Margherita Ramajoli

**Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali\***

Sommario: 1. La delega di concretizzazione della clausola generale all’interprete. – 2. Gli antidoti al rischio di arbitrio interpretativo elaborati dall’amministrazione. – 3. Gli antidoti al rischio di arbitrio interpretativo elaborati dalla giurisprudenza: gli standard valutativi. – 4. Segue: l’interpretazione tassativizzante.

1. Il ricorso da parte del legislatore alle clausole generali presenta indubbi vantaggi e altrettanto innegabili insidie. Grazie alla loro indeterminatezza semantica le clausole generali consentono l’adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare. Infatti, le clausole generali sono formule lessicali aperte (ordine pubblico, pericolosità sociale, buona fede, buon costume e così via), che reclamano una delega all’interprete del potere di concretizzazione della disposizione che le racchiude. La norma in cui è contenuta una clausola generale non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rimette all’interprete il completamento e la specificazione della clausola stessa[[1]](#footnote-1).

È sicuramente vero che ogni disposizione normativa possiede di regola un certo qual grado di indeterminatezza[[2]](#footnote-2) e che la c.d. crisi della fattispecie sta interessando anche il diritto amministrativo[[3]](#footnote-3). Nondimeno, si assiste a qualcosa di ulteriore e specifico quando vengono in rilievo clausole generali, le quali necessitano di essere non solo interpretate, bensì anche integrate. Più precisamente, nel caso di norme contenenti clausole generali l’indeterminatezza va colmata attraverso un’attività d’integrazione valutativa, che consiste nella scelta del criterio utile alla determinazione del significato della clausola generale. Esiste una vera e propria logica dell’integrazione valutativa, visto che devono essere esplicitati “gli strumenti coerenti con l’indeterminatezza utili a realizzare e a controllare i ragionamenti interpretativi compiuti con le clausole generali”[[4]](#footnote-4).

Tuttavia, non è possibile sottacere il fatto che l’elasticità insita nelle clausole generali porta con sé alcune criticità. Il ricorso a questa particolare tecnica normativa mette in crisi alcuni principi fondanti del nostro ordinamento giuridico. Vengono in rilievo anzitutto i principi di legalità sostanziale, di certezza del diritto e di tutela dell’affidamento, stante la non “calcolabilità” della decisione – sia essa un atto amministrativo, oppure una sentenza – tenuta ad interpretare ed applicare la clausola generale in un caso di specie. Ma anche altri principi sono esposti a rischi in presenza di clausole generali, come il principio di separazione dei poteri dello Stato, che entra in crisi con sfumature particolari nel diritto amministrativo. Infatti, qui non emerge solo il problema, trasversale e ben avvertito pure in diritto penale e in diritto privato, di un giudice che “colmi l’indeterminatezza attingendo solipsisticamente a quella che egli ritiene essere la corrente morale sociale” con il pericolo di “trasformarlo in una sorta di rappresentante di un opaco *Volksgeist*”, con un’indebita supplenza del giudice rispetto al legislatore[[5]](#footnote-5). Nel diritto amministrativo – come pure nel diritto costituzionale e in quello sovranazionale –, l’interpretazione della clausola generale spetta in prima battuta alla pubblica amministrazione e solo successivamente al giudice. Di conseguenza, il giudice amministrativo si trova di fronte non a un terreno vergine da interpretare tramite un’attività d’integrazione valutativa, bensì ad apprezzamenti già operati dall’autorità decidente. Pertanto, la relatività e la soggettività delle interpretazioni delle clausole generali trascinano con sé anche la questione del grado di deferenza del giudice nei confronti delle valutazioni, previamente compiute dall’amministrazione, di integrazione e completamento della norma giuridica contenente una clausola generale[[6]](#footnote-6). In altri termini, le clausole generali pubblicistiche creano un problema di separazione tra poteri dello Stato, di limiti e confini degli uni rispetto agli altri e, in definitiva, di equilibrio tra gli stessi.

