinare all'imprenditoria rispetto a quelli il cui debito pubblico è più gravoso.

La Comunicazione ruota, come si è visto, intorno a vari assi portanti: l'ampia sfera di applicazione si estende al mondo produttivo in generale, includendovi il settore dei trasporti e l'energia, ma con l'esclusione degli aiuti alla produzione di energia nucleare; il rispetto dell'*acquis*, della trasparenza e del principio chi inquina paga restano prioritari; la definizione dei costi eleggibili, che risulta differenziata a seconda delle categorie di aiuto, è declinata in vario modo nelle tredici forme di aiuto previste; persiste l'orientamento più favorevole per le piccole e medie imprese. Inoltre, l'aiuto deve, di regola, facilitare gli investimenti privati e non sostituirsi ad essi, realizzare obiettivi di comune interesse, essere necessario, appropriato e produrre un concreto *effetto incentivante*, oltre che proporzionato e non suscettibile di alterare eccessivamente la concorrenza e gli scambi.

Si conferma infine che la base giuridica degli aiuti in questo settore è l'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE, con una interessante conseguenza teorico-concettuale che pare emergere. L'indagine ha messo in luce un originale fenomeno operante sul piano interpretativo: tale disposizione assume e fa propri i contorni definiti nella Comunicazione nei limiti, s'intende, della sua sfera di applicazione. In effetti, i *frammenti* normativi del diritto primario in materia di aiuti di Stato – *in primis* i principi e le condizioni emersi progressivamente nella prassi giurisprudenziale e applicativa – si accostano alla Comunicazione in una logica di reciproca integrazione. Di conseguenza, ancorché il principio della gerarchia delle fonti restringa la valenza degli atti di *soft law* così come il potere discrezionale della Commissione, il diritto primario assume contorni evolutivi che si delineano sulla base degli obiettivi eticamente utili perseguiti dall'azione pubblica a favore dell'ambiente. Tale questione, certamente di ordine ge-

gime, in *Transnational Environmental Law*, 2018, 69-87; M.E. HARRIS, *Inter-generational interests in European environmental liability regimes*, in *é-publica*, vol. 9, n. 3, 261-293, reperibile on line <https://e-publica.pt/article/57635-inter-generational-interests-in-european-environmental-liability-regimes>.

nerale, meriterebbe di essere approfondita sul piano teorico, valutando in particolare l'influenza (presumibilmente non di poco momento) della Commissione sull'interpretazione della normativa sugli aiuti di Stato.

ATTUALITÀ

*Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici**

Sergio Perongini

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Ruolo e connotazione del principio del risultato. – 3. Il risultato non è un principio. – 4. L'elaborazione dogmatica del risultato. – 5. Il risultato configurato dall'art. 1 è l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura. – 6. L'art. 1 conferisce al risultato la morfologia di principio generale. – 7. Il rapporto fra legalità e risultato. – 8. Il principio del risultato e il principio di concorrenza. – 9. Il principio di concorrenza nello schema definitivo. – 10. Le norme che attuano il principio di concorrenza. – 11. Le norme che limitano il principio di concorrenza. – 12. Le norme che bilanciano il principio di concorrenza. – 13. Considerazioni di sintesi sulla disciplina della concorrenza nello schema definitivo. – 14. Conclusioni.

1. Oggetto dell'indagine. – Il tema che mi è stato assegnato va declinato alla luce delle novità presenti nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, diversamente saremmo costretti a parlare di un passato destinato ad allontanarsi sempre più velocemente.

Lo schema definitivo non si limita ad apportare aggiustamenti e correttivi, ma innova radicalmente l'impostazione di fondo del codice dei contratti pubblici, prospettando un sistema ispirato a principi nuovi, frutto di una competenza non comune in tema di contratti pubblici, maturata dai giudici del Consiglio di Stato.

Quanto detto è reso evidente dalla parte prima dello schema definitivo, che presenta – al titolo primo – ben dodici articoli dedicati ai principi generali. Sono tutti principi importantissimi e palesemente innovativi. Importantissimo è il principio del risultato, la cui codificazione rappresenta una novità indiscussa e coraggiosa.

* Il presente scritto costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note essenziali, della relazione svolta al Convegno "Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica", organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa, in collaborazione con il T.a.r. per l'Emilia Romagna e la Spisa – Università di Bologna, svoltosi il 14 e il 15 dicembre 2022 in Bologna.

Il lavoro è dedicato al prof. Filippo Salvia, gentiluomo siciliano.

Non che il principio del risultato non serpeggiasse già in alcune disposizioni del codice pregresso, come per esempio la disciplina in tema di tutela cautelare relativa ai contratti pubblici, oppure quella concernente il soccorso istruttorio della stazione appaltante¹.

L'art. 1 dello schema definitivo riconosce in maniera esplicita il principio del risultato e gli conferisce il ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo².

2. Ruolo e connotazione del principio del risultato. – Il principio del risultato riveste un ruolo centrale o di primazia nell'impianto complessivo dello schema definitivo del codice, perché occupa il suo primo articolo; perché rientra fra quei primi tre articoli che pongono i principi che presiedono alla interpretazione e all'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice, ai sensi dell'art. 4; perché possiede una particolare rilevanza nella definizione della concorrenza; perché costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale per l'individuazione della regola nel caso concreto (comma 4)³.

Il principio del risultato proietta la sua ombra sul principio della concorrenza e piega la concorrenza all'esigenza di conseguire un esito rappresentato da un risultato ottimale.

Detto asservimento è confermato dall'attenzione prestata al conseguimento del risultato nella fase esecutiva. L'esigenza che la concorrenza venga rispettata anche nella fase esecutiva implica la marcata finalizzazione della concorrenza al risultato, vale a dire alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura.

Detta finalizzazione si concreta attraverso due elementi: il miglior rapporto possibile tra qualità prezzo; la tempestività.

3. Il risultato non è un principio. – Invero, il risultato tecnicamente non è un principio. Il risultato, nella sua dimensione ontologica, non è un principio. Non siamo di fronte a un interesse (quello del risultato) che costituisce il fondamento di un diritto, come per esempio il diritto alla salute, il diritto di associarsi liberamente, il diritto di parola, il diritto alla libertà personale ecc.

¹ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 660 ss.; T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna 2022, 166 ss.

² Sul tema si veda M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21.12.2022.

³ Su questi profili si veda M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21.12.2022.

Naturalmente tale affermazione dipende dalla nozione di risultato⁴ che si accolga e da quella di principio.

Anche i principi appartengono alle fonti del diritto e la loro attuazione concerne il processo di produzione giuridica. Tuttavia, i principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole – come è noto – sono norme idonee a guidare il comportamento umano. Invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l’obbiettivo da perseguire. La loro applicazione non è diretta. La loro applicazione implica la deduzione da essi, sulla scorta di un’attività ermeneutica, di una regola da applicare al caso concreto. Applicare un principio non significa risolvere un caso, sussumere un caso in una fattispecie astratta, bensì formulare una regola sulla scorta della quale risolvere il caso sottoposto all’interprete.

Appare evidente la distanza concettuale fra risultato e principio.

Tuttavia, quanto detto non mette in discussione la scelta effettuata nello schema definitivo. Cercherò di essere più esplicito.

4. *L’elaborazione dogmatica del risultato.* – Nella norma in esame vi è l’eco delle discussioni sul tema dell’amministrazione di risultato, che dopo aver calcato il palcoscenico con il ruolo di protagonista, sembra essere stata relegata al ruolo di comparsa.

Quel dibattito conserva tutta la sua validità e il suo rilevante interesse.

Come è noto, il tema dell’amministrazione di risultato, o di risultati o per risultati – secondo le diverse terminologie utilizzate – ha occupato una stagione particolarmente feconda del dibattito scientifico. Al tema vennero dedicati importanti studi, alcuni dei quali – chi più, chi meno – in chiave critica, e un convegno a Palermo nel 2003⁵, intitolato “Principio di legalità e amministra-

⁴ Sul tema del risultato si vedano L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; L. IANNOTTA, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano 2000, 38 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2001, 813 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l’arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. amm.*, I, 2007, 63, ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Presentazione del volume di D. OSBORNE, T. GAEBLER, Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano 1995; R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino 2001; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003.

⁵ Gli atti del convegno sono pubblicati in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004.

zione di risultati”, al quale parteciparono i più autorevoli studiosi del diritto amministrativo⁶.

Sono state prospettate diverse ricostruzioni dogmatiche della nozione di risultato.

Il risultato, di volta in volta, è stato configurato in termini aziendalistici, o come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, o come economicità del valore della pretesa del cittadino, o come soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate, o come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco.

In un tentativo ricostruttivo più articolato, si è sostenuto che il risultato – già considerato dalla legge che attribuisce a un centro di competenza l’esercizio di un potere amministrativo, in vista della produzione di un effetto tipizzato dalla stessa disposizione legislativa, pertanto parte integrante della norma – sia il conseguimento di un determinato assetto degli interessi in gioco, che a seguito dell’esercizio del potere amministrativo assurga da generico bene della vita a bene giuridicamente rilevante.

A quel dibattito oggi si rimprovera di non aver saputo formulare una visione di insieme del risultato amministrativo e nell’aver lasciato in una condizione di

⁶ Si vedano i seguenti contributi, tutti pubblicati in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004: A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato”, e provvedimento amministrativo*, 1 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, 15 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell’amministrazione del mercato*, 36 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, 39 ss.; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, 51 ss.; M. D’ORSOGNA, *Teoria dell’invalidità e risultato*, 57 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato*, 79 ss.; A. BARTOLINI, *Nullità e risultato*, 82 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa*, 87 ss.; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa*, 96 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, 101 ss.; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*, 131 ss.; R. LA BARBERA, *Amministrazione di risultati e principio di responsabilità*, 140 ss.; I.M. MARINO, *Responsabilità dell’amministrazione e risultati*, 162 ss.; F. DE LEONARDIS, *Responsabilità dell’amministrazione e risultati*, 166 ss.; M.L. BASSI, *Scelte di finanza pubblica e risultati*, 192 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Scelte di finanza pubblica e risultati*, 207 ss.; F. FIGORILLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato*, 210 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, 230 ss.; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, 234 ss.; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal “terzo”*, 242 ss.; A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, 279 ss.; D. D’ORSOGNA, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l’operazione amministrativa*, 287 ss.; E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, 295 ss.; M. CAMMELLI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, 304 ss.; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, 307 ss.; C. CELONE, *Legalità, interpretazione adeguatrice e risultato amministrativo nell’attività di regolazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, 332 ss.; M. RAGUSA, *Risultati e servizi pubblici*, 339 ss.; M.R. SPASIANO, *Organizzazione e risultato amministrativo*, 342 ss.; A. OLMEDO GAYA, *Estrategia de modernización de las administraciones públicas: responder al cambio con el cambio*, 360 ss.; N. PAOLOANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*, 378 ss.; C. MARZUOLI, *Brevi note in tema di controllo di gestione e amministrazione di risultati*, 394 ss.; C. MODICA, *L’“amministrazione per risultati” nella giurisprudenza amministrativa*, 402 ss.; S. RAIMONDI, *L’amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, 409 ss.; S. PENSABENE LIONTI, *L’amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, 413 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, 433 ss.

incertezza diversi aspetti fondamentali della nozione stessa, inducendo alcuni a formulare una prognosi di declino culturale della nozione di amministrazione di risultato, soppiantata da diversi ordini concettuali e da differenti esigenze legislative.

