

LUISS 

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di European Administrative Law

La discrezionalità nel diritto amministrativo europeo

Chiar.mo Prof. Aristide Police

RELATORE

Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

CORRELATORE

Edoardo Giovannelli
Matr. 148343

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

Indice

Introduzione	4
Capitolo I: Ricostruzioni delle principali nozioni di discrezionalità amministrativa in Europa	8
1. La discrezionalità amministrativa negli ordinamenti nazionali.....	8
2. Il potere discrezionale in Italia.....	10
2.1. <i>Cenni introduttivi</i>	10
2.2. <i>La discrezionalità del legislatore e del giudice</i>	11
2.3. <i>Possibili configurazioni del potere amministrativo: discrezionalità e vincolatezza</i>	13
2.4. <i>Le origini del dibattito dottrinale sulla discrezionalità</i>	15
2.5. <i>La discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi</i>	16
2.6. <i>Il ruolo della discrezionalità nella qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive</i>	17
3. Il <i>pouvoir discrétionnaire</i> francese.....	19
4. Il modello tedesco di discrezionalità basato sullo studio della norma giuridica.....	24
5. <i>Executive discretion</i> nell'ordinamento inglese	32
Capitolo II: Il potere discrezionale nel diritto europeo	38
1. La discrezionalità delle Amministrazioni europee. Cenni introduttivi.....	38
2. La pubblica Amministrazione europea: profili evolutivi di un processo ancora in fase di completamento	40
3. Le ragioni sottostanti alla discrezionalità europea.....	45
4. Le caratteristiche della discrezionalità amministrativa europea	49

5. L'incidenza dell'interesse pubblico europeo sulla concezione di discrezionalità.....	57
6. La norma attributiva del potere.....	61
6.1. <i>Diritto primario</i>	62
6.2. <i>Diritto derivato</i>	65
7. Notazioni su alcuni aspetti salienti della discrezionalità delle Amministrazioni europee.....	68
8. Il sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea.....	71
Capitolo III: I diversi tipi di discrezionalità.....	75
1. I vari elementi a cui si riferisce la discrezionalità e la loro riscontrabilità nel diritto europeo.....	75
2. La discrezionalità sull' <i>an</i>	76
3. La discrezionalità sul <i>quid</i>	78
4. La discrezionalità sul <i>quando</i>	81
5. La discrezionalità sul <i>quomodo</i>	84
Capitolo IV: Gli ambiti di discrezionalità delle istituzioni europee e il rapporto con i poteri vincolati.....	87
1. Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e poteri vincolati.....	87
2. La discrezionalità della Commissione europea: alcuni esempi.....	91
2.1. <i>La funzione esecutiva della Commissione</i>	91
2.2. <i>La discrezionalità della Commissione in materia di aiuti di Stato</i>	92
2.2.1. Gli aiuti di Stato nel diritto della concorrenza europeo.....	92
2.2.2. La scelta circa l'esistenza dell'aiuto: interpretazione o discrezionalità?.....	94
2.2.3. Il momento tipico della discrezionalità: la compatibilità dell'aiuto di Stato.....	99
2.2.4. Altri profili di discrezionalità.....	102
2.3. <i>Gli atti delegati e di esecuzione: l'incerto confine tra discrezionalità amministrativa e legislativa</i>	103

2.3.1.	La nuova formulazione degli articoli 290 e 291 TFUE prevista dal Trattato di Lisbona.....	103
2.3.2.	L'articolo 290 TFUE: il trasferimento di una discrezionalità paranormativa	105
2.3.3.	Gli atti di esecuzione e la discrezionalità attraverso la comitatologia.....	107
3.	Le agenzie europee tra discrezionalità e tecnica.....	108
4.	I limiti che presiedono all'esercizio del potere discrezionale.....	113
4.1.	<i>Libertà e limiti alla discrezionalità</i>	113
4.2.	<i>I principi procedurali interferenti con la discrezionalità. Un accenno.....</i>	115
4.3.	<i>I Principi sostanziali che guidano e limitano le scelte discrezionali</i>	116
5.	Il cosiddetto autovincolo della discrezionalità come strumento anticipazione della scelta.....	119
	Conclusioni	126
	Bibliografia	129

Introduzione

La discrezionalità è uno degli istituti più caratteristici del diritto amministrativo. I primi studi e le prime ricostruzioni di questa risalgono al 1800 e sono da attribuire alla dottrina francese, che la concepiva come quello spazio di decisione riservato all'Amministrazione ed insindacabile da parte del giudice, prendendo spunto dalla teoria del principio di separazione dei poteri elaborato da Montesquieu.

Trascendendo dal filo conduttore che lega la discrezionalità e la separazione dei poteri, non sembra che l'origine della prima sia da posizionare in un momento preciso. Già gli ordini regi e gli altri atti del sovrano potevano a loro modo reputarsi discrezionali in senso lato, quando limitati da delle regole vigenti, anche consuetudinarie – altrimenti il termine arbitrio sarebbe più consono, sebbene in questi esempi le due figure tendano a confondersi – . Lo stesso potrebbe dirsi degli atti dei funzionari, non solo statali ma anche di altre comunità non qualificabili come Stati, quando le loro scelte non erano imposte dall'alto ed era quindi consentito ad essi di adottare delle decisioni compiendo delle scelte in merito ad esse. Le forme primitive di discrezionalità dunque erano ravvisabili in quei contesti in cui si riscontravano delle regole di qualsiasi natura, e allorché fosse individuabile un potere. Si potrebbe dunque affermare che in qualsiasi contesto in cui è presente una autorità capace di prendere delle decisioni che le altre persone sono tenute ad osservare in virtù di regole più o meno precise si può parlare di discrezionalità. Pertanto in un ordinamento giuridico può esserci la discrezionalità.

Se ci focalizziamo sul tema in un'ottica più moderna, inquadrando la discrezionalità come il margine di apprezzamento all'interno del quale una qualsiasi pubblica Amministrazione deve effettuare una scelta per l'attuazione della legge nel caso concreto, ecco che il fenomeno discrezionale non pare più soltanto possibile, ma anche necessario. Di necessità in chiave moderna sicché si può parlare laddove si verificano le condizioni dello stato di diritto, in cui tutte le autorità

pubbliche sono vincolate al rispetto della legge. Non potendo la legge regolare tutti i casi della vita, e soprattutto, dal punto di vista del diritto amministrativo, la protezione degli interessi pubblici che lo richiedono in ogni possibile circostanza concreta, il potere discrezionale diviene in diverse misure imprescindibile per l'effettiva (migliore) cura dell'interesse pubblico da parte delle Amministrazioni pubbliche.

È per queste ragioni che la discrezionalità è ineludibile in qualsiasi ordinamento giuridico non solo di tipo nazionale. Essa si manifesta così anche negli ordinamenti sovranazionali dotati una struttura organizzativa amministrativa.

In questo modo veniamo a trattare dell'oggetto di questa tesi: la discrezionalità nel diritto amministrativo europeo. Posta la premessa per la quale nessun sistema amministrativo può prescindere da una qualifica discrezionale di parte del suo potere, anche l'ordinamento giuridico europeo, che possiede un proprio diritto amministrativo, è interessato dalla discrezionalità.

Il tema merita di essere discusso esaminando l'istituto dal punto di vista dell'organizzazione europea e delle sue specificità, fra tutte il suo carattere sovranazionale. Si intersecano nel diritto europeo procedimenti di produzione di norme sovranazionali ad altri intergovernativi. Questa duplicità si ripercuote anche sul diritto amministrativo europeo. I procedimenti amministrativi sono infatti significativamente variegati, mescolandosi situazioni in cui sono gli Stati membri a dover provvedere all'applicazione delle norme europee (espungendo in maniera radicale la discrezionalità amministrativa delle Amministrazioni europee) ad altre nelle quali sono le sole autorità europee ad assumere le determinazioni incidenti sulle situazioni giuridiche dei privati. Infine, e con sempre crescente frequenza, si vanno sviluppando forme miste che prevedono la condivisione del potere amministrativo di Amministrazioni nazionali ed europee. In questi casi la produzione di effetti giuridici nei confronti dei privati può avvenire solamente in seguito all'azione delle Amministrazioni dei due livelli, pur non essendo in pratica uniforme l'estensione del potere discrezionale delle due.

Il diritto europeo, specialmente quello amministrativo, ha attraversato diverse fasi fino ad arrivare alla complessa struttura attuale. L'evoluzione ha registrato continue tensioni, sia fra gli Stati che soprattutto tra istituzioni europee e

nazionali. Il che si è ripercosso e continua a ripercuotersi nel diritto amministrativo e nell'esercizio della discrezionalità. In questo modo sovente si contrappongono interessi di Stati fra di loro e questi con quelli europei, ciononostante i privati cittadini, destinatari ultimi delle scelte compiute dalle amministrazioni europee (nel loro insieme, comprensive di quelle nazionali e di quelle prettamente dell'Unione) devono trovare forme di protezione per tutelare le proprie situazioni giuridiche soggettive nei confronti delle autorità. La protezione di tali situazioni è, come noto, garantita in ultima istanza a livello giurisdizionale dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'atteggiarsi di quest'ultima nei riguardi degli atti frutto dell'esercizio della discrezionalità è, oltre alla morfologia dei procedimenti e delle Amministrazioni europee, che per natura, funzioni e collocamento nell'assetto ordinamentale non sono comparabili con quelli nazionali, uno degli elementi tratteggianti il potere discrezionale nell'Unione europea. Come si vedrà, la Corte ha da tempo preso atto del fenomeno della discrezionalità amministrativa e delle problematiche ad essa inerenti, non fornendo però in certi casi risposte esaustive e chiarificatrici, spesso concentrandosi più sulla base tecnica delle scelte discrezionali che su quella assiologica, che invece ricopre un ruolo di assoluto rilievo anche se non sempre palesato.