2. L’ordinamento giuridico ha cercato di introdurre alcuni presidi di garanzia rispetto alle evocate insidie derivanti dall’uso delle clausole generali e gli antidoti al rischio di arbitrio interpretativo sono stati elaborati sia dal legislatore, sia dall’amministrazione, sia dai giudici. In alcune occasioni è lo stesso legislatore a dettare regole interpretative dirette a conferire maggiore certezza e prevedibilità alle clausole generali dallo stesso introdotte. In altre ipotesi l’anelito di certezza e prevedibilità è soddisfatto, oltre che dal legislatore che tipizza alcune fattispecie, anche in via progressiva con un successivo intervento delle pubbliche amministrazioni, che adottano previ atti di autolimitazione, con la conseguenza che tra la norma che impiega la tecnica delle clausole generali o dei concetti giuridici indeterminati e il provvedimento da emanare si interpongono criteri e parametri generali stabiliti dalla stessa amministrazione titolare del potere[[7]](#footnote-7). Talvolta, infine, si assiste a un particolare intreccio di misure normative e interventi pretori che dà luogo alla c.d. interpretazione tassativizzante.

Considerando dapprima l’ipotesi in cui è lo stesso legislatore a fornire un nucleo di certezza e prevedibilità all’attività d’interpretazione della clausola generale, questa particolare tecnica normativa è impiegata in vari campi dell’agire della pubblica amministrazione. Di recente l’operazione normativa di perimetrazione delle clausole generali si rinviene nel nuovo codice dei contratti pubblici. Nei suoi primi articoli (artt. 1-11) il codice enuncia espressamente una serie di principi generali, molti dei quali altro non sono che clausole generali, quali, ad esempio, i principi di buona fede e di tutela dell’affidamento. Tuttavia, la stessa Relazione di accompagnamento al codice è conscia delle criticità insite nel ricorso a questa tecnica normativa, che rischia di attribuire al giudice un eccessivo potere interpretativo e, conseguentemente, di erodere certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni concrete[[8]](#footnote-8). Proprio per scongiurare questi pericoli il codice ha voluto specificare un contenuto concreto e puntuale di alcuni principi o clausole generali. Si pensi, ad esempio, alla già menzionata buona fede e tutela dell’affidamento. L’art. 5 del d. lgs. n. 36 del 2023, da un lato, impone al primo comma il rispetto della buona fede nella materia della contrattualistica pubblica, dall’altro, nei commi successivi supera l’indeterminatezza insita in questa clausola generale introducendo alcune norme a fattispecie, attuative della clausola stessa, che portano al riconoscimento di un affidamento giuridicamente tutelato in capo all’operatore economico anche prima dell’aggiudicazione.

Anche in materia di disciplina antitrust il legislatore, europeo e nazionale, ricorre a clausole generali nel descrivere le fattispecie imprenditoriali da vietare (“intesa restrittiva della concorrenza”, “posizione dominante”, “abuso” della stessa), ma, al tempo stesso, accompagna questa tecnica normativa alla tipizzazione di alcune fattispecie imprenditoriali tramite un elenco non tassativo di specifiche azioni vietate[[9]](#footnote-9). La tipizzazione legislativa ha lo scopo sia di identificare con certezza alcune condotte pacificamente illecite, sia di fornire un ausilio nel rendere la stessa clausola generale meno preda dell’imprevedibilità nei casi non tipizzati, guidando con alcune esemplificazioni normative l’attività dell’interprete.

Per facilitare l’applicazione in concreto della normativa e per fornire un criterio d’interpretazione da utilizzare con riferimento a fattispecie atipiche intervengono poi in ausilio supplettivo alcuni atti amministrativi generali di auto-vincolo, quali le Comunicazioni della Commissione europea o le Linee guida dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato[[10]](#footnote-10). Scopo di questi vari presidi è di tipo orientativo rispetto al singolo processo d’interpretazione della clausola generale, ma il grado di effettività dello strumentario è condizionato dalla sua natura giuridica. Infatti, gli atti in questione, al pari di ogni atto di *soft law,* influenzano, ma non vincolano l’interprete, il quale può anche non prestarvi osservanza, a condizione di motivare le ragioni del suo discostarsi (principio del *comply or explain*). La contrapposizione tra *hard law* e *soft law* affonda le sue radici dal punto di vista storico nella distinzione tra comandi e consigli, o tra *commands* e *precepts*: il destinatario dei primi, riconosciuti vincolanti per la loro forma, è obbligato ad attenervisi, mentre analogo obbligo non sussiste nel secondo caso, in cui il precetto diviene vincolante dal punto di vista sostanziale unicamente in seguito alla convinzione della bontà del suo contenuto[[11]](#footnote-11).