Probabilmente, i giudizi radicalmente negativi sono un po' eccessivi.

Tuttavia, in merito alle tesi sopra richiamate vanno formulate due osservazioni.

Innanzitutto, l'obbligo di ponderazione degli interessi pubblici secondari e, soprattutto, l'obbligo di ponderazione degli interessi privati – che risultano oggettivamente rilevanti nella determinazione delle premesse di fatto all'esercizio del potere – non possono essere propriamente considerati, in quanto tali, come altrettanti fini dell'azione amministrativa. Piuttosto, essi sono adempimenti necessari nella concreta determinazione della fattispecie astratta. Tali interessi non sono da considerare come altrettanti fini da perseguire, ma come elementi coadiuvanti nell'opera di determinazione concreta dell'interesse pubblico primario di gianniniana memoria.

In secondo luogo, la dottrina sembra trascurare quegli ambiti di valutazione flessibile che caratterizzano l'esercizio di un potere insindacabile di scelta (discrezionalità), ambiti di valutazione flessibile che non consentono, proprio in ragione di una loro flessibilità, “una visione di insieme del risultato amministrativo”. Infatti, qui non si tratta di teorizzare un “determinato assetto degli interessi in gioco” da considerare come “generico bene della vita”, ma di applicare di volta in volta una serie articolata di principi fra i quali merita annoverare il principio di proporzionalità⁷, con particolare riferimento al suo secondo test della “necessarietà” in base al quale, a equivalenza di risultato, l'amministrazione deve decidere col minor sacrificio possibile dei titolari di diritti e di interessi giuridicamente rilevanti: un risultato che trova emblematicamente nella concorrenza una eccellente condizione di scelta proporzionata relativa ad ogni specifica circostanza riferibile alla decisione amministrativa.

Le ragioni che dettero vita a quella discussione rimangono ancora tutte sparse e abbandonate sul tappeto⁸. Fatto è che la nozione di “risultato amministrativo” ha natura relazionale, è un concetto che muta con il modificarsi del termine di riferimento e dell'iter dal quale scaturisce, di cui lo stesso costituisce, appunto, risultato. Tutto può essere risultato di qualche cosa: è nella logica del nesso di causalità.

⁷ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino 2011, 64 ss., 202 ss.. Si vedano anche P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993, 82 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998; D. URANIA GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998, 102 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano 2008, 89 ss.

⁸ Si vedano i recenti contributi di M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli 2020, 4845 ss.; di A. ZITO, *La Nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli 2021, 78 ss.

Tuttavia, se si vuole attribuire al “risultato amministrativo” un significato autonomo, un connotato specifico, e coglierne il pregnante valore che esso possiede, la via da seguire è un’altra. Il tentativo di elaborare una nozione dogmatica di risultato amministrativo, inteso come bene o servizio attribuito o spettante a ogni entità soggettiva, indurrà a configurarlo come l’esito dell’azione amministrativa, come il conseguimento dell’obbiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa.

Detta ricostruzione ricalca perfettamente quanto previsto dall’art. 1 dello schema definitivo.

5. Il risultato configurato dall’art. 1 è l’interesse pubblico alla realizzazione dell’opera pubblica, all’espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura.
– b) Lo schema definitivo non richiama il principio del risultato in una accezione generica e indefinita, ma lo utilizza con una dimensione specifica e particolarissima.

Innanzitutto, come ben messo in evidenza, il campo va sgomberato da quelle letture del risultato che ne valorizzano esclusivamente il riferimento alla rapidità nella esecuzione dei lavori o al conseguimento del bene e del servizio⁹. A tal fine, si è evidenziato che precludono o temperano le letture “efficientiste” della norma l’esplicito richiamo alla “qualità”, al rispetto dei principi di “legalità, trasparenza e concorrenza”, alla finalizzazione del principio del risultato all’interesse della comunità e al raggiungimento degli obbiettivi dell’Unione Europea¹⁰. Queste ultime costituiscono declinazioni del risultato che ostano alla sua configurazione nei limitati termini di accelerazione e rapidità dei tempi della dinamica contrattuale.

Lo schema definitivo, inoltre, fa riferimento al “risultato dell’affidamento del contratto” e al “risultato della esecuzione del contratto”, caricando questi due elementi con due finalità specifiche, rappresentate dalla massima tempestività e dal miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo.

I due elementi di cui sopra non posseggono una connotazione meramente formale. Il risultato dell’affidamento del contratto non è un esito formale o meramente strumentale, al contrario esso possiede un contenuto sostanziale rilevantissimo, per le seguenti due ragioni.

Innanzitutto, perché il risultato dell’affidamento del contratto si concreta con la stipula di un contratto con un contenuto ben definito, rappresentato ol-

⁹ In tal senso si veda M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21.12.2022.

¹⁰ M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21.12.2022.

tre che dalla tempestività dell'affidamento, anche dalla necessità di perseguire il "miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo".

In secondo luogo, perché l'affidamento del contratto è funzionale alla esecuzione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio o al conseguimento della fornitura e, pertanto, alla realizzazione dell'interesse pubblico¹¹.

Proprio il "risultato della esecuzione del contratto" configura questo elemento in termini sostanziali. Invero, l'esecuzione del contratto deve avvenire, anch'essa, tempestivamente e perseguendo il miglior rapporto tra qualità e prezzo. Orbene, il risultato dell'esecuzione del contratto significa che il legislatore individua il risultato nella realizzazione dell'opera pubblica, nell'espletamento del servizio o nel conseguimento della fornitura.

In altri termini, il "risultato della esecuzione del contratto" – secondo l'impianto dello schema definitivo – altro non è che l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura. La realizzazione dell'opera pubblica, l'espletamento del servizio e il conseguimento della fornitura – vale a dire, il risultato – diventano elementi della fattispecie normativa, sono inglobati nella norma. Il risultato diventa elemento della fattispecie normativa.

In tal modo la distonia fra risultato e principio di legalità appare definitivamente superata.

6. *L'art. 1 conferisce al risultato la morfologia di principio generale.* – L'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura assume la veste di principio e, in tal modo, viene imposto come parametro che presiede alla interpretazione e all'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice, ai sensi dell'art. 4, nonché come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

È un ruolo importante e decisamente innovativo.

Naturalmente, si dovrà parlare di principio di tutela del conseguimento del risultato.

Si è in presenza di un richiamo autorevole, opportuno, rivolto a tutti gli operatori del settore dei contratti pubblici, ai magistrati amministrativi ed ordinari, ai pubblici impiegati e ai soggetti economici, in cui il legislatore afferma, a chiare lettere, che tutto l'impianto ordinamentale in materia di contratti pubblici, gli stessi principi di legalità, di trasparenza e di concorrenza non sono fine a se stessi, ma sono funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico che, nel caso di

¹¹ Sulla rilevanza dell'esecuzione del contratto anche in tema di concorrenza, cfr., R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss., 330 ss., 335 ss.

specie, è rappresentato dalla realizzazione dell'opera pubblica, dall'espletamento del servizio e dal conseguimento della fornitura.

7. *Il rapporto fra legalità e risultato.* – Quanto precede consente di affrontare il rapporto fra il risultato e la legalità. Il tema presenta due profili, il primo è quello volto a verificare se il risultato amministrativo può diventare un elemento della legittimità dell'azione amministrativa; il secondo, invece, è quello volto a verificare se il risultato amministrativo può diventare un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.

Appare opportuno ricordare che una delle preoccupazioni dei critici e degli agnostici rispetto al tema del risultato amministrativo è rappresentata dal rapporto antinomico fra risultato e principio di legalità¹². Il risultato viene concepito come un elemento estraneo al perimetro della legalità.

In realtà, la definizione del rapporto fra risultato e principio di legalità dipende essenzialmente da due cose: innanzi tutto, dalla nozione che si accoglie di "risultato amministrativo" e, in secondo luogo, dal perimetro della legalità¹³.

Per quanto concerne il primo profilo, si è evidenziato che il risultato amministrativo rappresenta una connotazione specifica dell'interesse pubblico.

Sotto il secondo aspetto, invece, va evidenziato che è la fattispecie normativa che qualifica come giuridicamente rilevante un fatto e, quindi, il risultato¹⁴. È la

¹² A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 40 ss.

¹³ Gli elementi di base della dinamica giuridica, in sede teorica, vanno individuati nel fatto, nella fattispecie e nel fatto giuridicamente rilevante. La presenza nella dinamica giuridica di tre elementi di base preclude che il loro dinamismo si sviluppi in un unico rapporto. Un rapporto può intercorrere solo fra due estremi, per cui, quando gli estremi sono tre, la configurazione di un unico legame determinerà che uno di essi rimanga estraneo al rapporto. Pertanto, la presenza di tre elementi di base articolerà il dinamismo in una pluralità di rapporti. Secondo una recente prospettazione teorica, sono configurabili due relazioni: la prima, quella di rilevanza giuridica, si instaura fra la fattispecie (una delle due proposizioni di cui si compone la norma) e il fatto materiale; la seconda, quella di efficacia giuridica, si determina fra la statuizione (altra proposizione della norma) e il fatto giuridicamente rilevante. Sul tema si veda F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, 2 ss.; S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli 1999, 138 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 112 ss.