Dal punto di vista quantitativo, gli atti europei dal carattere particolare e concreto, quindi strettamente provvedimentali, sono relativamente ridotti rispetto a quegli atti di natura paranormativa similari a degli atti amministrativi generali.

Detto ciò, un connotato significativo della discrezionalità delle Amministrazioni dell'UE è la vicinanza di questa con la discrezionalità del legislatore, stanti fra l'altro le peculiarità di un diritto amministrativo poggiante direttamente sulle disposizioni dei Trattati, che hanno valore costituzionale nell'ordinamento europeo, e in alcuni casi chiamato a dare attuazione diretta alle norme in essi contenute.

Il quadro della discrezionalità nel diritto amministrativo europeo si può comprendere in primo luogo attraverso lo studio della stessa nozione condotto nei diversi Paesi, e principalmente in Italia, Francia e Germania, sulle cui orme si è concepita la discrezionalità europea. Per tal ragione il primo capitolo è dedicato alla comparazione del concetto di potere discrezionale nei tre ordinamenti anzi citati. A

queste analisi si aggiunge un accenno al modello discrezionale inglese, vista la differenza nella struttura ordinamentale, in modo tale da evidenziarne eventuali analogie e divergenze con gli esami parallelamente condotti nel continente.

Solo in un secondo momento (cap. II), muovendo da considerazioni generali e succinte concernenti la struttura amministrativa europea, il campo d'indagine verrà ristretto all'analisi della discrezionalità europea vera e propria: le considerazioni riguarderanno sia il lato normativo che quello giurisprudenziale.

Dopodiché, nel capitolo III lo sguardo sarà volto agli elementi sui quali il potere discrezionale insiste e si faranno degli esempi atti a far sì che si possano tentare conclusioni più generali.

Infine, alla valutazione degli ambiti nei quali la discrezionalità si esercita, in larga misura da parte della Commissione europea, è dedicato l'ultimo capitolo (cap. IV), in seno al quale anche il tema del rapporto con i poteri vincolati verrà analizzato. I vincoli in quella sede discussi attengono sia al diritto positivo che ai principi generali del diritto europeo, che la Corte di giustizia dell'UE spesso impiega come parametro per testare la legittimità del potere esercitato discrezionalmente.

Capitolo I

Ricostruzione delle principali nozioni di discrezionalità amministrativa in Europa

SOMMARIO: La discrezionalità amministrativa negli ordinamenti nazionali. – 2. Il potere discrezionale in Italia. – 2.1. Cenni introduttivi. – 2.2. La discrezionalità del legislatore e del giudice. – 2.3. Possibili configurazioni del potere amministrativo: discrezionalità e vincolatezza. – 2.4. Le origini del dibattito dottrinale sulla discrezionalità. – 2.5. La discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi. – 2.6. Il ruolo della discrezionalità nella qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive. – 3. Il *pouvoir discrétionnaire* francese. – 4. Il modello tedesco di discrezionalità basato sullo studio della norma. – 5. *Executive discretion* nell'ordinamento inglese.

1. La discrezionalità amministrativa negli ordinamenti nazionali

Un'analisi approfondita della discrezionalità amministrativa nel diritto dell'Unione europea non può prescindere da alcuni cenni alle principali nozioni e concezioni del potere discrezionale elaborate negli Stati membri. Il diritto europeo, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Roma fino ad oggi¹, si è infatti formato impiegando e “armonizzando” alcuni degli istituti giuridici appartenenti ai vari contesti nazionali. Questo può dirsi avvenuto, nel caso di specie, anche per la discrezionalità amministrativa, concepita e studiata nella tradizione giuspubblicistica plurisecolare degli ordinamenti dei Paesi membri.

¹ Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea firmato a Roma il 25 marzo 1957.

Tuttavia, non costituendo il diritto europeo una “sommatoria” o un minimo comune denominatore dei sistemi giuridici degli Stati membri, lo studio della discrezionalità amministrativa in quest’area del diritto richiede una valutazione specifica, che non può del tutto confondersi con lo studio del diritto delle diverse realtà nazionali. Pertanto, essendo la trattazione contenuta nel presente elaborato finalizzata all’esame della discrezionalità europea, questo capitolo non ha velleità di trattare omnicomprensivamente tutte le dinamiche dell’istituto nei Paesi europei, ma mira a fornire una chiave di lettura per la migliore comprensione dei capitoli seguenti.

Verranno quindi esaminati sinteticamente i tratti salienti dei modelli di discrezionalità francese, italiano, tedesco ed anglosassone, che rappresentano il nucleo attorno al quale si è sviluppato il diritto europeo e, di conseguenza, la discrezionalità europea.

L’eterna tensione che avvolge la discrezionalità amministrativa quale prerogativa dell’Amministrazione alla luce del principio di separazione dei poteri è riferita alla misura del *quantum* di potere valutativo che può essere considerato monopolio dell’esecutivo e non assoggettabile al controllo del giudice. Se infatti esigenze efficientistiche potrebbero far propendere per una estensione lata del potere discrezionale, altre istanze sono invece appannaggio della garanzia del privato, assicurata in ultimo luogo dal giudice tramite il sindacato sugli atti del potere. Il problema ivi accennato ha costituito un “autentico assillo”² per la dottrina e non si è del tutto risolto, sebbene lo studio dell’eccesso di potere in Italia, e delle omologhe tecniche di controllo degli atti amministrativi negli altri Paesi, abbiano permesso una più incisiva giustiziabilità degli atti discrezionali, pur senza privare le Amministrazioni delle proprie prerogative, rimanendo sicché nell’area della legalità e non sconfinando nel merito (*opportunité*).

² S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 6^a ed., Garzanti, Milano, 2000, p. 444.

2. Il potere discrezionale in Italia

2.1. Cenni introduttivi

L'attenzione per il potere discrezionale in Italia si è avuta pressoché parallelamente a quanto avvenuto in Francia e in Germania. La ragione della maggiore profondità di analisi che in questo scritto viene data al modello italiano non significa così che le tesi italiane abbiano riscosso più adesione delle altre, sebbene l'argomento sia stato studiato minuziosamente sì da fare concepire teorie illuminate e per certi versi risolutive riguardo al tema della discrezionalità³. La scelta dell'ordine espositivo qui adottato risiede dunque nel fatto che questo lavoro chiude un percorso quinquennale di studio in un'università italiana: l'esperienza e la formazione dell'autore sono per ovvie ragioni in maggior misura legate al diritto nazionale. Lo spazio riservato all'analisi del contesto giuridico italiano è quindi predominante. Allo stesso modo, laddove nei prossimi capitoli verranno tracciate delle distinzioni tra la discrezionalità europea e quella nazionale, la maggior parte dei riferimenti riguarderanno l'ordinamento italiano.

Generalmente la discrezionalità amministrativa viene descritta come il margine di apprezzamento di cui gode l'Amministrazione nell'esercizio del potere. Tale definizione esige però alcune specificazioni; sebbene l'attività discrezionale sia essenzialmente uno spazio di libertà, ad essa corrispondono degli ulteriori tratti caratteristici che contribuiscono a contraddistinguerla⁴.

³ Sulla parziale ineffettività dell'impatto della ricostruzione di Giannini, dominante in Italia, sugli studi francesi e tedeschi, v. F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, n. 4, p. 1045, 1068.

⁴ Il termine "attività discrezionale" non è caro a Giannini, che indica come discrezionale sia il potere e non l'attività che comprende quel potere. Si aggiunga che la parola "attività" rimane ambigua ed equivocabile. L'attività è difatti, in sintesi, sia la serie di azioni che compie l'Amministrazione per realizzare l'interesse pubblico, e che può implicare l'esercizio di un potere discrezionale, sia l'insieme di operazioni attraverso le quali si esplica il potere. Se per quanto riguarda il secondo intendimento non paiono esserci ostacoli ad attribuire l'aggettivo "discrezionale" all'attività, nel primo caso è forse improprio accostarle tale attributo. In sintesi, l'attività discrezionale è la parte di quell'attività nella quale un potere esercitato è discrezionale. Infatti, come nota Giannini, può dirsi discrezionale un'attività nella quale viene esercitato il potere discrezionale (M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 12 ss.). Ciononostante, la dottrina contemporanea non esita a parlare di "attività discrezionale" della pubblica Amministrazione; lo stesso verrà fatto in questo scritto, con l'avvertenza che, delle due concezioni prima elencate, solo la seconda potrà essere attività discrezionale. v. F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1046, secondo cui fra i termini "potere discrezionale", "attività discrezionale" e "discrezionalità" vi è una differenza

Le ricostruzioni contemporanee italiane del potere discrezionale muovono per lo più dagli studi di Giannini, che lo qualificava come «il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»⁵. In questa nozione si evidenziano gli elementi salienti della complessa tesi di Giannini. Fermo restando che la discrezionalità consiste nello svolgere un apprezzamento, a caratterizzare questa definizione è essenzialmente l'aspetto legato all'attuazione della norma amministrativa. Tali parole, difatti, tracciano una linea di demarcazione tra la discrezionalità amministrativa e l'attività c.d. libera o altri tipi di discrezionalità relativi a poteri non amministrativi⁶.