Ne consegue che i pericoli di soggettivismo nell’interpretazione delle clausole generali risultano circoscritti, ma non certo eliminati in virtù degli anzidetti presidi normativi. Il meccanismo che viene in rilievo non è molto dissimile dall’obbligo di motivazione nel caso di mancata osservanza di una circolare o di una norma interna nell’interpretazione di una fonte di rango primario. Con riferimento a questa particolare tipologia di precetti la giurisprudenza amministrativa ha realizzato un processo di indurimento del precetto, per cui tali atti intermedi sono concepiti come un tramite per operare un sindacato sull’eccesso di potere del provvedimento finale adottato dall’amministrazione[[12]](#footnote-12).

3. Il secondo strumentario inteso a colmare il deficit di legalità sostanziale tipico delle clausole generali fa leva sull’attività giurisprudenziale. Il meccanismo ha coinvolto vari ordini giurisdizionali (Corte costituzionale, Corte EDU, Cassazione, giurisdizione amministrativa), che si sono avvalsi di strumentari diversi, come è ovvio, stante la distinta posizione istituzionale rivestita da ciascuno di essi all’interno dell’ordinamento giuridico. In particolare, si è fatto ricorso vuoi all’uso di standard valutativi, vuoi all’interpretazione tipizzante.

Il maggior approfondimento in tema di standard valutativi si deve alla Corte di Cassazione, secondo la quale essi sono espressione di valori presenti nell’ordinamento o nella coscienza sociale[[13]](#footnote-13). Ad esempio, consolidata è la giurisprudenza secondo cui la giusta causa di cui all’art. 2119 c.c. è una nozione che la legge, “allo scopo di adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo”, “configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama”[[14]](#footnote-14). Il contenuto delle clausole generali è destinato ad essere progressivamente precisato, “nell’estrinsecarsi della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, fino alla formazione del diritto vivente mediante puntualizzazioni, di carattere generale ed astratto”[[15]](#footnote-15). Nell’universo privatistico l’attività interpretativa-valutativa compiuta dal giudice di merito nell’applicare clausole generali non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, poiché “l’operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall’ordinamento”[[16]](#footnote-16). In altri termini, “la sussunzione della fattispecie concreta nella clausola elastica … secondo *standards* conformi ai valori dell’ordinamento, che trovino conferma nella realtà sociale, è … sindacabile in sede di legittimità con riguardo alla pertinenza e non coerenza del giudizio operato, quali specificazioni del parametro normativo avente natura giuridica e del conseguente controllo nomofilattico affidato alla Corte di cassazione”[[17]](#footnote-17).

La tecnica degli standard, quale limite all’arbitrio interpretativo, si articola dunque al suo interno mediante il ricorso vuoi a criteri extragiuridici, come lo sono i fattori esterni riferiti alla coscienza generale, vuoi a criteri giuridici ricavati per induzione, come lo sono i principi richiamati implicitamente dalla disposizione contenente la clausola generale.

Tuttavia, uno standard valutativo che fa appello a valori attraversanti la coscienza sociale e quindi a parametri di tipo etico o morale risulta problematico. Come è stato giustamente osservato[[18]](#footnote-18), uno standard di tal genere si presta a interpretazioni soggettive e variabili a seconda della sensibilità dell’interprete stesso, presentando così accentuati margini di opinabilità. Infatti, per un verso, specie nell’attuale periodo storico, è difficile ravvisare sentimenti condivisi nel corpo sociale, per altro verso, non è né legittimo, né opportuno caricare l’interprete della clausola generale di un compito così gravoso.

Desta sicuramente minori perplessità la seconda tecnica ricostruttiva, o standard valutativo, che fa appello ai principi implicitamente richiamati dalla disposizione normativa contenente una clausola generale. Tale tecnica di riempimento delle clausole generali presenta sicuramente minori insidie rispetto alla prima, incentrata sulla valorizzazione di fattori esterni relativi alla coscienza sociale. Tuttavia, il procedimento logico da seguire in questo caso va meglio precisato, altrimenti si rischia di peccare anche qui di soggettivismo interpretativo.