¹⁴ Sulla relazione di rilevanza giuridica si vedano A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, 79, 82, 84, 116; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 26 ss., 35 ss.; A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, ed. prov., 1951, 3 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 462 ss., 481 ss., 483 ss.; A. FALZEA, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss.; A. FALZEA, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 900 ss. Sulla nozione di rilevanza giuridica si vedano anche A. TRIMARCO, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, 10; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331, 348 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 433 ss.; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, ora in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3 ss.; F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, 2 ss., 46 ss., 49 ss.; S. PERONGINI,

fattispecie normativa che può qualificare come giuridicamente rilevante “il perseguimento” del risultato, ma anche “il conseguimento del risultato”, secondo una progressione della qualificazione di rilevanza, che accentua il momento della realizzazione del risultato, alias interesse pubblico.

Inoltre, è sempre la fattispecie normativa che ricollega effetti giuridici al fatto giuridicamente rilevante¹⁵, vale a dire, per quanto ci occupa in questa sede, al “perseguimento” del risultato e anche al “conseguimento del risultato”.

In altri termini, è la fattispecie normativa che – includendo il risultato nel perimetro della legalità – dà la misura della rilevanza giuridica del risultato e della sua efficacia giuridica. È proprio quello che è avvenuto nel caso di specie. L'art. 1 ha inglobato nel perimetro della legalità il risultato amministrativo.

L'antinomia fra risultato e legalità viene risolta – e non avrebbe potuto essere diversamente – dalla legge.

La formula, II., cit., 1999, 139 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 121 ss.. In particolare, secondo F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, 49 ss., 51 ss., la relazione di rilevanza e quella di efficacia non solo assumono un contenuto sostanziale diverso (così come da tempo la dottrina aveva intuito, pur senza offrire una spiegazione plausibile del fenomeno), ma si istaurano tra termini diversi. La relazione di rilevanza intercorre fra la fattispecie e il fatto extragiuridico, consiste nella coincidenza di schemi formali fra norma e fatto, ponendosi il secondo come concreta riproduzione della descrizione normativa. “Rilevanza giuridica è, quindi, il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)”. La corrispondenza di schemi formali, in cui si esaurisce il rapporto di rilevanza, determina che il fatto extragiuridico assurga a fatto giuridicamente rilevante, “fa sì che la norma rifletta sul fatto carattere giuridico, operandone il riconoscimento formale, e rendendolo sul piano della realtà giuridica concreta”. Il rapporto di efficacia intercorre innanzi tutto tra termini diversi; fra la statuizione normativa (seconda proposizione costitutiva della norma) e il fatto qualificato. Anch'essa consta della corrispondenza formale del secondo termine al primo, ma non si esaurisce in ciò, come per il rapporto di rilevanza; oltre alla conformità, prende rilievo giuridico altresì il momento del conformarsi: in essa la conformità si trova affiancata dalla necessità che tale corrispondenza si produca. Le due figure hanno contenuto diverso; “mentre nel primo caso si ha una giuridicità meramente formale, nel secondo si ha una giuridicità ontologica. (...) il rapporto di rilevanza, esaurendosi nella constatazione della conformità morfologica tra fatto e fattispecie, ha un contenuto meramente informativo (o rilevatore, o descrittivo); il rapporto di efficacia ha invece un contenuto formativo, in quanto, a differenza del primo, interviene a strutturare la realtà qualificata, imprimendole un ordine giuridico”. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, 52.

¹⁵ Sulla relazione di efficacia giuridica A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, 79, 82, 84, 116; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 26 ss., 35 ss.; A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, ed. prov., 1951, 3 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 462 ss., 481 ss., 483 ss.; A. FALZEA, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss.; A. FALZEA, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 900 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, 52 ss.; M.S. GIANNINI, *Accertamento diritto costituzionale e amministrativo*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 219 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano 1969, 37 ss., 46 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 334 ss.; E. CASETTA, *Manuale*, cit., 2013, 364 ss.; S. PERONGINI, *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”*, Napoli 1999, 138 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritto dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino 2005, 102 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 124 ss.

Sulla scorta di quanto precede è possibile rispondere ai due quesiti sopra sollevati.

Innanzitutto, non c'è alcun contrasto fra principio di legalità e risultato amministrativo, quando la fattispecie normativa conferisce rilevanza giuridica ed efficacia al risultato amministrativo.

In secondo luogo, nella configurazione sopra prospettata il risultato amministrativo diventa un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere.

Il sindacato del giudice amministrativo sul risultato, nell'accezione sopra accolta, si esplica da tempo nelle forme dell'eccesso di potere soprattutto per sviamento ogni qual volta l'amministrazione persegua un fine diverso da quello conferitole dalla norma attributiva del potere in parola.

A seguito dell'art. 1 si dovrà solo raffinare la tecnica del sindacato giurisdizionale.

Si apriranno verosimilmente scenari insospettati, che condurranno a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità, per lo meno per quanto concerne il codice dei contratti pubblici. In questo settore, è possibile che il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità si avvicini al sindacato compiuto dal giudice amministrativo austriaco.

Non ci dovremo meravigliare se – a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti – dovremo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa.

In definitiva, la scelta normativa, sottesa all'elaborazione dell'art. 1 dello schema definitivo, presenta un carattere innovativo di grande interesse.

Il principio del risultato è un principio che eleva a un ruolo di primazia il principio del perseguimento e della attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizio.

8. *Il principio del risultato e il principio di concorrenza.* – a) Le due più vistose novità presenti nello schema definitivo del codice sono rappresentate dal fatto che il c.d. principio del risultato connota anche il principio della concorrenza e dal fatto che l'art. 1, secondo comma, configura e sancisce la funzione alla quale presiede la concorrenza, per lo meno nel settore dei contratti pubblici.

b) Il principio della concorrenza è un principio portante del sistema giuridico UE¹⁶. Detto ruolo viene caricato di valori e, in particolare, viene considerato

¹⁶ Sulla concorrenza si vedano A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007; A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli 2008; M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.; G. ROMANO, *Commento all'art. 113*, in A. ROMANO, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle auto-*

una conseguenza dell'ideologia neoliberale, dominante nei paesi europei. La sua centralità nel sistema giuridico europeo viene ricondotta alla originaria sollecitazione economica che dette avvio all'unione europea.

Invero, la vicenda è un po' più complessa di quella desumibile dalla predetta vulgata e sicuramente non può essere interpretata in maniera manichea¹⁷.

Il mercato è uno dei volti della società¹⁸. Una società democratica, fondata sui valori del costituzionalismo democratico e ispirata da esigenze di tutela sociale, reca in sé la necessità di un libero mercato e di tutela della concorrenza. La concorrenza è un fenomeno insito nel mercato, è un elemento che appartiene all'essenza ontologica del mercato. Un mercato senza alcuna concorrenza non è concepibile, ma qualora ciò si verificasse nella realtà, ci troveremmo in presenza di una dimensione patologica del mercato stesso. La tutela della concorrenza, fra l'altro, ha proprio la finalità di evitare che si formino posizioni di monopolio.

Tuttavia, nello Stato costituzionale di diritto l'esigenza di conseguire determinate finalità sociali può imporre la necessità di contemperare la tutela della concorrenza con altri valori.

Lo schema definitivo al codice dei contratti e la disciplina che esso reca costituiscono la formulazione plastica del contendere dei predetti opposti valori. In definitiva, nella disciplina dei contratti pubblici sono riconoscibili sia spinte concorrenziali, sia spinte anticoncorrenziali, che vivono in un delicato equilibrio.

c) Nello schema definitivo la concorrenza assume, anche essa, la veste di principio, benché ad essa non sia stato riservato un autonomo articolo. Tuttavia, la sua configurazione come principio è innegabile perché nell'art. 1, primo comma, viene richiamato il principio di concorrenza e perché, nel secondo comma, ne vengono specificati connotati e funzioni.

Nello schema definitivo la concorrenza ha una specifica valenza prescrittiva e non ha un ruolo meramente evocativo di norme presenti in altri articolati normativi. A tal proposito, appare evidente il diverso ruolo e la differente funzione che lo schema definitivo ricollega al principio della concorrenza, rispetto all'enunciato laconico presente nell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016.

Il principio di concorrenza rinviene nello schema definitivo una connotazione e una efficacia diversa rispetto al trattamento riservatogli dalle disposizioni presenti nelle due precedenti versioni del codice dei contratti. Esso possiede una valenza prescrittiva rinforzata, innanzitutto, perché compare, come già detto, con la veste di principio giuridico e, in secondo luogo, perché ai sensi dell'art.

nomie locali, Padova 2006, 628 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2013, 1 ss.

¹⁷ Cfr., F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario A.I.P.D.A.* 2002, Milano 2003, 176 ss. sul diritto europeo portatore di un principio di concorrenza.

¹⁸ G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.

4 costituisce anche esso un criterio interpretativo e applicativo di tutte le altre disposizioni del codice.

d) L'approccio dogmatico al tema della concorrenza ha investito essenzialmente due profili: a) la natura giuridica e il fondamento della concorrenza; b) la situazione giuridica soggettiva che da essa sorge.

La nozione di concorrenza è stata oggetto di diverse letture e classificazioni, introdotte al fine di lumeggiarne i vari aspetti e i suoi diversi effetti.

Il principio di concorrenza ha ispirato due diverse letture: la prima, finalizzata ad enfatizzare l'esigenza dell'operatore economico di veder tutelati il principio di parità di trattamento e di non discriminazione¹⁹; la seconda, invece, volta a rimarcare l'esigenza dell'amministrazione di scegliere il miglior offerente e di stipulare il contratto al miglior prezzo²⁰.

Fra le classificazioni riveste particolare interesse, per la sua capacità espressiva, la distinzione che viene fatta fra macro concorrenza e micro concorrenza²¹. La predetta classificazione ci consente di comprendere per quale ragione nello schema definitivo di codice la concorrenza costituisca un parametro da bilanciare con altri valori e altri interessi pubblici o privati.

La distinzione in parola attiene alla dimensione della sfera di operatività degli effetti della concorrenza.

La dimensione macro economica della concorrenza consente di individuare nella pubblica amministrazione un agente che opera "nel mercato", attraverso la disciplina sugli appalti pubblici e la politica di realizzazione di opere pubbliche, di erogazione di servizi e di acquisizione di beni, incidendo con l'azione pubblica sul funzionamento dei mercati²².

Come è noto, le amministrazioni condizionano i mercati in più modi. Innanzitutto, le amministrazioni possono assumere la veste di produttore diretto di beni e servizi fruibili dai cittadini; inoltre, esse possono offrire l'utilizzo di beni limitati di proprietà pubblica, come il demanio, il patrimonio indisponibile o

¹⁹ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss. Sul tema cfr., R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 328 ss.