Su quest'ultimo aspetto si ritiene conveniente spendere qualche riga, stante la sua ricorrenza sia nelle opere di diritto italiano che in quelle che affrontano il diritto europeo. Nell'ambito del diritto pubblico, di fianco a quella di discrezionalità amministrativa, sovente ricorrono le espressioni “discrezionalità legislativa” e “discrezionalità giudiziaria”. Nonostante questi concetti non esauriscano le possibili sfaccettature della discrezionalità, essi sono propedeutici all'inquadramento dell'attività dei pubblici poteri nella realtà giuridica⁷.

2.2. La discrezionalità del legislatore e del giudice

Tradizionalmente si suole distinguere tra le forme di discrezionalità caratterizzanti l'attività di tutti e tre i poteri dello Stato. Se si assume come presupposto che la discrezionalità sia la facoltà di “libera scelta” tra più soluzioni

“concettuale astratta”, quindi sottolineando come Giannini volesse con tale precisazione semplicemente fugare le tesi per le quali l'attività discrezionale sarebbe stata un'attività libera non riconducibile all'attuazione di legge.

⁵ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 52.

⁶ *Ibid.*, p. 104 ss.

⁷ Tra le altre versioni della discrezionalità, si può ricordare la controversa discrezionalità tecnica, sulla quale si tornerà in seguito. La discrezionalità, ovviamente, non rappresenta una prerogativa dei pubblici poteri, ma appartiene anche ai privati, sebbene questa non debba essere confusa con la c.d. autonomia privata. v. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 115 ss.

possibili spettanti a un soggetto, allora essa si riscontra sussistere, oltre che in capo alla pubblica Amministrazione, anche in capo alle autorità legislativa e giudiziaria⁸.

È pacifico che il legislatore sia libero di adottare le soluzioni che ritiene politicamente opportune; all'interno dei limiti tracciati dalla Costituzione, esso può agire secondo il suo apprezzamento. Il giudizio di costituzionalità eventualmente rappresenta la sede dove l'esercizio della discrezionalità legislativa può essere censurato⁹. Il margine libero in questo caso risulta molto ampio.

Un simile margine di autonoma scelta è riscontrabile anche nell'attività del giudice¹⁰. Nel decidere una controversia questi possiede uno spazio di apprezzamento sotto vari profili. Si pensi, ad esempio, alla valutazione dei fatti, alla interpretazione delle norme o alla determinazione della pena edittale. Sebbene sia indiscutibile che in uno Stato di diritto il giudice sia soggetto alla legge e che questa egli debba applicare, vi saranno sempre dei margini di scelta per ogni giudice. Se così non fosse, l'attività giudiziaria sarebbe derubricata a una meccanica applicazione delle leggi. Al contrario, se si riconosce che il giudice svolge un'attività perlopiù logica, allora si dovrà ammettere l'esistenza di un suo margine di scelta.

Ad avviso di alcuni autori, discutere di libertà del giudice sarebbe fuorviante tanto da far sfumare la distinzione tra il margine di autonomia nell'interpretazione e la volontaria scelta di quale valore attribuire a un determinato interesse pubblico al cospetto di altri interessi rilevanti. Solo in alcune ipotesi il giudice effettua una vera e propria ponderazione di interessi, come rilevato a suo tempo da Giannini, che ammette l'esistenza di una discrezionalità solo in quegli specifici casi (quali, ad es., le decisioni di sospendere una vendita nei procedimenti di esecuzione forzata, mentre negli altri, in luogo della volontà, il giudice manifesterebbe una semplice opinione)¹¹. Alla luce di quanto esposto in estrema sintesi, è possibile ammettere una discrezionalità giudiziaria *lato sensu*, purché questa si identifichi

⁸ A. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, nel volume di AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 140.

⁹ Costituzione della Repubblica italiana, G.U. 27 dicembre 1947, n. 298, art. 134.

¹⁰ Per quanto riguarda la dottrina francese, Michoud non esita a definire una tale potere del giudice e del legislatore come discrezionale (L. MICHOU, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'université de Grenoble*, 1913, n. 25, 3, p. 429, 434 ss).

¹¹ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 111.

con il limitato margine di apprezzamento che spetta al giudice quando è chiamato a decidere una controversia e non con una libertà vera e propria.

2.3. Possibili configurazioni del potere amministrativo: discrezionalità e vincolatezza

Il potere amministrativo può strutturarsi in vario modo; tra le diverse possibili differenziazioni è specialmente significativa quella dell'attività discrezionale da quella vincolata.

Ogni Amministrazione è tenuta ad applicare la legge nello svolgimento delle proprie attività; cionondimeno, quella non sempre assume la stessa conformazione. In alcune situazioni la norma che attribuisce alla p.A. il potere di agire per realizzare un fine pubblico può direttamente prescrivere il comportamento da adottare al verificarsi di certi presupposti. Questa soluzione non lascia particolari margini di apprezzamento, dal momento che l'agente deve fare in modo di verificare correttamente le condizioni di esercizio del potere e di esercitarlo conseguentemente. La legge si può dire che in simili ipotesi imponga all'agente la condotta da tenere senza lasciargli alcun margine di manovra. Dal punto di vista giurisdizionale, il giudice stesso può valutare se l'azione dell'Amministrazione è conforme alla legge (o ad altre norme giuridiche) e, quando l'esito del giudizio è negativo, procedere alla censura dell'atto. Appare incontestabile il fatto che l'attività dell'Amministrazione è in simili circostanze meno significativa, non risaltando le sue competenze di curatrice dell'interesse pubblico e difettando una manifestazione di volontà.

Il ruolo dell'Amministrazione nella cura degli interessi pubblici emerge con maggiore nettezza quando il potere amministrativo conferitole dalla norma implica una scelta che esprime la volontà della p.A. Ciò si verifica allorché al potere pubblico è richiesto di indicare quale interesse tutelare nel caso concreto (giacché gli interessi non vivono isolati e quindi la protezione dell'uno può pregiudicarne un altro), la misura dell'intesa sua realizzazione e, infine, il mezzo più idoneo per raggiungere il risultato voluto. Il soggetto naturalmente indicato per compiere tali scelte non può che essere l'Amministrazione, che vive precipuamente per tutelare

l'interesse pubblico nel caso concreto, concretizzando i fini che la legge è in grado di definire solo in maniera astratta, ed esercitando una competenza della quale il giudice non è munito. Per quest'ultima ragione al giudice è in principio preclusa la rivalutazione delle scelte discrezionali dell'Amministrazione; se infatti egli potesse sovrapporre le proprie scelte a quelle dell'Amministrazione, finirebbe ad essere lui il reale artefice della tutela del pubblico interesse e il ruolo dell'Amministrazione sarebbe svilito. Gli organi giurisdizionali quindi possono (e devono) controllare che l'Amministrazione si muova nel solco della legge e che lo faccia secondo i canoni dell'agente razionale. Perciò, anche gli atti amministrativi discrezionali sono sindacabili dal giudice amministrativo, purché ciò avvenga per profili di legittimità e non di merito, salvo poche e residuali eccezioni.

L'opposizione tra discrezionalità e vincolatezza è oggi esplicitata anche nel diritto positivo. Per citare due esempi rilevanti si può notare come, similmente a quanto avviene nell'ordinamento tedesco, sebbene in termini diversi, anche il codice del processo amministrativo e la legge sul procedimento amministrativo italiani contengano alcune disposizioni che richiedono la valutazione della vincolatezza o meno del potere amministrativo. A norma dell'art. 31 del codice del processo amministrativo (c.p.a.)¹², il giudice amministrativo può pronunciarsi sulla fondatezza di una pretesa del privato quando l'attività amministrativa è vincolata o non residuano, tenuto conto della fattispecie concreta, ulteriori margini per l'esercizio della discrezionalità (vincolatezza in concreto). La legge sul procedimento amministrativo, invece, esclude che un atto possa essere annullato per vizi formali o procedurali quando «per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non possa essere diverso da quello in concreto adottato»¹³.

¹² L. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*).

¹³ L. 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*), art. 21-octies, comma 2.

2.4. Le origini del dibattito dottrinale sulla discrezionalità

Prima di addentrarci nelle analisi delle dogmatiche straniere, è opportuno accennare brevemente al dibattito avutosi in Italia prima di giungere alle moderne ricostruzioni della discrezionalità, che, come anticipato, sostanzialmente muovono dall'opera di Giannini del 1939.

Tra i primi studiosi della discrezionalità amministrativa si ricorda Cammeo; egli considera tre diverse modalità di esercizio del potere. Da un lato, Cammeo colloca il potere vincolato, che sarebbe presente quando le conseguenze della norma dipendono da fatti semplici; dall'altro vi sarebbe una discrezionalità "tecnica" quando è richiesto all'Amministrazione l'apprezzamento di fatti complessi, da svolgersi valutando un fatto alla stregua di un interesse specifico dell'Amministrazione o in base a dei criteri tecnico-amministrativi. Solo la prima di queste forme non sfuggirebbe al sindacato di legittimità, che avverrebbe invece nel secondo caso come in quello di discrezionalità pura in cui l'azione non è guidata da parametri diversi da quello di equità¹⁴. La insindacabilità della coppia discrezionalità amministrativa - discrezionalità tecnica è stata sostenuta, in termini piuttosto analoghi, anche da Presutti, che segnala altresì come entrambe le fattispecie di discrezionalità implicino un apprezzamento soggettivo¹⁵.