L’interprete non può considerare la clausola generale isolatamente (“nella sua isolata nudità”), ma è tenuto a collocarla nel suo contesto ordinamentale (“all’interno della trama – tutta intera – dell’ordinamento, del quale fa parte”)[[19]](#footnote-19). Più precisamente, il contenuto della clausola generale può essere “disvelato” proprio dalle norme a fattispecie che danno svolgimento alla clausola generale, secondo un processo di “*astrazione generalizzante*” che tuttavia sfocia, nel momento applicativo della clausola generale al caso singolo, in “un’operazione di *concretizzazione individualizzante*”[[20]](#footnote-20).

È chiaro che l’interprete, sia esso una pubblica amministrazione oppure un giudice, è chiamato a un compito ben delicato e complesso nel momento in cui gli viene richiesto che le singole norme contenenti clausole generali siano intese situandole nel loro contesto ordinamentale. Va però riconosciuto che da secoli l’amministrazione pubblica e il giudice amministrativo hanno consuetudine con il tipo di attività in questione che porta a interpretare singole disposizioni di legge valorizzando l’intero tessuto normativo. Infatti, tutto il processo di nascita e di emersione degli interessi legittimi si è avvalso della tecnica preziosa dei c.d. blocchi normativi. Partendo dalla duplice premessa secondo cui esiste un interesse legittimo solo quando l’ordinamento giuridico conferisce una qualche particolare rilevanza giuridica a un interesse materiale, ma che raramente dalla sola lettura di una legge amministrativa è possibile desumere se la disciplina introdotta abbia per scopo anche la tutela di interessi individuali, ne consegue che non è agevole ricavare immediatamente da una norma attributiva del potere l’esistenza di interessi di specifica rilevanza. Di qui la necessità di ampliare il campo di osservazione ricorrendo ad altre norme connesse e utilizzando i principi ai quali si ispirano i blocchi normativi così formati[[21]](#footnote-21).

Analogamente, le clausole generali vanno riempite di contenuto concreto ad opera dell’amministrazione prima e del giudice poi accertando i principi richiamati in via implicita dalle disposizioni che le prevedono e quindi allargando lo sguardo verso altre norme connesse. Ad esempio, ritornando alla clausola di buona fede sopra menzionata, essa può essere perimetrata in virtù di diverse norme a fattispecie, che spaziano dall’art. 1147, comma 2, c.c., per cui la buona fede non giova se l’ignoranza dipende da colpa grave, all’art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza[[22]](#footnote-22).

In questa maniera si valorizza l’importanza del criterio sistematico, che è stato acutamente definito parametro essenziale e immanente di una coerenza complessiva, raccogliendo i diversi fili dell’ordinamento e ricomponendo i frammenti nell’ordine che si ricava dalle norme[[23]](#footnote-23).

4. La seconda modalità pretoria per colmare il deficit di legalità sostanziale, di certezza e di prevedibilità tipico delle clausole generali è data dalla c.d. interpretazione tassativizzante da parte della giurisprudenza amministrativa, ossia da quella attività interpretativa pretoria che, sulla base della casistica concreta, sviluppa parametri, criteri, quando non addirittura regole vere e proprie[[24]](#footnote-24). Questa tecnica è stata raffinata in maniera particolare nel caso di misure di prevenzione e interdittive antimafia[[25]](#footnote-25). In essa le relative norme attributive del potere abbondano di elementi elastici lasciati all’apprezzamento dell’amministrazione o, in altri termini, di fattispecie contrassegnate da uno scarsissimo coefficiente di tassatività, come tali strutturalmente inclini ad essere interpretate in maniera estesa. Questo rischio di sovra-estensione applicativa è particolarmente delicato in materia dal momento che vengono in rilievo ipotesi in cui un soggetto può vedere limitati i suoi diritti, personali e patrimoniali, costituzionalmente protetti, evenienza che suggerisce di evitare “un aberrante meccanismo di estensione a catena della pericolosità simile a quello su cui si fondava, in un non recente passato, l’inquisizione medievale”[[26]](#footnote-26).