²⁰ Sulle diverse letture del principio di concorrenza si vedano A. BARONE, R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, Napoli 2017, 273 ss., 286 ss.

²¹ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 19/2015, 4 ss.; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss.

²² Sulla distinzione fra concorrenza per il mercato e concorrenza nel mercato si veda G. DELLA CANANEA, *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazione elettronica*, in Atti del convegno "Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni", Firenze 2005.

anche come l'etere; possono sovvenzionare imprese oppure possono regolare, programmare o pianificare determinate attività economiche; infine – che è quello che qui interessa – possono assumere la veste di acquirenti e di utilizzatori di beni e servizi erogati da imprese che operano sul mercato.

In definitiva, le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, quando esse operano dal lato della domanda, hanno effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive dei mercati.

Le amministrazioni, attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti, selezionano le imprese in grado di effettuare le prestazioni a condizioni di qualità e prezzo ottimali per la stazione appaltante e ne determinano il successo nel mercato, determinando la crescita di “eccellenze” nazionali.

Il tema è ben noto ed è stato oggetto di quella copiosa letteratura, anche politica, sull'intervento dello Stato e delle amministrazioni nell'economia.

La dimensione micro economica della concorrenza configura le pubbliche amministrazioni come agenti che, rispetto ad un singolo atto di scambio, sollecitano la partecipazione di una pluralità di concorrenti e, quindi, finalizzano la concorrenza “per il mercato”. In tale dimensione le pubbliche amministrazioni operano sul mercato con alcune peculiarità. Innanzi tutto, esse hanno l'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica, a volte articolati in fasi complesse con adempimenti defatiganti. Tali procedure hanno un costo economico e, comunque, incidono negativamente sulla conclusione dei contratti pubblici, concorrendo alla inefficienza dell'azione delle pubbliche amministrazioni per il perseguimento degli interessi pubblici. In secondo luogo, le procedure di evidenza pubblica sono assoggettate a regole speciali che intervengono per perseguire finalità differenti da quelle relative alla individuazione della migliore offerta e del miglior offerente.

Con altra terminologia, si è sostenuto che la concorrenza si presenta in due diverse accezioni: la prima riferita ai rapporti fra i soggetti e la seconda all'assetto dei mercati²³.

e) Si è altresì discusso se il fondamento normativo della concorrenza andasse individuato nella Costituzione²⁴ e, in particolare, nell'art. 117, comma secondo, oppure se il suo fondamento andasse individuato nel diritto europeo²⁵. In tal modo si è dato luogo a una discussione²⁶ che ha lumeggiato un profilo di sicuro

²³ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ B. CARAVITA DI TORITTO, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2017.

²⁶ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 19/2015, 4 ss.; S. CASSESE, *Il diritto*

interesse, reso tuttavia superfluo dalla rilevanza nel nostro ordinamento delle disposizioni comunitarie che sanciscono il diritto di concorrenza.

f) Infine, di non secondaria importanza è il dibattito acceso sulla natura della situazione giuridica soggettiva relativa alla concorrenza. Alla tesi che conferisce alla concorrenza natura di diritto soggettivo, si è opposta l'opinione secondo la quale si tratterebbe di un diritto fondamentale e quella secondo la quale si sarebbe in presenza di un interesse legittimo.

Si tratta di temi di sicuro interesse, ma sui quali – in questa sede – non appare opportuno dilungarsi. Appare più proficuo verificare con quali caratteristiche il principio di concorrenza si presenti nello schema definitivo di codice.

9. *Il principio di concorrenza nello schema definitivo.* – Lo schema definitivo – dopo le affermazioni iniziali sulla rilevanza e sulla efficacia della concorrenza – si rapporta al principio della concorrenza con tre tecniche differenti, che trovano concreta applicazione in diversi istituti giuridici. Nello schema definitivo vi sono disposizioni in cui il principio della concorrenza trova completa ed integrale attuazione; altre che si pongono in netta antitesi con esso; infine, altre ancora che presentano una disciplina, frutto della ricerca di un sapiente equilibrio, in cui il principio della concorrenza è contemperato, dallo stesso legislatore, con altri principi di segno opposto. Naturalmente procederò per esempi.

10. *Le norme che attuano il principio di concorrenza.* – Occorre distinguere fra le norme che attuano il principio di concorrenza e le norme che ne assicurano la tutela.

Le norme che attuano la concorrenza. Fra le disposizioni che costituiscono una completa attuazione del principio di concorrenza, vanno segnalati gli artt. 70 e 71. L'art. 70 disciplina le procedure di scelta del contraente sancendo un rapporto di regola ed eccezione fra le procedure aperte e le procedure negoziate, possibili queste ultime solo nei casi previsti dall'art. 75. In tal modo, la norma formula una opzione esplicita per le procedure di scelta nelle quali è data a tutti gli interessati la possibilità di partecipare. Nella norma ritorna più volte il riferimento al principio di concorrenza.

L'art. 71, dal canto suo, disciplina le procedure aperte delle quali qualsiasi

comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1132 ss.; G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1138 ss.; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss.; V. BRIGANTE, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Dir. econ.*, 955 ss., 963 ss.

operatore economico interessato può presentare una offerta in risposta ad un avviso di indizione di gara. La possibilità che qualsiasi operatore economico interessato possa formulare una offerta costituisce integrale applicazione del principio della concorrenza.

Anche l'art. 58, che prevede la possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi, può essere considerato come una norma che attua il principio di concorrenza. L'art. 58 contiene una disposizione che amplia la possibilità di concorrenza nel mercato fra i diversi operatori economici interessati. Inoltre, la norma tutela la concorrenza "nel mercato", consentendo alle amministrazioni di governare l'ambito economico di riferimento, perseguendo una finalità di politica economica extra contrattuale ed esterna alla procedura di aggiudicazione, rappresentata dal favorire l'ingresso nel mercato delle micro, delle piccole e delle medie imprese.

Le norme che tutelano la concorrenza. Uno strumento particolarmente raffinato di tutela della concorrenza va individuato nelle norme che vietano i cartelli e gli accordi fra gli operatori economici che partecipano alle gare²⁷. A tal proposito, va richiamato l'art. 95, primo comma, lett. d), – che ha rimodulato l'art. 80 del codice attualmente in vigore – stabilendo che "La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora ritenga (...) d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili a un unico centro decisionale a cagione di accordi stipulati con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara".

11. *Le norme che limitano il principio di concorrenza.* – Fra le disposizioni che costituiscono un ostacolo al principio di concorrenza, introducendo istituti che avversano la concorrenza, si possono segnalare alcuni casi particolari.

1) Lo schema definitivo – pur disciplinando all'art. 95 cause di esclusione non automatiche – opta decisamente per un irrigidimento della tassatività delle cause di esclusione. La rigidità delle cause di esclusione sposta l'equilibrio fra i diversi principi in favore di quello della concorrenza.

A proposito, deve rammentarsi – ancora una volta – che la legge delega prescrive, tra i criteri direttivi, la razionalizzazione e la semplificazione delle cause

²⁷ Cfr., R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida Anac. Quale tutela?*, in *Federalismi.it*, 17/2017, 2 ss.. Sul tema si vedano anche M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998, 338 ss.; G. VICINTE, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel settore dei contratti pubblici*, Napoli 2008, 205 ss.; F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICOTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano 2019, 689 ss.; S. MONZANI, *L'estensione del divieto di partecipazione ad una medesima gara di imprese controllate o collegate in nome della tutela effettiva della concorrenza*, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2009, 661 ss.

di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale.

Tuttavia, vi sono anche casi in cui si è in presenza di una limitazione netta della concorrenza privi di giustificazioni razionali.

Per quanto riguarda l'esclusione dell'operatore economico per aver riportato condanne penali definitive per alcune tipologie di reati, nello schema definitivo del nuovo Codice, l'esclusione è prevista anche nel caso di "*sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.*".

Invero, possono sollevarsi perplessità rispetto alla "definitività" di una condanna di questo tipo.

La direttiva europea 2014/24 si riferisce alla "sentenza definitiva" che, nel nostro ordinamento, dovrebbe intendersi come sentenza di condanna "passata in giudicato", contenente l'accertamento irrevocabile di reità.

In relazione alla sentenza ai sensi dell'art. 444 c.p.p., la dottrina processual-penalistica ha sottolineato l'assenza di una vera e propria verifica della colpevolezza dell'imputato in un siffatto provvedimento. Inoltre, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui la sentenza penale di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., non implica un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa afferma che quando una norma assume l'esistenza di una condanna penale definitiva come presupposto (più o meno vincolante) per l'adozione di un provvedimento amministrativo, ovvero quale preclusione all'esercizio di determinate facoltà o diritti, vale come sentenza di condanna anche quella emessa a seguito di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.

La formulazione dell'art. 94, primo comma, dello schema definitivo del nuovo Codice ha recepito detta indicazione.

Orbene, fondare il provvedimento espulsivo su una "sentenza di patteggiamento" significa ancorare la mancata ammissione alla gara dell'operatore economico a un provvedimento che non ne accerta la colpevolezza. Ciò sembra porsi in evidente contrasto con il principio di *favor participationis* che sovraintende lo svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Dunque, il riferimento all'art. 444 c.p.p. opera una limitazione della concorrenza che non appare fondata su una motivazione razionale.

2) La procedura ristretta (art. 72), la procedura competitiva con negoziazione (art. 73), il dialogo competitivo (art. 74) e la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (art. 76) limitano la concorrenza.

Infatti, nella procedura ristretta e nella procedura competitiva con negoziazione solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante possono presentare l'offerta. Nel dialogo competitivo le stazioni appaltanti organizzano una contrattazione con i soli operatori economici da loro stesse invitati. Nella procedura negoziata senza pubblicazione di un bando le stazioni appaltanti con-

sultano solo quegli operatori economici da loro stesse scelti fra quelli presenti nel mercato.

12. *Le norme che bilanciano il principio di concorrenza.* – Infine, occorre fare riferimento alle norme che introducono una disciplina in cui il principio della concorrenza è contemperato, dallo stesso legislatore, con altri principi di segno opposto.

Lo schema del nuovo Codice, invece, distingue tra “*cause di esclusione automatica*” e “*cause di esclusione non automatica*”, le quali presuppongono una valutazione da parte dell’amministrazione.