Anche Ranelletti si è occupato della discrezionalità amministrativa come attività libera e ha ricondotto ad unità la dicotomia di discrezionalità pura e tecnica¹⁶. Come Presutti e Cammeo, anche lui considera la discrezionalità solo relativamente ai rapporti esterni, spiegando come i vincoli interni non influiscano sulla natura del potere emanato dall'Amministrazione nel suo insieme. Questa concezione non trova adesioni nell'attualità del diritto italiano come di quello europeo, nel modo che si vedrà nel capitolo IV. L'Autore richiama tre ipotesi di discrezionalità: l'assenza di una norma vincolante a garanzia dei privati; la libertà lasciata dalla norma relativa all'*an*, *quando* e *quid* dell'atto; infine, quando i

¹⁴ Sul punto, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1984, p. 24.

¹⁵ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Soc. ed. libraia, Milano, 1911, p. 5 - 18.

¹⁶ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Pierro, Napoli, 1912, p. 360 ss.

presupposti rispetto ai quali la norma condiziona l'azione possono essere accertati solo «mediante un apprezzamento subiettivo di esigenze e interessi collettivi»¹⁷.

Nel secondo dopoguerra l'analisi della dottrina è ricaduta prevalentemente sulla discrezionalità tecnica, da molti, compreso Giannini, distinta dalla discrezionalità amministrativa; alcuni autori hanno perfino negato il senso del termine discrezionalità quando accompagnato dall'attributo "tecnico"¹⁸. Ciò premesso, è opportuno guardare più da vicino la dottrina sviluppatasi a partire da Giannini della discrezionalità come ponderazione di interessi.

2.5. La discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi

Il carattere peculiare della discrezionalità amministrativa è il suo sostanziarsi nella scelta d'azione in relazione al pubblico interesse. Quando non è la legge a predeterminare puntualmente il comportamento della pubblica Amministrazione, questa godrà di un margine di scelta fra più azioni o inazioni. Tenendo conto della finalizzazione dell'attività al raggiungimento di fini pubblici, si dà conto di quanto la scelta vada compiuta per soddisfare al meglio un certo interesse pubblico, cristallizzato anche implicitamente nella norma, di modo che Giannini descrive la discrezionalità come un margine di scelta determinato e limitato positivamente. La soddisfazione dell'interesse pubblico deve comportare il minore sacrificio possibile per gli altri interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio del potere: la valutazione dell'Amministrazione implica quindi un bilanciamento tra più interessi secondo determinazioni d'opportunità della p.A.

Gli interrogativi sorti attorno all'essenza dell'attività discrezionale amministrativa hanno a lungo impegnato la dottrina italiana. Anche sulla base di pubblicazioni straniere ci si è chiesti se all'esercizio del potere discrezionale corrispondesse un'attività volitiva piuttosto che interpretativa. La soluzione che oramai sembra essere pacificamente accolta a livello nazionale è quella per cui la discrezionalità si risolverebbe in un'attività comprendente sia momenti

¹⁷ *Ibid.*, p. 366 - 367.

¹⁸ v. F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 544.

interpretativi che volitivi, nonostante questi ultimi siano dominanti e costituiscano i tratti a tutti gli effetti distintivi del potere in questione.

Il presupposto di questa conclusione corrisponde al risultato stesso della più ampia valutazione su cosa significhi la discrezionalità. Nelle ricostruzioni moderne ove si ammette la discrezionalità essere una ponderazione di interessi, essa consisterebbe nell'attribuire un determinato valore ad un interesse pubblico in una valutazione fatta alla stregua di altri interessi. L'interesse pubblico c.d. primario sostanzialmente corrisponde al fine della norma che attribuisce alla pubblica Amministrazione il potere di agire. La finalità di una norma è quindi la cura di un interesse pubblico. L'interesse pubblico concreto risulta sicché essere quello che concretamente la Amministrazione tutelerà dopo aver bilanciato l'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

Giannini respinge le tesi elaborate sia da Jellinek che da Laun: il primo assume che la discrezionalità si sostanzia in un'attività intellettuale, il secondo, invece, la inquadra come attività volitiva¹⁹. Secondo Giannini, come detto, nel momento in cui un potere discrezionale viene esercitato, entrambe le attività coesistono: l'attività intellettuale verrebbe alla luce all'atto di stimare come la soddisfazione dell'interesse essenziale (primario) influisce sulla tutela degli altri interessi nel caso concreto, mentre la manifestazione di volontà equivarrebbe in sostanza alla assegnazione di un valore agli interessi, alla collocazione di questi in una scala e, in conclusione, alla determinazione dell'atto.

2.6. Il ruolo della discrezionalità nella qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive

L'importanza della discrezionalità amministrativa nel dibattito dottrinale si giustifica anche in rapporto alle conseguenze che dalla esistenza di questa derivano sul piano della qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive²⁰.

¹⁹ v. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 27 ss.

²⁰ Per una succinta esposizione dei tre filoni dominanti per l'attribuzione al privato di una situazione soggettiva di interesse legittimo o di diritto soggettivo, v. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, tomo I, 6^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 388 e 389.

Una tesi non pienamente condivisa, ma che comunque contiene tutt'oggi dei dogmi non trascurabili, vorrebbe la distinzione tra vincolatezza e discrezionalità all'origine della separazione fra diritto soggettivo e interesse legittimo. Sarebbe sicché opportuno selezionare le manifestazioni discrezionali del potere per isolare gli interessi legittimi, i titolari dei quali non possono prevedere con ragionevole certezza se il bene della vita a cui ambiscono sarà soddisfatto perché tra la norma ed esso vi è la mediazione di un potere discrezionale²¹.

Gli oppositori della suindicata dottrina argomentano circa una falsa corrispondenza tra potere vincolato e diritto soggettivo. Il presupposto di tale contropesi è che per la sussistenza di un diritto non sarebbe sufficiente la predisposizione di vincoli nella norma attributiva, ma questi dovrebbero essere finalizzati alla tutela del privato, onde in caso contrario alcun diritto potrebbero vantare gli amministrati²². Entrambe le posizioni mostrano delle lacune, quali ad esempio la mancanza di criteri e quindi la forte incertezza nell'interpretare se il vincolo normativo sia funzionale alla protezione del cittadino oppure no. Sta di fatto che anche i fautori della seconda tesi riconoscono la biunivocità tra potere discrezionale ed interesse legittimo, confermando con ciò l'importanza dello studio della norma amministrativa per sondare la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il privato²³.

L'essenza dell'interesse legittimo, così come, parimenti, le vicende a questo connesse, sono argomenti affrontati da tempo da numerosi autori e qui non possono che essere menzionati se non incidentalmente. Tuttavia, questo argomento ha dei forti risvolti pratici, poiché su di esso si fonda il riparto di giurisdizione in base all'art. 103 della Costituzione. Nonostante anche dei diritti soggettivi possa occuparsi il giudice amministrativo nelle "particolari materie" di giurisdizione

²¹ Questa impostazione è stata seguita da numerosi autori in diverse opere. A proposito, si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, n. 1., p. 3.

²² Sul punto, cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15^a ed., Jovene, Napoli, 1989, p. 115. L'Autore cita, quale modello di vincolo posto a tutela dell'Amministrazione e perciò insuscettibile di dar luogo a un diritto soggettivo in capo al privato, la normativa sui concorsi pubblici. Rientrerebbero invece nella categoria dei diritti soggettivi, per non discostarci dalla materia del pubblico impiego, il diritto alla retribuzione. Come criterio decisivo per l'analisi, Sandulli cita l'indagine sul fine della norma per l'ordinamento, che può essere l'offerta di una tutela piena agli individui o una tutela non piena, e solo nel primo caso verrebbero conferiti dei diritti soggettivi.

²³ In tal senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 5^a ed., il Mulino, Bologna, 2022, p. 140.

esclusiva, il riparto rimane fondamentalmente caratterizzato dalla contrapposizione tra interessi legittimi, la cui lesione può farsi valere dinnanzi ai tribunali amministrativi, e diritti soggettivi, per i quali il giudice naturale è quello ordinario²⁴. Così, visto che uno dei criteri per dirimere la questione dell'isolamento dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo si traduce nell'esegesi del rapporto amministrativo per valutare se il potere pubblico fronteggiato dal privato sia discrezionale, allora appare in tutta evidenza uno motivi di questa discussione in Italia.

3. Il *pouvoir discrétionnaire* francese

Alla dottrina francese si deve la prima elaborazione del concetto di discrezionalità (*pouvoir discrétionnaire*), che fu dapprima descritta come quella parte dell'attività amministrativa non assoggettabile al sindacato giurisdizionale in ragione del principio di separazione dei poteri che proprio in Francia, grazie a Montesquieu, vide la luce²⁵. Già nella prima metà del diciannovesimo secolo comparvero nella dottrina e giurisprudenza francesi le espressioni di “atto discrezionale”, “attività discrezionale” e “potere discrezionale”²⁶.

Così i più raffinati studi dei teorici francesi hanno preceduto di qualche anno le teoriche concepite in Italia. Questo non deve comunque indurre a ritenere che la dottrina italiana abbia acriticamente seguito e riformulato le concezioni francesi; al contrario, le scuole italiane, francesi e tedesche si sono influenzate reciprocamente durante tutta la prima metà del secolo scorso. Tuttavia, le ricostruzioni più illuminate, che maggiormente possono dirsi avere contribuito a formare una nozione “europea” di discrezionalità, e che quindi meritano un approfondimento

²⁴ Sul punto, v. A. ZITO - M.R. SPASIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, nel volume a cura di F.G. COCCA, *Giustizia amministrativa*, 8ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 74.