Le informative antimafia sono caratterizzate da un’accentuata discrezionalità in capo al Prefetto nel soppesare il rischio di “permeabilità mafiosa” dell’impresa, ossia nel valutare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell’attività d’impresa (artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d. lgs. n. 159/2011)[[27]](#footnote-27). In un contesto generale di relazioni tra legge e giurisprudenza altamente problematico nel quale sono intervenuti sia il giudice europeo[[28]](#footnote-28), sia quello di legittimità[[29]](#footnote-29) il giudice amministrativo ha costruito un sistema in cui, a fianco di situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa tipizzate dal legislatore[[30]](#footnote-30), vengono individuate, a mo’ di decalogo, altre situazioni non tipizzate ritenute spie, situazioni sintomatiche o indizi del condizionamento mafioso[[31]](#footnote-31). Queste situazioni indiziarie, individuate e codificate in via pretoria dalla giurisprudenza amministrativa, sviluppano e completano le indicazioni legislative e aspirano a creare un vero e proprio sistema di tassatività sostanziale, con la conseguenza che le condizioni in presenza delle quali un diritto costituzionalmente protetto può essere soggetto a limitazioni si ritrovano in questo insieme di disposizioni normative e indicazioni giurisprudenziali[[32]](#footnote-32).

La premessa legittimante la tassativizzazione di matrice giurisprudenziale è stata precisata dalla Corte costituzionale nel momento in cui ha ritenuto infondate le censure sollevate in ordine all’incompatibilità di una disciplina dell’informazione antimafia composta di indicazioni legislative e di situazioni indiziarie pretorie con il principio di legalità sostanziale che presiede all’esercizio di ogni attività amministrativa[[33]](#footnote-33). Se costante è l’orientamento secondo cui in ambito penale “l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”, con la conseguenza che lì l’interpretazione tassativizzante non ha diritto di cittadinanza[[34]](#footnote-34); invece, al di fuori della materia penale e quindi nel contesto pubblicistico delle misure di prevenzione il dettato legislativo può ben essere precisato e sufficientemente determinato da una giurisprudenza, “costante e uniforme”, la quale si trova così ad esplicitare le condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente protetto[[35]](#footnote-35).

Si assiste dunque alla configurazione non tanto di un unico diritto afflittivo in senso lato, che accumunerebbe diritto penale e diritto amministrativo sanzionatorio, sulla base dei noti criteri *Engel*[[36]](#footnote-36), quanto piuttosto di una inedita legalità giurisprudenziale, che trova cittadinanza nel solo diritto amministrativo. La dottrina ha espresso perplessità sia sulla compatibilità costituzionale e convenzionale di un sistema in cui una tipizzazione giurisprudenziale dovrebbe assicurare la tassatività sostanziale nel caso di applicazione di misure in grado di produrre pesanti effetti restrittivi sulle sfere giuridiche dei destinatari, sia sulla difficoltà di individuare in materia una giurisprudenza “costante e uniforme” in tema di interpretazione di disposizioni legislative “caratterizzante dall’uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”[[37]](#footnote-37); ciò in ragione dell’esistenza di oscillazioni e contrasti, come testimoniato dalla vivace dialettica in materia tra il Consiglio di Stato e il Consiglio per la giustizia amministrativa della Regione Sicilia. I due motivi di perplessità appena precisati risultano tra loro strettamente intrecciati, se si considera che la giurisprudenza del Consiglio per la giustizia amministrativa della Regione Sicilia tende a fornire una lettura maggiormente incline a valorizzare la dimensione sanzionatoria delle misure amministrative rispetto a quella preventiva, sulla falsariga del giudice convenzionale, affermando a chiare lettere che i provvedimenti in questione “impattano … con diritti fondamentali che spettano a tutti … e producono a volte effetti devastanti di gran lunga più gravi delle sentenze penali”[[38]](#footnote-38).

Le criticità appena menzionate possono essere attenuate da un’altra tipologia di tassatività, e cioè dalla tassatività processuale. Se la tassatività sostanziale è relativa alla garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità, la tassatività processuale concerne le modalità di accertamento probatorio in giudizio e quindi lo standard probatorio richiesto per reputare sussistente il pericolo di infiltrazione mafiosa. Ciò conduce al cuore del problema delle clausole generali dato da quella “spirale ermeneutica tra fatto e diritto” che avvolge come un vortice l’interprete[[39]](#footnote-39).