Lo schema definitivo interviene sulla disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale, risolve alcune questioni che avevano creato difficoltà di tipo applicativo; tuttavia, lascia irrisolte alcune problematiche interpretative circa la determinazione delle fattispecie escludenti, già emerse sotto la vigenza dell’art. 80 del Codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

L’“*esclusione automatica*” ricorre in presenza del meccanismo decisionale della stazione appaltante, che si limita a verificare in concreto la sussistenza della causa di esclusione e, in via automatica, deve escludere l’operatore economico, senza ulteriori verifiche legate alla rottura o meno nel caso di specie del rapporto fiduciario.

Nei casi previsti dall’art. 94 dello schema definitivo – rubricato “*cause di esclusione automatica*” – l’amministrazione deve escludere dalla gara l’operatore economico limitandosi a verificare la sussistenza in concreto delle condizioni previste dalla legge.

Per esempio condanna per appartenenza ad associazioni criminali o a organizzazioni mafiose, di cui agli art. 416 e 416 bis; per corruzione o concussione di cui agli art. 317, 318, 319 ss. c.p.; per delitti di riciclaggio di cui agli art. 648 bis, 648 ter o 648 ter 1.

Anche la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all’art. 84, comma 4, d.lgs.vo n. 159/2011, viene considerato come un caso di esclusione automatica.

In queste e in altre ipotesi di esclusione automatica, il legislatore non opera una limitazione del principio di concorrenza, ma bilancia il principio di concorrenza con altri principi, anche eterogenei rispetto alle esigenze sottese alla contrattazione pubblica. L’esclusione degli operatori economici soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa è il frutto del bilanciamento fra il principio di concorrenza ed esigenze penal-preventive di contrasto alla criminalità mafiosa.

Peraltro, esigenze sanzionatorie sono presenti anche rispetto alle esclusioni per condanne per reati di cui agli art. 416 e 416 bis; per corruzione o concussione di cui agli art. 317, 318, 319 ss. c.p.; per delitti di riciclaggio di cui agli art. 648 bis, 648 ter o 648 ter 1.

Sono casi in cui è precluso all'amministrazione qualsiasi tipi di apprezzamento, anche quando ci si trovi di fronte a un operatore affidabile ai limitati fini dell'esecuzione del contratto e anche quando la condanna per i predetti reati sia relativa a fatti lievi.

13. *Considerazioni di sintesi sulla disciplina della concorrenza nello schema definitivo.* – La predetta rassegna sulla disciplina riservata nello schema definitivo alla concorrenza – nonostante i limiti che le derivano dalla sua natura meramente esemplificativa – attesta che la concorrenza è un principio giuridico che tutela, contestualmente, le situazioni giuridiche soggettive degli operatori economici, ma anche le situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione alla realizzazione dell'interesse pubblico, alla individuazione di un operatore affidabile e alla esecuzione del contratto.

Inoltre, la predetta rassegna dimostra che il principio di concorrenza non è un principio "tiranno", ma un principio che viene temperato e bilanciato, di volta in volta, con una pluralità di principi, alcuni dei quali estranei alla dimensione contrattuale.

Infine, essa dimostra che il principio di concorrenza può essere piegato alle esigenze della realizzazione del risultato e che è possibile una lettura alternativa, rispetto a quelle sino ad ora formulate sulla funzione della concorrenza. Secondo detta lettura la concorrenza è funzionalizzata alla realizzazione del risultato.

14. *Conclusioni.* – Sui social e sugli organi di stampa, accanto a giudizi pregevoli, sono stati formulati rilievi critici allo schema del nuovo codice, sostenendo che esso sia incompleto, pieno di vistose contraddizioni, espressione di un giudice amministrativo che aspira a divenire legislatore, a dettare le norme alle quali egli ritiene che le amministrazioni si debbano attenere e a indicare le violazioni che egli ritiene debbano essere sanzionate, con conseguente violazione del principio di divisione dei poteri e alterazione delle regole del gioco.

Ritengo che queste critiche siano infondate e ingiuste. Vi è una profonda differenza fra il giudice amministrativo che decide una controversia e il giudice amministrativo che elabora uno schema normativo, come quello in esame.

Il giudice amministrativo, nel decidere una controversia, è condizionato dalle contingenze del caso, dalla pre-comprensione e da altri fatti accidentali. Invece, quando il giudice amministrativo elabora un progetto di legge è sganciato da tutto ciò e vola alto, proprio per la visione di insieme che ha maturato in sede giurisdizionale, analogamente a quanto è avvenuto per il codice del processo amministrativo, per la disciplina in tema di espropriazione e per quella in materia di edilizia.

A riprova di quanto sostengo vorrei fare un solo esempio: l'interpretazione dell'art. 34 bis, in tema di commissariamento giudiziale. Ad esclusione di una sola sentenza della III sezione del Consiglio di Stato, Tar e Consiglio di Stato hanno sostenuto, in diverse recenti sentenze, che la nomina del commissario giudiziario ai sensi dell'art. 34 bis non consenta alle imprese, attinte da una informativa antimafia, di proseguire i rapporti in corso con la pubblica amministrazione, completando i lavori che le siano stati commissionati a seguito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico. Decisioni prese di impulso.

Il giudice amministrativo, in sede di redazione del codice, propone una soluzione diametralmente opposta. Infatti, l'art. 94, secondo comma, ultimo periodo, dello schema definitivo stabilisce, in proposito, che la causa di esclusione di un'impresa per infiltrazioni mafiose, ai sensi dell'art. 84, quarto comma, d. lgs. n. 159/2011, non opera se entro la data dell'aggiudicazione l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34 bis del d. lg. cd. "antimafia".

Naturalmente, sarebbe opportuno che il legislatore completi l'enunciato normativo, includendovi anche il caso in cui l'interdittiva antimafia intervenga nella fase di esecuzione del contratto, evitando che si aprano inutili contrasti interpretativi. In ogni caso, la soluzione della questione giuridica è scontata, proprio facendo applicazione del principio del risultato.

RECENSIONI

Recensione a F. Viganó,
*La proporzionalità della pena.
Profili di diritto penale e costituzionale*
Torino 2021

Francesco Severa

1. La forma è sostanza, si dice. E questo vale ancor di più quando si discute di diritto o si fa ricerca sul diritto. Ogni istituto, ogni teoria, ogni formula giuridica emerge in un certo modo o si sviluppa in una data direzione anche perché vi si arriva con un percorso logico o fattuale di un certo tipo. Un itinerario speculativo che può essere teorico o casistico, problematico o assertivo, schematico o alluvionale, e che molto dice non solo della particolare inclinazione alla ricerca dell'autore, ma anche della personalità dello stesso. E, a pensarci bene, proprio in quel genere di contributo scientifico che chiamiamo "recensione" questa prospettiva può essere sottolineata con più profondità, imponendo essa (la recensione, appunto) una costruzione metanarrativa, attenta non semplicemente agli approdi di merito che l'autore ci propone nella sua opera, ma alle modalità con cui viene restituito l'*iter* scientifico che a tali approdi ha portato. Non deve meravigliare allora il fatto che, parlando della monografia del pro-

fessore Francesco Viganó dedicata alla proporzionalità della pena (F. Viganó, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, pp. 348), sia utile apprezzare non meramente il dato contenutistico, che pure segna una importante novità teorica, ma anche il dato metodologico, che alla detta novità teorica sembra offrire una preziosa cornice, capace di rendere dinamica l'intera composizione. Recuperiamone, innanzitutto, in via sintetica la ripartizione argomentativa e le principali linee di sviluppo del tema.

2. Il libro è gesuiticamente tripartito. Il primo capitolo è dedicato ad una lunga rassegna giurisprudenziale in chiave comparata, che ben dà conto delle diverse modalità con cui i giudici supremi di differenti ordinamenti hanno nel tempo ricostruito il concetto di pena sproporzionata, censurando le scelte punitive del legislatore. In particolare, l'autore dedica grande attenzione alle esperienze degli

Stati Uniti d'America e del Canada.

Nel primo caso, un generale diritto a non subire pene sproporzionate alla gravità del reato commesso è stato dedotto dalla previsione dell'ottavo emendamento della Costituzione federale, il quale sancisce esplicitamente il divieto di "*cruel and unusual punishments*" (questo almeno a partire dalla sentenza *Weems* del 1910). Un elemento che ha influito in maniera sostanziale sulla giurisprudenza della Corte Suprema in tema di pena di morte, facendo circoscrivere nel tempo l'applicazione della stessa ai soli casi di uccisione volontaria della vittima, nonché escludendola per i minorenni. Il tutto al costo, però, di forti contrasti interni allo stesso collegio di Washington, soprattutto per quel che riguarda il ruolo razionalizzante della giurisprudenza rispetto alle scelte afflittive del legislatore: su questo l'autore cita spesso le gustose e trancianti opinioni dissenzienti del *Justice Antonin Scalia*, preoccupato di evitare che l'intervento pretorio potesse intromettersi in maniera indebita nel campo proprio della discrezionalità legislativa.

Nel caso del Canada, il divieto ad essere sottoposti a trattamenti o punizioni crudeli o inusuali si ricava in maniera esplicita dalla sezione 12 della Carta canadese dei diritti (1982). Questa la base giuridica che ha permesso alla Corte suprema di Ottawa di enucleare un generale di-

ritto alla proporzionalità della pena, difeso in tre occasioni (il caso *Smith* del 1987, il caso *Nur* del 2015 e il caso *Lloyd* del 2016) invalidando i minimi di pena detentiva previsti dal legislatore. Al di fuori però delle nominate pronunce, il giudice supremo canadese ha sempre tenuto un atteggiamento rispettoso e autolimitativo ("deferente", dice il nostro autore) nei confronti della discrezionalità legislativa (così, *ex plurimis*, nel caso *Latimer* del 2001).

Si arriva quindi alla Corte costituzionale italiana, che ha nel tempo enucleato il principio di proporzionalità a partire da una pluralità di basi giuridiche di natura costituzionale, «le quali illuminano in effetti diversi aspetti del sindacato della Corte: la coerenza interna del sistema, assicurata dal principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*; la proporzionalità "intrinseca" della pena rispetto alla gravità del reato, fondata sul combinato disposto dello stesso articolo 3 *Cost.* [come principio di ragionevolezza] e l'art. 27, terzo comma, *Cost.*; la necessità che la misura della pena rifletta la gravità del fatto di reato e non soltanto la pericolosità soggettiva del suo autore, fondata sulla lettura tutta italiana del principio di legalità della pena espresso dall'art. 25, secondo comma, *Cost.*; e l'esigenza di individualizzazione della pena, fondata sull'art. 27, primo comma, *Cost.*» (pag. 89). Questa pluralità di sfumature si è inserita in una tendenza

sempre più interventista della Consulta in materia. È, infatti, a partire dalla sentenza n. 236 del 2016 che il giudice delle leggi italiano ha moltiplicato i propri interventi sul sistema sanzionatorio penale nei casi in cui si manifesti una sproporzionalità tra sanzione irrogata e gravità del fatto.