²⁵ D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, nel volume a cura di G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 306.

²⁶ v. F. BORRIELLO, *Il sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e l'applicazione del test di ragionevolezza da parte del Consiglio di Stato in prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi*, tesi di dottorato in diritto amministrativo, Università degli studi di Napoli Federico II, 2019, p. 18.

compatibilmente con la inevitabile brevità di questa disamina, si sono affacciate in Francia prima che in Italia.

Originariamente la dottrina francese aveva segnalato una difformità tra “*administration contentieuse*” e “*administration pure*”; solo le decisioni emanate nell’esercizio di attività del primo tipo potevano essere sottoposte al sindacato del giudice, mentre quelle relative al secondo, corrispondenti al potere discrezionale, rimanevano intangibili per gli organi giurisdizionali²⁷. Questa bipartizione, che fondamentalmente poggiava le sue basi sulla distinzione tra lesione, rispettivamente, di diritti ed interessi, fu superata parallelamente all’affermazione del ricorso per *excès de pouvoir*, che permetteva agli organi della giurisdizione amministrativa di esercitare il sindacato su quegli atti lesivi di semplici interessi. In aggiunta, è stato evidenziato come dei profili di vincolatezza siano sempre insiti in ogni attività amministrativa, e segnatamente la competenza, l’apprezzamento della situazione di fatto e di diritto esistente e la natura pubblica del fine²⁸.

L’idea di un’Amministrazione libera, nelle scelte discrezionali, da ogni vincolo, e perciò dalla possibilità di assoggettamento al contenzioso amministrativo, era già recessiva alla fine del XIX secolo. Laferrière sosteneva difatti che gli atti discrezionali potessero essere censurati sotto i profili del vizio di competenza, di forma, o di *détournement de pouvoir*²⁹. Maurice Hauriou, in un celebre commento, disconosceva la presenza di atti discrezionali interamente tali, essendo piuttosto ogni atto contrassegnato da un certo potere discrezionale («*pouvoir d’apprécier l’opportunité des mesures administratives*») da esercitarsi nei limiti segnati dalla legge³⁰.

Il *Conseil d’État* concepì dei sistemi di sindacato particolari incentrati sulla legalità (*légalité*) dell’azione amministrativa, senza cioè sconfinare nell’ambito delle valutazioni di opportunità (*opportunité*) che rimanevano prerogativa

²⁷ D. SERRIGNY, *Traité de l’organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Durand, Parigi, 1865, p. 29.

²⁸ G. VEDEL, *Droit administratif*, 5^a ed., Presses universitaires de France, Parigi, 1973, p. 319 - 320.

²⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo II, libro IV, 10^a ed., Berger - Levrault, Parigi - Nancy, 1896, p. 411 ss.

³⁰ M. HAURIOU, *La fin de la catégorie des actes discrétionnaires*, Note sous Conseil d’Etat, 31 janvier 1902, *Grazietti*, S. 1903.3.113, in *Rev. générale du droit on line*, 2015, n. 15694, www.revuegeneral.edudroit.eu/?p=15694.

dell'Amministrazione³¹. Lo stesso tribunale inaugurò poi dei sistemi peculiari che garantissero una più incisiva tutela del cittadino, quindi pervenendo a controllare l'effettività dei fatti posti alla base dell'atto, la loro corretta qualificazione giuridica, la corrispondenza tra fatti e motivi adottati nell'emanazione della decisione e, infine, la proporzionalità in un bilancio tra costi e benefici dell'azione³².

Queste aperture giurisprudenziali alludevano ad una concezione di discrezionalità strutturata sulla centralità del provvedimento, cosicché di potere discrezionale si potesse parlare a seguito dell'identificazione del carattere indeterminato di una norma – più precisamente di indeterminatezza dei *motifs*, corrispondenti alle condizioni, sia di fatto che di diritto, per l'emanazione dell'atto –³³.

Riguardo alla nozione di discrezionalità, più tesi, egualmente autorevoli, si sono susseguite in dottrina ad opera di vari autori. Michoud definiva la discrezionalità in termini negativi, come la fattispecie in cui un'autorità agisce liberamente, senza che la condotta da tenere sia dettata in anticipo da una regola di diritto³⁴. In maniera similare, Giraud individuava un potere discrezionale nelle situazioni in cui l'Amministrazione non è vincolata dalla legge al comportamento da adottare e gode così di un certo margine libero di decisione, che può consistere nella scelta sull'azione o astensione o sul contenuto dell'atto³⁵. Maurice Hauriou si soffermò invece sulla questione di *opportunité* che guida la libera decisione dell'agente pubblico³⁶. Tutte queste definizioni, come nota Scoca³⁷, condividono

³¹ Per una sintesi sulla dimensione garantistica del sistema giurisdizionale francese, si veda G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 6. Allo stesso modo, D'Alberti osserva come i valori della libertà siano riscontrabili nel contenzioso amministrativo francese in misura maggiore che negli analoghi sistemi anglosassoni, nonostante le premesse di segno autoritaristico inducessero inizialmente ad opposte conclusioni (M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 55).

³² *Ibid.*, p. 308.

³³ N. PAOLANTONIO, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, in *La discrezionalità amministrativa, profili comparati*, atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995, Giuffrè, p. 29.

³⁴ MICHLOUD, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'université de Grenoble*, cit., p. 434.

³⁵ E. GIRAUD, *Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, in *Revue générale d'administration*, 1924, n. 47, p. 193, 194.

³⁶ Nella sua opera sul *pouvoir discrétionnaire*, Waline riassume introduttivamente le tesi dominanti dell'epoca, v. M. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1930, n. 1, p. 197, 198 ss.

³⁷ SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1068.

l'assenza di riflessione sulla cura, il bilanciamento e la ponderazione dei pubblici interessi che, come si è avuto modo di rimarcare, contraddistingue il pensiero degli amministrativisti in Italia almeno dall'affermazione dell'opera di Giannini.

La possibilità del giudice amministrativo di conoscere i fatti ha influenzato profondamente il dibattito sull'estensione del potere discrezionale e sui limiti della sua insindacabilità. Sicché alla valutazione dei fatti, ivi compresa la qualificazione giuridica di questi, fu assegnato un significato completamente diverso rispetto alla vera discrezionalità, giacché solo la prima poteva essere censurata in sede giurisdizionale amministrativa. Una simile prospettiva si rinviene pure negli insegnamenti di Waline, il quale si preoccupò segnatamente di circoscrivere il perimetro del potere discrezionale insuscettibile di controllo dall'esterno. Come quindi egli ebbe modo di rimarcare, l'apprezzamento fattuale, sia che esso implichi una verifica della situazione di fatto, sia che invece si riferisca alla qualificazione giuridica di questo, non rappresenta una valutazione discrezionale; diversamente, il potere discrezionale sussisterebbe nella valutazione del pericolo che certi fatti comportano o del disordine che rischiano di causare³⁸.

Si deve invece a Bonnard la discussa elaborazione della teoria dell'"enunciato legale dei motivi", in applicazione della quale sarebbero atti discrezionali quelli emanati in virtù di una norma attributiva che non enuclea i motivi dell'atto o lo fa in modo vago. Le norme che diversamente identificano i motivi – quali presupposti di fatto e di diritto – dell'atto non conferirebbero all'Amministrazione competente alcun potere discrezionale, poiché l'agente non avrebbe margini di apprezzamento sia per ciò che afferisce al valore dei motivi che per quanto riguarda la decisione finale. Allineandosi a quanto da tempo sottolineato, Bonnard nega alcuna discrezionalità dell'Amministrazione nell'apprezzamento sull'esistenza materiale o legale dei motivi³⁹. Le tesi di Bonnard illuminano sulla

³⁸ WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, cit., p. 216 ss. L'Autore manifesta comunque i limiti della discrezionalità sul pericolo rinvenuti nella legge che dispone regole procedurali affinché la valutazione prospettica sia più attinente alla realtà e nell'*acquis* giurisprudenziale, come ad esempio le acquisizioni per le quali è annullabile l'atto adottato dalla p.A. sviando il fine o travisando dei fatti rilevanti per la deduzione del pericolo.

³⁹ R. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1923, n.1., p. 363, 372 ss.

presenza di un influsso notevole esercitato dalle teorie tedesche modellate sull'indeterminatezza della norma⁴⁰, a significare quanto affermato in apertura di questo paragrafo: l'influenza reciproca delle dottrine dei diversi Paesi europei è infatti palmare e nessuna cultura ha trainato unilateralmente le altre nella formazione di quella che è poi divenuta la cultura giuridica dell'Unione europea.

Le idee di Bonnard vengono ricordate per la loro rigida contrapposizione fra opportunità e legalità. Tra i critici di una siffatta impostazione vi fu il già citato Michoud, che propugnava un controllo giurisdizionale non sull'esercizio del potere discrezionale in quanto tale, ma sul procedimento ermeneutico seguito dall'Amministrazione; gradualmente, quindi, si sgretola il rigido contrasto tra potere vincolato e discrezionale⁴¹. Corollario di ciò è l'esistenza – come si vedrà in seguito quando saranno trattati i diversi elementi che possono essere investiti dalla discrezionalità – della discrezionalità sull'*heure* (quando) anche in fattispecie che non ammettono spazi di valutazione di opportunità relativi alla azione o inazione né al contenuto dell'atto.