Di regola il rischio di condizionamento mafioso viene valutato in base al criterio del “più probabile che non” e non del criterio, rispondente alla logica penalistica, della “certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio”[[40]](#footnote-40). La giurisprudenza ritiene infatti che quest’ultimo criterio si debba applicare unicamente nel diritto penale, in cui viene in gioco la libertà personale dell’imputato, e non nel diritto amministrativo, che riguarda la legittimità del provvedimento interdittivo antimafia, ispirato alla diversa logica preventiva[[41]](#footnote-41). Torna qui il presupposto sottostante all’intera impostazione data alla problematica dell’interpretazione delle clausole generali nella disciplina delle informazioni antimafia: la misura amministrativa avrebbe una funzione preventiva e non sanzionatoria, a dispetto del suo contenuto realmente afflittivo, con la conseguenza che non solo il dettato normativo può essere progressivamente precisato dalla giurisprudenza, a differenza di quanto accade nel diritto penale, ma anche che i criteri probatori siano differenti da quelli vigenti in ambito punitivo[[42]](#footnote-42).

Tuttavia, sempre e in ogni caso, a prescindere dalla puntualità o elasticità delle disposizioni normative, anche il giudice amministrativo, al pari di ogni altro giudice, è tenuto a stabilire se una certa situazione rientri o meno nella fattispecie contemplata dalla norma. La contestualizzazione o concretizzazione della disposizione normativa contenente clausole generali o concetti giuridici indeterminati è un’operazione che attiene ad una *quaestio juris[[43]](#footnote-43).* Pertanto, nel caso di interpretazione definente, in cui il giudice indica la tipologia di fatti che l’amministrazione deve prendere in considerazione quando effettua le valutazioni affidatele dalla legge, il giudizio sulla rilevanza dei fatti non avviene “in una sorta di vuoto normativo”, come se l’imprecisione della norma attribuisse all’amministrazione un margine di valutazione dei fatti libero dal diritto. Il giudizio sulla rilevanza dei fatti si appoggia su un’interpretazione della norma che debba tenere conto “non solo dell’esigenza della specifica funzione amministrativa, ma anche della posizione dei soggetti sacrificati dal suo esercizio”[[44]](#footnote-44).

Ciò comporta che non sia tanto il ricorrente gravato dell’onere di dimostrare l’insussistenza del presupposto di una misura di prevenzione, quanto piuttosto sia l’amministrazione gravata dell’onere di dimostrare la sussistenza di tale presupposto, esaminando, con cura e imparzialità, tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui trattasi e palesandoli puntualmente. In questa logica il ricorso a un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma implica una prognosi fondata sulla regola causale del “più probabile che non” finisce per attenuare il particolare onere probatorio che dovrebbe gravare sull’amministrazione nel caso di valutazioni complesse[[45]](#footnote-45).

Di conseguenza, merita un plauso la giurisprudenza, che sottopone la valutazione amministrativa a un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo, rileggendo il criterio del più probabile che non con l’affermazione che il giudice amministrativo deve “valutare la gravità del quadro indiziario ..., con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo” e con il potere “di sindacare l’esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti”, in modo da lasciar ritenere altamente verosimile il pericolo di infiltrazione mafioso, e di “apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l’autorità amministrativa trae da quei fatti”[[46]](#footnote-46).

Unicamente in questa maniera il giudice si fa attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale – che sono un’endiadi – ed è possibile salvaguardare contemporaneamente l’elasticità della clausola generale e le garanzie dei cittadini.

1. \* Relazione al Convegno “L’interpretazione nel diritto amministrativo tra legalità e discrezionalità”,