Si chiude il capitolo con riferimenti assai più sintetici alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (non molto ricca in realtà e incentrata sul divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU) e a quella di altri ordinamenti, in prevalenza di *civil law*, quali Germania, Austria, Spagna, Francia, Cile e Sudafrica.

3. Preso atto di quanto la proporzionalità, intesa come limite per legislatore e giudici nella quantificazione e applicazione della sanzione penale, sia un principio/diritto ampiamente diffuso nella giurisprudenza di varie corti supreme (nonostante l'assenza di precise disposizioni che ne riconoscano la vigenza in maniera esplicita), il secondo capitolo dell'opera prova a tracciare in via organica i contenuti essenziali di una teoria generale sul tema da una prospettiva propriamente penalistica, soprattutto con l'idea di valutarne il concreto rendimento e l'effettività. Appare chiaro, infatti, come non sia semplice disegnare con chiarezza i contorni

di una pena che possa dirsi "proporzionata", in quanto una valutazione sul grado di congruità della stessa assume connotati differenti a seconda dei presupposti teorici che di volta in volta si vogliono far valere. Con grande lucidità, il nostro autore identifica innanzitutto due modelli generali: (1) una cosa è dire che la pena debba essere proporzionata alle finalità sociali che essa deve perseguire, tanto che per stabilire tale rapporto diventa necessario orientare il giudizio al futuro (giudizio prospettico, lo chiama l'autore), cioè sulla presumibile idoneità della norma ad assicurare la tutela dei beni giuridici; (2) altra cosa è dire che la pena debba essere proporzionata al fatto commesso, dovendo ritrovarsi nel reato il fondamento giustificativo della stessa, tanto che diventa in questo caso necessario un giudizio orientato al passato (giudizio retrospettivo) e che valuti non tanto se la "quantità di pena" sia idonea alle finalità di tutela per cui è disposta, ma se risulti o non risulti ingiusta rispetto alla gravità del fatto. Tra le due alternative, l'autore si schiera apertamente con la seconda e lo fa a seguito di una circostanziata valutazione di efficacia rispetto al controllo sul legislatore, concludendo che la sola verifica di proporzionalità *backward-looking* può realmente essere alla base di una pervasiva limitazione della discrezionalità penale dello Stato. È infatti chiaro come

«vi siano solide ragioni per ritenere che la gran parte delle pronunce che, in tutto il mondo, hanno fatto sul serio con la proporzionalità della pena, invalidando scelte legislative ritenute incompatibili con tale esigenza, abbiano in effetti lavorato con un concetto retrospettivo di proporzionalità, mirante ad assicurare un rapporto di adeguatezza tra pena e gravità del reato commesso. E soprattutto, [egli è] convinto che tale significato sia l'unico in grado di assicurare alla proporzionalità della pena una significativa capacità di rendimento quale criterio limitativo della potestà punitiva statale» (p. 122).

Compiuta questa scelta di campo, però, l'autore si trova a ragionare delle sue problematiche implicazioni, soprattutto se si considera che la commisurazione della pena alla gravità del fatto compiuto finisce per ricadere nell'orizzonte logico della teoria retributiva, escludendo ogni valutazione che possa ricacciare la comparazione nel campo della prevenzione. Determinazione, quest'ultima, che si scontra con il dato di realtà della maggioritaria giurisprudenza di legittimità legislativa. Lo sforzo teorico dell'autore diventa allora quello di convertire un siffatto modello di proporzionalità a quello che potremmo definire il pluralismo teleologico della pena. La rassegna teorica messa in campo nell'opera a questo proposito (da Francesco Carrara a Claus

Roxin, passando per Herbert Hart) prova a ragionare della proporzionalità come di un limite ancillare alla pena, posto quasi come un presidio di soggettività davanti ai possibili eccessi di un legislatore che guarda alla sanzione penale innanzitutto come ad uno strumento di politica sociale. Eppure, resta la difficoltà di dare a questo limite un fondamento: se ragionevolmente si deve riconoscere che la pena possa avere la generale finalità di prevenire la commissione di reati da parte dei membri della collettività, su che base si impone un'ulteriore limitazione che risponde ad una mera logica di comparazione tra gravità del fatto e peso della sanzione? Nella speculazione di Viganò il profilo a questo punto si sdoppia, con l'idea che il sistema sanzionatorio penale abbia due fonti di legittimazione, l'una istituzionale fondata sull'urgenza social-preventiva, orientata anche alla rieducazione del reo; l'altra individuale fondata sullo schema logico della pena, intesa quale trattamento inflitto a seguito del compimento da parte di un soggetto con pieno intendimento di un preciso atto socialmente esecrabile. Ecco allora che la proporzionalità non si giustifica in via teleologica, ma si ritrova come indice strutturale del modello sanzionatorio che lo Stato adotta per perseguire le propria politica criminale: «il ricorso allo specifico strumento della pena nei confronti di chi abbia già viola-

to la legge imporrà al legislatore di rispettare i vincoli strutturali (ma anche linguistico-concettuali) che derivano non dalla sua teleologia, ma dalla sua logica interna, che il legislatore non può ignorare senza esporsi a sua volta alla censura di agire in maniera ingiusta; vincoli tra i quali si colloca, per l'appunto, la proporzionalità [...]» (p. 157).

Ma è un ulteriore dualismo teorico ricostruito da Viganó che desta interesse. Il recupero del discrimine tra proporzionalità ordinale e proporzionalità cardinale, ripreso dalla speculazione di Andrew von Hirsch. Il tema è quello della misurabilità della proporzione, cioè di come in concreto stabilire se una determinata sanzione penale prevista per un determinato reato sia o meno (s)proporzionata. Nel caso della misurazione ordinale, il *test* avviene su una comparazione tra due scale ideali: la prima che ordina la gravità dei reati e la seconda la gravità delle sanzioni, cosicché ad una fattispecie di reato con disvalore di grado x dovrà corrispondere la pena che si intende afflittiva al medesimo grado x . Il limite di tale impostazione sta nel fatto che la valutazione segue sempre una dimensione comparatistica e dunque non riesce a misurare la sproporzionalità in sé della pena, in termini assoluti. Qui entra in gioco la proporzionalità cardinale, che invece si propone di misurare la proporzione non in termini di confronto con altri reati

e altre pene, ma per il singolo caso specifico e nel mero rapporto tra sanzione e fatto. Ciò che viene in rilievo in questo secondo caso è la congruità tra afflizione della sanzione e gravità del fatto: cosa che si traduce in una maggiore incisività del sindacato sulle scelte sanzionatorie del legislatore da parte dei giudici, soprattutto perché, a ben guardare, essa si fonda su una valutazione che è a-sistemica. Poste allora le due grandezze, gravità del reato e severità della pena, può certamente esistere una valutazione diretta del rapporto, che non ricorra ad un *tertium comparationis* e che ricostruisca gli elementi di disvalore effettivo del fatto e di reale afflizione della pena corrispondente. Lo strumento logico per ricostruire una pena ideale da corrispondere in concreto al singolo reato, con una operatività però di limite massimo, a cui il legislatore può derogare verso il basso ovvero escludendo del tutto la punibilità.

4. Queste acquisizioni teoriche tornano poi utili nell'ultima parte del libro, in quel terzo capitolo dedicato all'analisi dei profili costituzionali della proporzionalità della pena. Qui davvero la narrazione acquisisce le forme di un sottile lavoro di cesello, operato con grande maestria e teso a recuperare le forme di un'autonoma funzionalità della proporzionalità della pena nel contesto delle garanzie costituzionali.

La speculazione dell'autore parte innanzitutto da una questione di fisionomia e categorizzazione: appurare cioè se sia possibile rinvenire nella nostra Costituzione un generale principio ordinamentale di proporzionalità della sanzione penale ovvero se si possa parlare di un vero e proprio diritto fondamentale a subire una pena proporzionata (congrua, direbbe Morrone) al fatto compiuto e al suo disvalore sociale. Un problema di non poco momento, perché nel primo caso la proporzionalità avrebbe quale unico destinatario il legislatore e si porrebbe quale principio oggettivo di valutazione sul contenuto delle sanzioni via via individuate dal Parlamento; nel secondo caso, invece, si vorrebbe la proporzionalità come elemento soggettivo, che deve essere presente in concreto ogni qual volta lo Stato esercita la potestà punitiva. La domanda è chiara: «è [...] l'intera collettività che ha un interesse costituzionalmente tutelato a che sia salvaguardata la proporzionalità della pena, o è piuttosto prevalente – nell'ottica costituzionale – la tutela dell'interesse del singolo a non essere sottoposto ad una pena sproporzionata?» (p. 227). L'argomento di Viganò si gioca qui tutto in senso finalistico: il maggioritario utilizzo che le corti hanno fatto del concetto di proporzionalità non è stato tanto quello di offrire una formula oggettiva di valutazione del rapporto pena/fatto di reato, quanto piuttosto

quello di poter usufruire di uno strumento giuridico che permettesse di indubbiare una specifica cornice edittale ove risultasse palesemente ingiusta. In buona sostanza, una formula di tutela del condannato dal rischio di eccessi nell'esercizio statale della potestà punitiva. Ecco allora che «tutto ciò induce [...] a ravvisare nella garanzia in parola la fisionomia di un vero e proprio diritto fondamentale (e, nel contesto internazionale, di diritto umano), il cui più preciso contenuto consiste nella tutela dell'interesse della persona riconosciuta colpevole di un reato a non essere sottoposta a pene sproporzionate, che, come tali, la strumentalizzerebbero intollerabilmente in vista del perseguimento di finalità che la trascendono» (p. 229). Un diritto, dunque, che mostra efficacia in negativo, in una dimensione propriamente contro-maggioritaria e dunque che può applicarsi solo quando sia utile a contenere una sproporzione e non certo per stabilirne una.