Progressivamente, si fece strada una concezione di discrezionalità riferita all'estensione del controllo giurisdizionale esercitato dal *Conseil d'État*, al quale spetterebbe il compito di limitare l'area discrezionale e pertanto il confine tra legalità ed opportunità. Il giudice amministrativo francese ha così, nel tempo, concepito nuove condizioni per l'esercizio del potere non immediatamente desumibili dal diritto positivo, creando perciò degli standards quali quelli di proporzionalità e ragionevolezza⁴². Celebre è la visione a ciò antitetica di Venezia, il quale relativizza la missione del giudice nel formare la discrezionalità e ne evidenzia i limiti, perché a quel ruolo sarebbe preposto il legislatore⁴³. Ciononostante, molti sono stati gli autori che hanno posto in evidenza come in ultima istanza non possa che essere il giudice a delineare lo spazio dell'opportunità amministrativa e distinguerlo dalla legalità⁴⁴; perciò il ruolo giurisprudenziale non

⁴⁰ PAOLANTONIO, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, cit., p. 34.

⁴¹ *Ibid.*, p. 35.

⁴² *Ibid.*, p. 39.

⁴³ J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1958, p. 101.

⁴⁴ Cfr. A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 10.

può essere taciuto. Anche la giurisprudenza francese, non solo quindi la dottrina, ha dimostrato il suo orientamento progressista, influenzando con alcuni dei suoi arresti le corti degli altri Paesi. La figura del *détournement de pouvoir* è senza dubbio da annoverare tra quelle di spicco: la violazione del fine, ossia il perseguimento di un fine diverso da quello posto dalla norma che attribuisce il potere, ha permesso al *Conseil d'État* di censurare molti atti adottati illegittimamente e da essa si sono costruite le teorie italiane sull'eccesso di potere. Per giungere a tanto la giurisprudenza amministrativa, con l'*arrêt Gomel*⁴⁵, ha aperto alla possibilità di un controllo capillare dei fatti posti a fondamento dell'atto amministrativo, sanzionandone l'eventuale scorrettezza e la non corrispondenza di questi con i motivi della decisione⁴⁶. Alle massime più moderne si è poi arrivati tramite il riconoscimento dell'errore manifesto di apprezzamento, applicando nozioni extragiuridiche o standards giurisprudenziali⁴⁷.

Quello che comunque risulta evidente anche da una sintesi tanto succinta è che nel diritto francese siano coesistite e continuino a convivere diverse accezioni del potere discrezionale amministrativo, segnatamente le teorie ispirate al metodo normativistico, di matrice tedesca, e a quello giurisprudenziale più simile al sistema inglese di *common law*⁴⁸. Nel prosieguo dell'esposizione si avrà modo di vedere come molti dei principi sulla discrezionalità amministrativa francese si ritrovino anche nei modelli di discrezionalità dell'Unione europea.

4. Il modello tedesco di discrezionalità basato sullo studio della norma

Anche lo studio del concetto di discrezionalità in Germania ha avuto un impatto considerevole per lo sviluppo delle dottrine sul potere discrezionale degli altri Paesi europei e, in un secondo momento, anche della Comunità europea.

⁴⁵ Conseil d'État, sent. 4 aprile 1914, *Gomel*.

⁴⁶ A. DE LAUBADÈRE - Y. GAUDEMET - J.-C. VENEZIA, *Traité de droit administratif*, tomo I, 14^a ed., L.G.D.J., Parigi, 1996, p. 646.

⁴⁷ PAOLANTONIO, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, cit., p. 49.

⁴⁸ BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 11.

Sulla scorta di quanto già esaminato, occorre segnalare che pure l'ordinamento tedesco è stato inteso dai suoi giuristi come lacunoso, da che la discrezionalità è risultata qualificata come un'attività, oltre che interpretativa, anche creativa e capace di colmare gli spazi liberi non predeterminati dalle norme dell'ordinamento⁴⁹. Su queste basi la dottrina tedesca ha eretto le proprie teorie che si sono progressivamente affermate come significativamente garantistiche, elidendo i margini di attività insindacabile da parte del giudice amministrativo, in questo esibendo una maggior sollecitudine a garantire il controllo giurisdizionale se paragonata alle vicende francesi in precedenza descritte. Primaria è stata l'importanza della tematica poggiante sulla contrapposizione tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità, giacché i più consideravano i primi sottoponibili, a differenza dei secondi, al controllo giurisdizionale amministrativo⁵⁰. Nell'ambito del sindacato sulle scelte discrezionali, l'ordinamento tedesco è stato il primo in cui si è dedicata una particolare attenzione alla corrispondenza tra mezzi impiegati e obiettivo perseguito, ossia la proporzionalità dell'azione, principio poi affermatosi nel diritto degli Stati europei e dell'Unione europea⁵¹.

I fondamenti degli studi del settore in Germania sono stati ancorati ad un metodo strutturato sullo studio della norma, cosicché la scomposizione di questa ha permesso in un primo momento l'individuazione di parti la cui applicazione era considerata sindacabile e di altre per le quali valeva invece l'opposto. Era in tal modo invalsa la distinzione tra fattispecie (*tabestand*) ed effetti giuridici (*rechtsfolgeseite*) della norma, rispettivamente corrispondenti alla partizione accennata. Sicché, alla interpretazione della fattispecie astratta veniva contrapposta una vera discrezionalità (*ermessen*) scaturente dalla scelta circa la determinazione

⁴⁹ Si veda G. DI GASPARE, *Introduzione*, in *La discrezionalità amministrativa, profili comparati*, atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995, Giuffrè.

⁵⁰ M. STOLLEIS, *A history of public law in Germany, 1914-1945*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 209.

⁵¹ v. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 309. Il cosiddetto test di proporzionalità, che sarà più diffusamente ripreso nel capitolo IV, comprende tre elementi: la idoneità del mezzo per raggiungere lo scopo; la necessità del mezzo impiegato, cioè l'insussistenza di mezzi meno impattanti su altri interessi concreti parimenti idonei e la proporzionalità in senso stretto, ossia la complessiva sopportabilità dell'incidenza negativa sugli altri interessi in rapporto alla realizzazione di un interesse pubblico (primario).

degli effetti giuridici della legge⁵². La discrezionalità vera e propria, tuttavia, si ravvisava soltanto se la norma attributiva del potere assegna espressamente alla p.A. il compito di scegliere fra più comportamenti specifici⁵³.

Le teorie sì sinteticamente delineate entrarono tuttavia in crisi nel momento in cui si trattò di attribuire un significato alla interpretazione normativa di una fattispecie che impiegasse concetti giuridici indeterminati e comprendere quale fosse il limite oltre il quale si sconfinava nell'area della discrezionalità⁵⁴.

I primi studi sulla discrezionalità di Mayer e Bernatzik, seppur in maniera difforme, si concentravano sulla necessità di definire la sfera discrezionale sottratta al controllo del giudice, ossia l'Amministrazione non vincolata, per confrontarla con l'area di Amministrazione vincolata soggetta alla giurisdizione amministrativa⁵⁵. Mayer infatti soleva distinguere gli atti emanazione di Amministrazione libera (pura) dall'attività dell'Amministrazione soggetta a dei vincoli. In quest'ultima classe egli vi ricomprendeva l'applicazione di norme nelle parti contenenti concetti giuridici indeterminati e operava una bipartizione tra quella che è definibile come attività interpretativa ed attività discrezionale. Al primo gruppo appartenevano le leggi produttive di diritti e doveri in modo determinato, per la cui definizione (e susseguente applicazione) era sufficiente l'impiego delle regole generali sull'interpretazione. Nel secondo gruppo invece spiccava la riserva in favore dell'Amministrazione, alla quale era demandato il compito di adottare la decisione "nella fluttuante contrapposizione di interessi", in un modo che successivamente si è convenuto essere proprio della discrezionalità amministrativa⁵⁶.

Pur soffermandosi su uno studio della discrezionalità incentrato sui concetti giuridici indeterminati, Bernatzik non omise di analizzare la c.d. libera discrezionalità nel senso datole da Mayer, dimostrando oltretutto l'assenza di un

⁵² S. MARTINI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*, in *La discrezionalità amministrativa, profili comparati*, atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995, Giuffrè, p. 12.

⁵³ Cfr. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 309.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁵ v. F.F. MAYER, *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, Laupp, Tubinga, 1862. V. anche E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*, Manz, Vienna, 1886.

⁵⁶ H. EHMKE, "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, trad. it. Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 23.

potere arbitrario in essa insito. Bernatzik constatava cioè l'impossibilità per il giudice di ripetere i giudizi di opportunità che la discrezionalità pura presupponeva, altrimenti si sarebbe giunti ad uno sdoppiamento dell'amministrazione, non legittimato secondo i teorici già all'epoca; una simile argomentazione risulta ancor più corretta se raffrontata all'art. 20 della Legge fondamentale tedesca del 1949 (*Grundgesetz*) che limpidamente enuclea la diversità di attribuzioni dei poteri esecutivo e giudiziario. Calando il precitato principio nel caso oggetto degli studi di Bernatzik, quest'ultimo sosteneva che il controllo non potesse estendersi oltre i limiti di un giudizio disciplinare o penale per i funzionari che avessero agito contrariamente al loro dovere, e quindi a quanto ritenevano essere il pubblico interesse. La teoria così riassunta, detta anche della "discrezionalità doverosa", di fatto ammetteva rispetto all'Amministrazione libera una ripetibilità estremamente marginale⁵⁷.