Roma, Tribunale Amministrativo del Lazio, 17 novembre 2023

 Sul fenomeno in generale, ampiamente indagato in dottrina, cfr., da ultimo, L. Nivarra, *Introduzione* a J.W. Hedemann, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pisa, 2022, 9-45; A. Gambaro*, Clausole generali in relazione ai principi e ai valori*, in R. Lener, M. Rabitti, F. Sartori, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Le clausole generali nel diritto dell’economia*, Torino, 2024, 19 ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. In tema cfr., recentemente, L. Benvenuti*, Postfazione. La discrezionalità amministrativa nella lente dei suoi interpreti*, in *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, Pisa, 2023, 261 ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. G. Corso, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 71 ss.; sul fenomeno in generale il rinvio, d’obbligo, è a N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 36 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Il virgolettato è tratto da V. Velluzzi, *Semantica e politica del diritto delle clausole generali*, in R. Lener, M. Rabitti, F. Sartori, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Le clausole generali nel diritto dell’economia*, cit., 9 ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Da ultimo cfr. A. Punzi, *Le clausole generali e le sfide della complessità. Integrazione valutativa, comunità dell’argomentazione e intelligenza artificiale*, in R. Sacchi (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2021, 69 ss., 72. [↑](#footnote-ref-5)
6. M. Clarich, in M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 40 ss.; S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss. [↑](#footnote-ref-6)
7. Questo fenomeno è puntualmente indagato da M. Clarich, *op. cit*., 32 ss., cui si rinvia anche per l’equivalenza terminologica tra clausole generali e concetti giuridici indeterminati. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Relazione allo Schema definitivo del Codice dei contratti pubblici del Consiglio di Stato*, 7 dicembre 2022*,* consultabile in *https://www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Si pensi al sintagma indeterminato del divieto di abuso di posizione dominante, in cui la fattispecie è individuata facendo riferimento a una valutazione affidata all’interprete che è guidato nella sua attività da esemplificazioni normative (art. 102 T.F.U.E. e art. 3 della legge n. 287/1990). [↑](#footnote-ref-9)
10. Sul punto si rinvia a F. Ghezzi e G. Olivieri, *Diritto antitrust*, III ed., Torino, 2023, 235 ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. Per un’analisi di queste dinamiche cfr. F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, 2023. [↑](#footnote-ref-11)
12. Su questo fenomeno cfr. R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., 538 ss. [↑](#footnote-ref-12)
13. Può rivestire un qualche interesse notare che invece la giurisprudenza amministrativa utilizza l’espressione “standard valutativi” in tutt’altro significato rispetto a quello impiegato dalla giurisprudenza di legittimità, intesa quest’ultima a scongiurare lo scivolamento verso il soggettivismo tramite peculiari presidi di tipo pretorio. Nella giurisprudenza amministrativa l’espressione ricorre esclusivamente in materia di concorsi universitari per precisare che le procedure di reclutamento “sono disciplinate da normative di rango e contenuto diverso, quali la legge n. 240/2010, i regolamenti attuativi, i regolamenti delle singole Università, gli standard valutativi elaborati e accettati da diverse istituzioni e comunità scientifiche a livello nazionale e internazionale” (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. VII, 5 gennaio 2024, n. 223). [↑](#footnote-ref-13)
14. Da ultimo Cass. civ., sez. lav., ord. 9 marzo 2023, n. 7029; 19 gennaio 2023, n. 1591, ma cfr. anche sent. 26 marzo 2018, n. 7426; ord. 3 dicembre 2018, n. 31155; sent. 13 dicembre 2010, n. 25144. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cass. civ., sez. lav., sent. 21 aprile 2022, n. 12789. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ancora Cass. civ., sez. lav., sent. n. 12789/2022, cit. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cass. civ., sez. lav., ord. n. 7029/2023, cit. [↑](#footnote-ref-17)
18. M. Clarich, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., 20 ss. [↑](#footnote-ref-18)
19. M. Luciani, *Ogni cosa a suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 239. [↑](#footnote-ref-19)
20. “Un contenuto della clausola generale che non avesse trovato alcuna traduzione in qualche norma a fattispecie non si saprebbe da dove potrebbe essere attinto se non dai personali convincimenti dell’interprete. L’aggancio alle norme a fattispecie, invece, non fa rientrare dalla finestra una staticità che si voleva cacciata dalla porta, ma permette di cogliere la clausola generale nel dialettico svolgimento dei suoi rapporti con le norme puntuali” (M. Luciani, *op. cit.,* 241-242). [↑](#footnote-ref-20)
21. Questo processo di emersione degli interessi legittimi è magistralmente descritto da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, VI ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro, 113-115. [↑](#footnote-ref-21)
22. Su questo specifico punto sia consentito rinviare a M. Ramajoli, *Art. 5*, in R. Villata e M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, in corso di pubblicazione. [↑](#footnote-ref-22)
23. Così A. Travi, *L’interpretazione della norma amministrativa*, in questa *Rivista*, richiamando la riflessione di Santi Romano in una voce dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*. [↑](#footnote-ref-23)