L'analisi dell'autore continua però, proprio con l'idea di segnare meglio i confini entro cui si possa misurare l'autonomia teorica del diritto ad una pena proporzionata. E questo attraverso un sistematico confronto con ulteriori principi costituzionali incidenti sulla potestà punitiva dello Stato. La prima affrancazione che l'autore caldeggia è quella dal concetto di ragionevolezza. In realtà, nota Viganò, il percor-

so logico-giuridico che ha portato la Consulta ad enucleare dal testo dell'art. 3 una valutazione sulla ragionevolezza prima in senso comparativo e poi in senso intrinseco non è dissimile dal passaggio teorico da una proporzionalità comparativa (ordinale) ad una intrinseca (cardinale). L'elemento però che segna il distacco è la base giuridica plurale che la proporzionalità possiede, in particolare con riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost. Simili nella formulazione logica, ragionevolezza e proporzionalità della pena poggiano su ragioni sostanziali diverse, sufficienti a segnarne una netta distinzione. Altro discrimine da approfondire è quello tra proporzionalità della pena e proporzionalità delle scelte di criminalizzazione, ben distinte nei presupposti che rispondono nell'un caso ad un giudizio retrospettivo sul fatto e nell'altro caso ad un giudizio prospettico sulla necessità di prevenzione. L'una può atteggiarsi a diritto individuale, la seconda a principio sistemico. Ancora, una distinzione deve indicarsi anche con il principio di umanità della pena, che appare logicamente presupposto alla proporzionalità. Esso possiede caratteri di assolutezza e generalità, che prescindono soprattutto da ogni tipo di legame con la realtà del fatto commesso che anticipa la sanzione. Discorso non dissimile vale anche per il principio della rieducazione del condannato. La proporzionalità

della pena attiene agli stessi presupposti logici del sistema sanzionatorio penale e agisce di contrasto nei confronti della rieducazione, perché impone la cristallizzazione del rapporto fatto/gravità su cui si innesta l'istanza di reinserimento e risocializzazione del reo, che in realtà ove interpretato all'eccesso trasformerebbe la pena in un lungo percorso indeterminato finalizzato al recupero del soggetto. Parificati, invece, nelle finalità e nella *ratio* alla proporzionalità sono invece i generali principi di personalità della responsabilità penale, offensività ed *extrema ratio* della sanzione. Tutti e tre, infatti, configurano un'autonomia teorica fondata sul necessario e irrinunciabile schema logico che il sistema penale intrinsecamente possiede. Presupposti connaturati all'idea che la potestà punitiva statale non possa mai assumere un carattere assoluto.

Ricostruita in controtuce l'autonomia di questo diritto fondamentale, l'autore passa a ragionare delle modalità con cui gli interpreti dovranno (devono) assicurarne la cogenza. Viganó individua nella Corte costituzionale e nei giudici comuni i principali "custodi" della proporzionalità, chiamati pur in differenti formati a sindacare anche le violazioni indirette di questo diritto, utilizzando proprio le due forme di valutazione, ordinale o cardinale, analizzate nel precedente capitolo. Altra questione sono

le modalità d'intervento scelte, in particolare, dal giudice delle leggi. Il problema è noto: affermare la sproporzionalità di una disposizione che fissa una specifica cornice edittale (e quindi la sua illegittimità costituzionale) dovrebbe di regola tradursi in un intervento ablativo, che però rischierebbe di lasciare un significativo *vulnus* nell'individuazione delle forme della sanzione in corrispondenza di una determinata fattispecie. La Consulta ha per questo individuato, nel tempo, una pluralità di specifiche tecniche decisorie, proprio finalizzate ad aggirare il problema, con il serio rischio però di risultare altamente manipolative e dunque di intervenire in maniera più o meno diretta in un campo che l'ordinamento tradizionalmente lascia alla discrezionalità del legislatore. Con una trattazione davvero attenta alle sfumature, l'autore ripercorre le formule di intervento che la Corte ha nel tempo enucleato, sino ad arrivare alla soluzione che meglio tutela, anche in chiave dialettica, il rapporto potere ablativo del giudice costituzionale e discrezionalità punitiva del legislatore: l'individuazione di una cornice edittale che sia adeguata agli standard costituzionali e che venga ricavata dal contesto ordinamentale, tale da offrire una soluzione temporanea all'ablazione effettuata, nell'attesa che sia il Parlamento ad intervenire. Sintetizza così Viganò: «di fronte a un *vulnus* della legitti-

mità costituzionale, proprio e specialmente nella materia sensibile del diritto penale [...], la Corte ritiene ora che non siano ammissibili “zone franche” al riparo del controllo di costituzionalità, e dei relativi rimedi; avvertendo così come ineludibile – salva la possibilità, pure di recente introduzione, del rinvio della trattazione per dar modo al legislatore di intervenire con soluzioni di sistema – l'individuazione, nell'orbito e nella logica della legislazione vigente (in via, potremmo dire, di *analogia iuris* più che di *analogia legis*), di una soluzione “adeguata” da applicarsi in via transitoria, in attesa di un sempre possibile, ed anzi auspicato, intervento organico da parte del legislatore» (p. 292). Dalle rime obbligate alle rime adeguate, per il recupero di una più genuina ortodossia crisafulliana.

Nell'ultimissima parte dello scritto, Viganò si interroga sulla legittimità politico-istituzionale che andrebbe riconosciuta alle corti per esercitare questo tipo di sindacato, non certo poco invasivo rispetto alla libera valutazione del legislatore, eletto democraticamente, in tema di sanzione penale. Al netto dell'ampia e approfondita trattazione, colpisce l'argomento utilizzato dal professore per giustificare l'interventismo della Consulta. Tutto ruota attorno all'idea che il reo sia in fin dei conti un soggetto socialmente debole, i cui interessi con maggior difficoltà riescono a

trovare una voce nei luoghi della rappresentanza politica. Le scelte sanzionatorie del legislatore vanno sindacate proprio in funzione contro-maggioritaria: «i condannati costituiscono [...] un segmento della società caratterizzato da un deficit pressoché totale di rappresentanza politica, dal quale deriva la strutturale insufficienza dei meccanismi democratici a garantire la tutela dei loro diritti. Questo deficit richiede, in modo particolarmente pressante, di essere compensato da corti in grado – se necessario – di agire anche contro le determinazioni della maggioranza, a tutela dei diritti fondamentali di cui i condannati restano comunque titolari. E a tutela in ogni caso della loro dignità di persona» (p. 322). Una presa di posizione che non è estranea alla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e chiaramente espressa nella sentenza n. 179 del 2017, ove si dice che «la traiettoria della giurisprudenza costituzionale in materia di pena [...] si dispiega tra due poli, in costante tensione fra loro: da un lato, il dovuto riguardo alle scelte politiche, quale componente necessaria del principio di legalità; dall'altro, la indefettibile tutela degli ulteriori principi e diritti costituzionali, a cui deve conformarsi anche il legislatore della punizione. Preservare l'armonia tra i due livelli di legalità – ordinaria e costituzionale – è compito del giudice delle leggi in ogni settore dell'ordinamento e

nei confronti di qualsiasi illegittimo esercizio del potere legislativo».

5. Già questa breve rassegna restituisce la dimensione di un testo davvero denso nei contenuti e costruito su una linea argomentativa che avanza in un serrato confronto tra prassi (pretoria) e teoria. I tre capitoli sembrano integrarsi vicendevolmente, allargando le prospettive via via date per acquisite. Si parte da un resoconto giurisprudenziale in chiave comparata, con l'idea di raccogliere elementi, funzionalità, dati empirici, come se la proporzionalità della pena vada trattata innanzitutto come un dato fattuale, un elemento connaturato a un certo modo di intendere il diritto penale e alla sua dimensione costituzionale. Proprio queste acquisizioni sono poi sottoposte alla prova della prospettiva penalistica, così da saggiarne la resistenza rispetto ai grandi modelli teorici (retribuzione e prevenzione). Un rasoio affilato quello di Viganò, che saggia la funzionalità di un modello di verifica giudiziaria basato sulla proporzionalità sia in chiave retrospettiva che in chiave prospettica, sia in una logica di comparazione (proporzionalità ordinale) sia in una logica intrinseca (proporzionalità cardinale). E da ultimo la prospettiva costituzionale, che prova (con efficacia) a mettere alla proporzionalità «il vestito buono»: a pensarla cioè come diritto fondamentale, ricostruendone

quindi l'autonomia logico-giuridica rispetto agli altri principi/diritti che operano nel campo penale.

Da questa ricomposizione che avanza per cerchi concentrici, letture allargate, costanti falsificazioni, emerge con chiarezza un approccio giuridico propriamente anti-ideologico, potremmo dire anti-schmittiano. Nel testo di Viganò non si parte dalla idealità per finire poi alla concretezza, non si pretende di raccontare una visione della realtà giuridica, così da dimostrarne poi la fondatezza. L'origine la si fissa nella prassi, nell'ermeneutica, nella necessità giudiziaria di non denegare giustizia: gli elementi essenziali della proporzionalità della pena non bisogna pensarli, ma "rastrellarli" nell'ampio campo di battaglia delle corti. È il diritto che non cala sulla realtà *ex alto*, ma che emerge dai contesti sociali, dalle necessità giudiziarie. E la cosa non è certo di poco momento. C'è dietro tutta la forza della speculazione di Paolo Grossi e di quel diritto come invenzione, tanto caro al maestro fiorentino. La struttura del saggio ci suggerisce, allora, uno specifico modo di intendere il diritto, che ritorna perfino nelle scelte teoriche che l'autore predilige: quando, ad esempio, prende posizione assumendo che la proporzionalità vada intesa come valutazione retrospettiva (cioè finalizzata a misurare il rapporto tra disvalore del fatto e afflizione della pena), proprio perché questa sareb-

be la soluzione più funzionale all'esercizio di un controllo delle corti sulla potestà punitiva dello Stato.

Un approccio che di certo segna una differenza rispetto al tradizionale metodo del costituzionalista, che sempre tende a ragionare assumendo il primato logico della dimensione costituzionale, che invece nel libro interviene non al principio, quale istanza fondativa, ma a valle, quale urgenza legalitaria, certo di altissimo grado, ma pur sempre solo funzionale ad una necessità di coerenza dell'ordinamento. Un metodo che positivamente sorprende, perché lascia aperte questioni di sostanza su come intendere un approccio propriamente funzionale applicato ai diritti e alla legalità costituzionale.