Dato che la concezione di Bernatzik mostrò un'apparente contrarietà al principio di stato di diritto che non consentiva una quasi totale estraneità dei giudizi amministrativi alla ripetibilità da parte della giurisdizione, valendosi delle elaborazioni dei concetti giuridici indeterminati, si affermò la scomposizione della norma in *tabestand* (fattispecie), corrispondente ai concetti giuridici indeterminati (*Rechtsbegriff*), e *rechtsfolveseite* (effetto giuridico), la cui determinazione sarebbe stata discrezionale (*ermessen*)⁵⁸.

La brillantezza delle rielaborazioni del concetto di discrezionalità austro-tedesche sfrutta il beneficio di essere stata un coacervo di divergenze scientifiche, tanto da registrare opinioni diametralmente opposte, che hanno senz'altro contribuito a fare luce sui più controversi aspetti della nozione e delle quali si sono serviti gli studiosi successivi.

Tra le teorie in "contro tendenza", che sono state adoperate come termine di raffronto nell'esplicazione delle più note tesi europee sulla discrezionalità, è imprescindibile la menzione di quelle del giurista austriaco Tezner. L'originalità delle sue lezioni emerge dalla negazione della discrezionalità tratta dalla presunta

⁵⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁸ M. SADDEMI, *La vaghezza delle norme attributive del potere amministrativo. Analisi giuridica e linguistica pragmatica*, tesi di dottorato di ricerca in diritto pubblico, giustizia penale e internazionale, Università degli studi di Pavia, 2018, <https://iris.unipv.it/retrieve/handle/11571/1242289/242390/tesi%20dottorato%20marzia%20saddemi%20def.pdf>, 2 settembre 2022, p. 44.

oggettività delle scelte del pubblico agente, perciò l'unica decisione legittima sarebbe quella che oggettivamente tende a realizzare al meglio l'interesse pubblico.⁵⁹ La provocazione non era e non è condivisibile, lungo la direttrice intrapresa nell'introduzione sulla immanenza del potere discrezionale ad ogni sistema di diritto amministrativo, dal momento che oggettività e assolutezza, quando si tratta di beni della vita, stentano a conciliarsi con l'attributo "migliore". Quando sicché gli interessi pubblici specifici sono più di uno, la loro comparazione richiede giudizi di opportunità. Argomentando in senso contrario si negherebbe la ragion d'essere sia dell'amministrazione che della politica, quali attività in cui l'interesse pubblico è nella seconda individuato e nella prima specificato. Una sintesi sulla fallacia della tesi di Tezner è stata poi brillantemente fornita da Ehmke, che sottolinea come per ottenere un *optimum* di stato di diritto l'Amministrazione necessiti di libertà di azione per svolgere i compiti assegnatili⁶⁰.

La strada tracciata da Tezner invero non fu ripresa nemmeno da alcuni suoi contemporanei illustri come Walter Jellinek. Questi infatti sostenne la rilevanza della discrezionalità nell'ambito del diritto amministrativo, rimandando all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati. A suo modo di vedere i concetti indeterminati sarebbero cosa diversa dai concetti giuridici indeterminati; pertanto, se da un lato i primi consentono il compimento di scelte non ripetibili da parte del giudice in quanto traducentisi in un'assegnazione intenzionale del potere discrezionale da parte del legislatore (o un'ambiguità voluta dalla legge), al contrario i concetti indeterminati giuridici sono le radici di un potere amministrativo non esente dal sindacato giurisdizionale e pertanto assimilabile all'attività interpretativa⁶¹. Il pensiero di Jellinek vede una discrezionalità vera solo dove la norma imprecisa non trovi regole di completamento, né nel mondo scientifico né in quello sociale, ma richieda essenzialmente degli apprezzamenti di valore o disvalore⁶². La conseguenza di tale impostazione dogmatica risulta essere una piena sindacabilità delle interpretazioni fornite dall'amministrazione ai concetti

⁵⁹ v. MICHOU, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, p. 444 ss.

⁶⁰ EHMKE, "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, cit., p. 83.

⁶¹ MARTINI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*, cit., p. 20.

⁶² GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 34.

indeterminati, fatti salvi i pochi casi in cui questi fossero stati interpretabili tramite giudizi di solo valore. Egli inoltre considerava quella discrezionale un'attività prevalentemente intellettuale, e in questo la sua visione si contrapponeva a quella di Laun, come anche lo stesso Giannini ricorda⁶³, per la quale l'atto discrezionale sarebbe frutto di un'attività volitiva e non intellettuale.

Il diritto tedesco subì un'evoluzione notevole con il superamento, ad opera di Bachof *in primis*, del principio di insindacabilità dell'atto discrezionale, poiché la insindacabilità fu limitata a quei casi di mancato superamento dei limiti del *Beurteilungsspielraum*⁶⁴. Detto Autore riconosce dei concetti giuridici indeterminati empirici, quando determinabili in base a principi e regole di esperienza, e dei concetti giuridici indeterminati di valore, quando risolvibili in base a criteri di valore⁶⁵.

Alle dissertazioni della dottrina sulla imprescindibilità di uno spazio di apprezzamento discrezionale esorbitante dai poteri del giudice si opponeva una giurisprudenza sempre più intenta a svolgere un sindacato effettivo sulle scelte dell'Amministrazione, ciononostante non sostitutivo delle scelte della pubblica autorità. Già dagli anni '70 del Novecento, la giurisprudenza costituzionale ha limitato l'attribuzione di poteri discrezionali impattanti su diritti fondamentali e ha esatto la univoca attribuzione normativa di poteri discrezionali alle p.A. e la contestuale previsione di requisiti procedurali a garanzia di tali diritti⁶⁶.

I progressi della giurisprudenza tesi ad un rafforzamento del controllo degli atti discrezionali si sono consolidati simultaneamente alla presa d'atto della crisi della legge, che ha significato un affidamento alle autorità amministrative di un maggiore spazio di decisione discrezionale. Una delle possibili ragioni dell'insistenza delle corti, in particolare quelle federale amministrativa e

⁶³ *Ibid.*, p. 27 ss.

⁶⁴ Bachof suole distinguere tra concetti indeterminati e concetti giuridici, riconducendo solamente i primi all'area insindacabile dell'attività amministrativa. Sul punto, v. MARTINI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*, cit., p. 22.

⁶⁵ SADDEMI, *La vaghezza delle norme attributive del potere amministrativo. Analisi giuridica e linguistica pragmatica*, cit., p. 47.

⁶⁶ Isolate sono state le decisioni in senso contrario, v. SADDEMI, *La vaghezza delle norme attributive del potere amministrativo. Analisi giuridica e linguistica pragmatica*, op. ult. cit., p. 53, che evidenzia come la Corte costituzionale abbia ammesso l'attribuzione normativa di poteri discrezionali anche impliciti purché non influenti sui diritti fondamentali (v. Bundesverfassungsgericht, sent. 8 agosto 1978, 49, *Kalkar I* [BVerfG]).

costituzionale (BVerwGE e BVerfG), nel sindacare aree che prima sarebbero state considerate imperscrutabili da parte dei giudici, è quindi da annoverare come tentativo di prendere delle misure contro l'incedere del potere delle Amministrazioni.

Ancora oggi i concetti di Amministrazione vincolata e libera sono dai confini incerti. Amministrazione libera (discrezionalità) si ha solo nei casi in cui o è attribuito espressamente il potere discrezionale, o si usano termini come "può"⁶⁷. Distinti sono quindi i concetti indeterminati. Solo in pochi casi dall'applicazione di questi ultimi la giurisprudenza ammette poter sorgere situazioni di discrezionalità non sindacabile da parte del giudice. In alcune ipotesi però questo è accaduto; dunque la corte amministrativa federale (*Bundesverwaltungsgericht*) ha riconosciuto un margine di apprezzamento, e causalmente, una pluralità di possibili valide soluzioni, per l'applicazione concetti giuridici indeterminati. Celeberrima è la sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwGE), 1971, n. 39⁶⁸, in cui il tribunale attestava che una gamma di possibili soluzioni fossero legittime per interpretare l'inidoneità dal punto di vista etico di un film del quale veniva vietata la visione ai minori⁶⁹. Decisioni come questa sono state però sporadiche; la giurisprudenza amministrativa tedesca ha infatti visto prevalere quelle teorie per le quali le decisioni dell'Amministrazione in applicazione dei concetti giuridici indeterminati sarebbero assoggettabili ad un controllo pieno ed estensivo. Come visto poc'anzi, una siffatta inclinazione ha incontrato gli sfavori di gran parte della dottrina che, non ingiustificatamente, vede l'Amministrazione come il soggetto idealmente predisposto per l'effettuazione di simili tipi di scelte a fronte della quale sarebbe suggeribile un atteggiamento deferente da parte delle corti⁷⁰.

Al di là di quanto esposto sulle sorti del concetto giuridico indeterminato, giova ricordare che anche i concetti di attività discrezionale pura e di Amministrazione vincolata si sono evoluti nel tempo. Si è approdati dunque ad un

⁶⁷ M.T. RODI, *I "concetti giuridici indeterminati"*, tesi di dottorato di ricerca in diritto ed economia, Luiss, 2014, <https://iris.luiss.it/handle/11385/200946>, 2 settembre 2022, p. 29.

⁶⁸ *Bundesverwaltungsgericht*, sent. 16 dicembre 1971, 39 *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* [BVerwGE], par. 197 ss.