24. M. Clarich, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., 34 ss. [↑](#footnote-ref-24)
25. La tecnica è comunque impiegata anche in altri ambiti dell’agire amministrativo, come ad esempio in materia di foglio di via obbligatorio, ove è parimenti cospicua la giurisprudenza; cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 484; 6 novembre 2019, n. 7575. [↑](#footnote-ref-25)
26. In questi termini Cons. giust. amm. reg. sic., 28 agosto 2017, n. 379. [↑](#footnote-ref-26)
27. B. Tonoletti, voce *Ordine e sicurezza pubblica*, in *Enc. Dir., I tematici. Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 791 ss., spec. 811 ss. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, in tema di misure di prevenzione; sulla decisione cfr. F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cass., sez. un., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, con nota di G. Biondi, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 comma 2, D. Lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ad esempio, la condanna per delitti sicuri indicatori della presenza mafiosa (art. 84, comma 4, lett. a) o la condanna per reati strumentali alle organizzazioni criminali (art. 91, comma 6). [↑](#footnote-ref-30)
31. “L’autorità prefettizia deve valutare perciò il rischio che l’attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: *a)* i provvedimenti ‘sfavorevoli’ del giudice penale; *b)* le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; *c)* la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d. lgs. n. 159 del 2011; *d)* i rapporti di parentela; *e)* i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; *f)* le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa; *g)* le vicende anomale nella concreta gestione dell’impresa; *h)* la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi ‘benefici’; *i)* l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità” (Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, che rappresenta il *leading case* in materia). In termini Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2019, n. 758; 3 aprile 2019, n. 2211. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cons. Stato, sez. III, 16 gennaio 2023, n. 491; 30 giugno 2020, n. 4168; 8 giugno 2020, n. 3641; 5 settembre 2019, n. 6105; n. 1743/2026, cit.; 7 ottobre 2015, n. 4657. [↑](#footnote-ref-32)
33. Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, su cui M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur.it*., 2020, 1479 ss.; M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-33)
34. Cfr., da ultimo, Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24. [↑](#footnote-ref-34)
35. Corte cost., n. 57/2020, cit. [↑](#footnote-ref-35)
36. Il giudice convenzionale, a partire dalla nota decisione Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel and Others v. the Netherlands, §§ 81 e 82, utilizza il criterio dell’effettiva lesività di una misura al fine di stabilire a quale genere e a quale livello di garanzie essa debba essere sottoposta. Sul punto e anche per una critica alla giurisprudenza costituzionale in materia cfr. G. Amarelli, *Interdittive antimafia e “valori fondanti della democrazia”: il pericoloso equivoca da evitare*, in *www.giustiziainsieme.it*. [↑](#footnote-ref-36)
37. Condizione espressamente richiesta dalla Consulta per riconoscere la legittimità dell’interpretazione tassativizzante (Corte cost., n. 24/2019, cit., punto 12 del Considerato in diritto; n. 57/2020, cit., punto 5 del Considerato in diritto). [↑](#footnote-ref-37)
38. Così Cons. giust. amm. reg. sic., 29 luglio 2017, n. 713. [↑](#footnote-ref-38)
39. Di spirale ermeneutica tra fatto e diritto parlano le sezioni unite della Cassazione a far data dalla decisione 22 febbraio 2012, n. 2572. [↑](#footnote-ref-39)
40. “… Sia sufficiente accertare che l’ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe assieme, ossia rappresenti il 50 % + 1 di possibilità”; così Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483; 7 ottobre 2015, n. 4657. [↑](#footnote-ref-40)
41. Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173; 26 aprile 2017, n. 1923; 3 maggio 2016, n. 1743. [↑](#footnote-ref-41)
42. Per l’emanazione dell’interdittiva non occorre “provare l’intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali — secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale — sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata” (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343). [↑](#footnote-ref-42)
43. In questo senso, con particolare chiarezza, A. Travi, *Recensione a Ernesto Fabiani, Clausole generali e sindacato della Cassazione, con prefazione di Michele Taruffo*, in *Dir. pubbl*., 2005, p. 663 ss.; Id., *Giurisdizione e amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta,(a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 3 ss.; Id., *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, in Aa.vv., *La protección de los derechos frente al poder de la administracion. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Caracas, 2014, 755 ss. [↑](#footnote-ref-43)
44. B. Tonoletti, *Il sindacato sugli atti valutativi di giudizio*, in F. Francario e M. A. Sandulli (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, 2023, Napoli, 75 ss., 90. [↑](#footnote-ref-44)
45. In tema cfr. anche F. Fracchia e M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell’interesse pubblico*, in *Dir. econ*., 2018, 1125 ss., spec. 1143 ss. [↑](#footnote-ref-45)
46. Particolarmente chiara sul punto è Cons. St., sez. III, 28 giugno 2022, n. 5375. [↑](#footnote-ref-46)