6. Con riguardo ai contenuti, si vuole qui segnalare tra le moltissime note di interesse nel testo, il riferimento, presente nel secondo capitolo, alla struttura logica del modello sanzionatorio penale proprio del nostro sistema giuridico. Recuperando il concetto per grandi linee, l'autore, al fine di emancipare la proporzionalità della sanzione da una logica meramente retributiva, sostiene che essa possa intendersi quale attributo proprio – e dunque vincolante e ineliminabile – del nostro modello penalistico fondato sul fatto. Nella sostanza, può dedursi da ciò che il nostro ordinamento ha prescelto un modello punitivo ben

preciso, fondato sulla pena intesa come risposta proporzionata ad una esecrabile condotta, volontaria ed evitabile da parte del suo autore (così anche l'autore nella nota 171). Questo carattere strutturale della proporzionalità all'interno del nostro ordinamento, viene poi ripreso nell'ultimo capitolo del libro, quando si argomenta sulla relazione assai stretta tra diritto a non subire pene sproporzionate e principio della personalità della responsabilità penale, che nella sostanza giocano sul medesimo piano teorico, quello che impone che la pena costituisca una risposta individualizzata al fatto. Lo stesso può dirsi del principio di offensività del reato, che fonda il modello punitivo su un giudizio di rimprovero per lo specifico fatto passato e non per il modo di essere del reo. Sembra che da ciò possa sostenersi che, al netto della ricostruzione, nel nostro ordinamento costituzionale, di un diritto fondamentale del singolo ad una pena proporzionata al reato – elemento fascinioso e per cui Viganó offre solide e condivisibili basi argomentative –, ben potrebbe ragionarsi della parallela esistenza di un fondamen-

to “istituzionale” del principio di proporzionalità, basato sulla costituzionalizzazione implicita (solo fino a un certo punto) del modello penale liberale (fondato sulla pena come punizione per la commissione di un fatto ad alto disvalore sociale) e sul conseguente rifiuto di quello che Ferrando Mantovani ha chiamato “diritto penale totalitario” (fondato sulla pena come strumento di tutela dell'istanza comunitaria, considerata superiore alle istanze dei singoli). Una struttura doppia di tutela costituzionale, incidente contemporaneamente sul lato istituzionale e sul lato individuale, quale principio e quale diritto, specchio di un pluralismo teorico e formale proprio di un concetto sfuggivo come quello di proporzionalità.

E sta forse qui il grande merito del professore meneghino. Aver restituito una cornice teorica ad un istituto di cui tutti potevano saggiare la cruda esistenza, senza che però organicamente se ne potessero riordinare i connotati. Lavoro ancor più prezioso nella prospettiva di una giustizia costituzionale sempre più incisiva in materia penale.

ABSTRACT

Mario R. Spasiano, *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*

La visione riduzionistica della conoscenza pervade gli ambiti del sapere umano, inducendo alla assolutizzazione di visioni invero parziali di fenomeni, con conseguenze talora aberranti. La multiforme ricchezza della realtà e delle esperienze di apprendimento possibili esigono piuttosto la contestualizzazione degli approcci conoscitivi e dei loro risultati, imponendo un umile dialogo tra le scienze. In questa prospettiva relazionale e integrata, ciascuna conoscenza è in grado di acquisire dalle altre contenuti e consapevolezze necessari anche per il conseguimento di utilità ulteriori. Questo processo riguarda naturalmente il rapporto tra scienze sperimentali e scienze umane, ma anche le esperienze creative e spirituali dell'uomo. Non si tratta certo di disconoscere l'importanza della iper-specializzazione, quanto di opporsi ad una conoscenza strumentale e riduzionista, illusoria rispetto ad una vera comprensione della realtà e delle sue implicazioni, perniciosa per le sue possibili conseguenze.

Knowledge Fragmentation and Knowledge Unity

The reductionist view of knowledge pervades the domains of human knowledge, leading to the absolutization of partial views of phenomena, with sometimes aberrant consequences. Rather, the multifaceted richness of reality and possible learning experiences demand the contextualization of cognitive approaches and their results, imposing a humble dialogue among the sciences. In this relational and integrated perspective, each knowledge can acquire from the others content and awareness, also necessary for the achievement of further utilities. This process concerns the relationship between the experimental and human sciences, but also the creative and spiritual experiences. It is certainly not a matter of denying the importance of hyper-specialization, but rather of opposing instrumental and reductionist knowledge, only apparent compared to a true understanding of reality and its implications, and pernicious because of its possible consequences.

Maria De Benedetto, *Qualità della regolazione e discrezionalità*

L'articolo introduce il problema della produzione di buone regole (usualmente indicato con la formula qualità della regolazione) come direttamente rilevante per la configurazione di una discrezionalità amministrativa che sia capace di conseguire gli scopi per cui è stata prevista. Infatti, la discrezionalità viene strutturata, contenuta e controllata attraverso regole e standards. A tale riguardo, si analizza dapprima il ruolo centrale dell'istruttoria normativa nei diversi tipi di regolatore (autorità indipendenti, Governo, Parlamento), avendo riguardo agli obiettivi della regolazione, alle consultazioni, alle opzioni regolatorie. In seguito, viene affrontata, anche in chiave esemplificativa, la questione della strutturazione e del contenimento della discrezionalità amministrativa, concludendo che il complesso disciplinare definito come qualità della regolazione spinge (né più, né meno) a ritornare alla ratio della discrezionalità, la quale si giustifica perché funzionale all'effettività di regole e decisioni amministrative.

Effective Regulation and Discretionary Powers

The article introduces the problem of making good rules (known as quality of regulation or better regulation) as directly relevant for administrative discretion which should be capable of achieving purposes for which it was intended. In fact, discretion is structured, limited and controlled via rules and standards. In this regard, the article firstly analyses the central role of the regulatory/legislative process in different types of regulators (independent authorities, government, parliament), with special regard to the objectives of regulation, to consultations and to regulatory alternatives. Subsequently, the institutional design of administrative discretion is considered with reference to some cases, by concluding that quality of regulation suggests (no more, no less) to come back to the rationale of discretion, which is justified as functional to the effectiveness of rules and administrative decisions.

Paolo Carpentieri, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico*

Lo scritto prova a penetrare il tema della discrezionalità tecnica e del suo sindacato giurisdizionale partendo dall'esame della logica interna della decisione amministrativa tecnico-discrezionale, anche alla luce delle recenti acquisizioni epistemologiche che negano la dicotomia tra fatti e valori, nel confronto dialettico tra un approccio neo-positivista e una visione ermeneutica del diritto. Conclude nel senso della eccessiva ampiezza del campo di denotazione della attuale nozione di "discrezionalità tecnica, tale da rendere il concetto poco utile, e nel senso della perdurante validità dei criteri di giudizio elaborati dalla più recente giurisprudenza amministrativa".

Technical Discretion and its Judicial Review from an Internal Logic Perspective

The paper tries to penetrate the theme of technical discretion and its judicial review starting from the examination of the internal logic of the technical-discretionary administrative decision, also in the light of the recent epistemological acquisitions which deny the dichotomy between facts and values, in the dialectical comparison between a neo-positivist approach and a hermeneutic vision of law. It concludes in the sense of the excessive breadth of the field of denotation of the current notion of “technical discretion, such as to make the concept of little use, and in the sense of the continuing validity of the judgment criteria elaborated by the most recent administrative jurisprudence”.

Roberto Baratta, *Aiuti di stato e fragilità ambientali: i nuovi orientamenti della Commissione*

Il saggio esamina la Comunicazione della Commissione in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia (2022). La Commissione, per un verso, conferma che la base giuridica di riferimento in questo settore è l’art. 107, par. 3, lett. c) TFUE; per altro verso, si esprime favorevolmente all’adozione di misure statali a sostegno delle imprese in quanto destinate a contribuire alla realizzazione degli obiettivi fissati nel *Green Deal*. Sul piano giuridico, è interessante osservare come, utilizzando la discrezionalità che il diritto primario riserva alla Commissione, la normativa sugli aiuti di stato assuma contorni evolutivi al fine di perseguire obiettivi ritenuti eticamente utili – la transizione verde – che l’azione pubblica (istituzionale e nazionale) è chiamata a perseguire poiché ritenuti eticamente utili al progresso della *societas* europea.

State Aid and Environmental Fragility: The Commission’s New Guidelines

This essay examines in detail the Commission Communication on State aid for climate, environment and energy (2022). For one, this act of soft law confirms that the relevant legal basis in this matter is Article 107(3)(c) TFEU; secondly, it shows a clear Commission’s favor for national measures supporting and financing large categories of undertaking insofar as they contribute to achieving Green Deal’s goals. In legal terms, it is noteworthy how the Commission, by using the leeway primary law reserves to it, shapes state aid rules to pursue public goals, such as green transition, meant to benefit the European *societas* overall.

Sergio Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*

Il risultato, tecnicamente e nella sua dimensione ontologica, non è un principio. Il risultato configurato dall’art. 1 dello schema definitivo del codice è l’in-

teresse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura. Detto interesse, nello schema, assume la veste di principio e, in tal modo, viene imposto come parametro che presiede alla interpretazione e all'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice. Naturalmente, si dovrà parlare di principio di tutela del conseguimento del risultato. Nello schema il c.d. principio del risultato connota anche il principio della concorrenza. Nello schema vi sono disposizioni in cui il principio della concorrenza trova completa ed integrale attuazione; altre che si pongono in netta antitesi con esso; infine, altre ancora che presentano una disciplina, frutto della ricerca di un sapiente equilibrio, in cui il principio della concorrenza è temperato, dallo stesso legislatore, con altri principi di segno opposto.

The Principle of The Result and the Principle of Competition in the Definitive Draft of the New Code of Public Contracts

The result, technically and in its ontological dimension, is not a principle. Article 1 of the definitive draft of the new Code of Public Contracts represents the result as the public interest to realize the public work. That interest, in the definitive draft, takes the form of a principle and it shall be used to interpret the other rules. Therefore, we will have to talk about the principle of protection of achievement of the result. In the definitive draft, the so-called principle of the result also connotes the principle of competition. There are provisions in which the principle of competition is fully implemented; other rules are in breach of this principle; and there are other provisions in which the principle of competition is balanced with other principles by the legislator.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARIO R. SPASIANO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

MARIA DE BENEDETTO, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre

PAOLO CARPENTIERI, Consigliere di Stato

ROBERTO BARATTA, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi Roma Tre

SERGIO PERONGINI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Salerno

FRANCESCO SEVERA, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Rivista all'indirizzo: www.rivistadirittoesocieta.it.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di febbraio 2023
da *Grafica Elettronica* – Napoli