⁶⁹ Cfr. J. SCHWARZE, *European administrative law*, 1^a ed. rev., Sweet and Maxwell, Londra, 2006, p. 273 ss.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 276.

diverso intendimento delle figure di Amministrazione vincolata alla legge che, se prima designava gli ambiti in cui la pubblica Amministrazione era meramente tenuta ad applicare meccanicamente, o all'esito di un'interpretazione di univoca soluzione, la legge, adesso il vincolo al rispetto delle norme di diritto è riconosciuto anche per le aree in cui la Amministrazione gode di un potere discrezionale⁷¹.

Su questo punto meritano di essere presi in considerazione due importanti dati normativi. In primo luogo, l'art. 40 della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), dedicato alla discrezionalità, dispone che le autorità amministrative debbano esercitare il relativo potere rispettando il fine dell'attribuzione e i limiti legali, latamente intesi e quindi ulteriori rispetto alla legge (ad esempio, si pensi alle direttive). Ciò che risalta è come la norma non lasci traccia di espressioni connesse alla libertà della scelta, ma all'opposto marchi l'esistenza di limiti interni ed esterni alla discrezionalità⁷². In secondo luogo, l'art. 114 della legge sul processo amministrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*)⁷³ si esprime sul controllo che esercita il giudice, determinando i confini dell'attività discrezionale amministrativa. Motivi di annullamento risultano essere lo straripamento di potere, ossia il debordamento al di fuori dei limiti legali, e il cattivo esercizio di esso, non dissimile dal *detournement de pouvoir*, sotto il quale possono rientrarvi sia la irragionevolezza dell'azione che la mancanza di azione. Resta ciononostante intaccato il margine di valutazione dell'opportunità dell'azione, che è prerogativa della p.A.

L'interpretazione del concetto indeterminato, invece, solo in casi rari attribuisce un potere non sindacabile in sede giurisdizionale, a volte implicitamente ed altre esplicitamente. Nei casi dubbi, l'art. 19 GG tende a indurre una soluzione restrittiva. Tuttavia, ove il concetto indeterminato lasci spazi di valutazione alla p.A., si verifica una situazione assimilabile a quella della discrezionalità, di fatto come avviene pure in Italia, ove non si è mai dato peso specifico eccessivo alla collocazione dello spazio di valutazione all'interno della norma, che infatti non si è ritenuto essenziale di scomporre, come del resto auspicava lo stesso Ehmke

⁷¹ Sul punto, già EHMKE, "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, cit., p. 83.

⁷² Legge 25 maggio 1976, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG).

⁷³ Legge 19 marzo 1991, *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO).

imbattendosi in difficoltà enormi nel distinguere tra i due tipi di possibili valutazioni, nonostante le sue esortazioni non siano state confermate dai successori, forse ancora legati ad una classificazione dogmatica dalla quale non sono riusciti a prendere le distanze.

5. *Executive discretion* nell'ordinamento inglese

Il fenomeno della discrezionalità nel diritto anglosassone, calato cioè in un ordinamento di *common law*, mostra alcuni tratti suggestivi e dunque meritevoli di considerazione, nei limiti di una illustrazione sintetica quale la presente è.

I giuspositivisti inglesi sono sempre concordi nel sostenere l'esistenza di un duplice nucleo all'interno della norma. Lungi dal far proprie le tesi germaniche della bipartizione della norma in fattispecie (*tabestand*) ed effetti giuridici (*rechtsfolgeseite*), in Inghilterra ha riscosso un significativo successo la divisione del dato normativo in un nucleo dal significato certo universalmente intelligibile e un altro meno certo che ammette una pluralità di interpretazioni alternative. Varie teorie prendono sicché le mosse dalla contrapposizione tra concetti determinati ed indeterminati⁷⁴.

La suddivisione in casi facili e difficili è stata però criticata, a ragione della tendenziale inadeguatezza dei criteri di riferimento per la collocazione di parti della norma nell'una o nell'altra categoria. I critici, convergenti quindi su posizioni giusnaturalistiche, hanno così preteso che alla vaghezza della norma si potesse sempre sopperire tramite tecniche interpretative che impiegassero dei principi validi sia per le disposizioni determinare che per quelle più vaghe. Tale indirizzo trae legittimazione da un intendimento dell'ordinamento giuridico come chiuso e completo, e in ciò occorre segnalare una divergenza rispetto alle teorie della discrezionalità tedesche e italiane che presupponevano invece un ordinamento laconico dinnanzi al quale le pubbliche Amministrazioni avrebbero dovuto operare

⁷⁴ BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 240 ss.

per riempire le lacune tramite attività discrezionali, il cui esito sarebbe perciò stato quello di aggiungere un *quid pluris* all'ordinamento positivo⁷⁵.

Sia la legge che i precedenti, secondo Hart, hanno in qualche momento una formulazione vaga (*open texture*)⁷⁶, a suo dire dovuto ai limiti dell'essere umano nel predire i fatti e gli scopi, tanto da aggiungere che l'eliminazione della vaghezza normativa sarebbe possibile solo agli déi. A suo modo di vedere, la normativa espressa in termini generali, e ciò sia per i predetti limiti che perché ne sia consentita un'applicazione duratura nel tempo nel suo adattamento alle situazioni concrete, deve essere specificata dall'Amministrazione. Ci sono quindi diverse variabili possibili e legittime, visto che sono frutto di compromesso fra interessi contrastanti

Un'altra modalità da egli descritta è quella che si rinviene quando la definizione della norma deve avvenire secondo certi standards posti dalla norma stessa, seppur in maniera vaga e perciò ambigua, come nell'ipotesi in cui si richieda all'Amministrazione di agire secondo ragionevolezza. Solo *ex post* si può avere una conformazione con quanto detto dalla corte, e qui sta una delle caratteristiche del sistema di *common law*: l'intendimento del principio d'azione fatto proprio dalla giurisprudenza diventa come una specificazione della norma medesima. Il problema, evidenziato dallo stesso Autore, è che anche nella seconda impostazione le corti sono sempre interpreti della norma così come applicata al caso concreto, quindi la loro qualificazione giuridica non è insuscettibile di variazioni in base alle concrete specificità delle situazioni.

Da sempre legata alla discrezionalità dell'Amministrazione è nella dogmatica inglese la discrezionalità del giudice (*judicial discretion*). Per Hart, il giudice gode di discrezionalità, di un potere simil-legislativo, quando affronta norme incomplete e necessitanti di completamento⁷⁷. Il potere creativo del giudice sarebbe nonostante ciò diverso da quello del legislatore, che incontra poche limitazioni ed ha una portata più ampia, mentre il giudice dovrebbe limitarsi alla decisione di casi singoli e non sarebbe in grado di istituire nuove legislazioni sistematiche⁷⁸. Per queste ragioni l'Autore definisce il potere discrezionale del

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ H.L.A. HART, *The concept of law*, 2^a ed., Oxford University Press, New York, 1961, p. 128.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 273.

⁷⁸ *Ibid.*

giudice come un potere interstiziale⁷⁹. Seppur i giudici siano chiamati a creare il diritto, essi debbono sempre attenersi a dei principi e non discostarsi dal diritto vivente. Tuttavia, una dimostrazione del potere creativo giurisprudenziale si desumerebbe dalla necessità del giudice di scegliere fra principi (che esprimono interessi) divergenti. In ciò consisterebbe un potere che ha il suo momento creativo nella scelta dei valori ai quali dare precedenza nella risoluzione di casi singoli.

Nella profonda dissomiglianza dalle teorie di *civil law*, si evincono comunque delle analogie, in particolare nel bilanciamento degli interessi che i giudici sono chiamati a svolgere. Ovviamente le differenze con gli altri sistemi sono lapalissiane, giacché nei sistemi di *civil law* difficilmente si è parlato di discrezionalità del giudice come di un qualcosa di assimilabile a quella amministrativa o legislativa. Il dibattito tedesco sull'univocità di soluzione per quei concetti indeterminati insuscettibili di conferire un potere discrezionale esemplifica appieno le divergenze tra le due impostazioni. Ciononostante, è connaturata al modello di *common law*, fondato sulla teoria del precedente, l'assegnazione al giudice di un potere para-legislativo. In qualche modo, il giudice anglosassone dovrà contribuire alla scelta dei fini.

Anche tra gli studiosi del *common law* sono comunque state elaborate delle tesi contrastanti con quelle appena descritte. Per Dworkin il giudice non godrebbe di discrezionalità in quanto si dovrebbe valere di principi impliciti per interpretare la legge, cosicché questa non sarebbe mai lacunosa: il giudice sarebbe in tal modo chiamato a scoprire il senso della legge nei casi difficili, ma mai si spingerebbe al punto di creare nuove norme, come viceversa vorrebbero i giuristi positivi⁸⁰.

Quindi Dworkin colloca la discrezionalità in quei casi nei quali un soggetto è incaricato di prendere delle decisioni soggiacendo a degli standards imposti da un'autorità di grado superiore, che però lasciano al primo uno spazio di libertà⁸¹. Allo stesso modo di alcuni giuristi continentali menzionati nelle pagine che precedono, la tesi della discrezionalità da egli costruita non contempla una sola, immutabile, figura di discrezionalità. Sicché, Dworkin distingue tra discrezionalità in senso debole, per indicare la necessità di un giudizio che vada oltre la meccanica

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ HART, *The concept of law*, cit., p. 272.

⁸¹ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Bloomsbury publishing, Londra, 2013, p. 48.

applicazione di standards, e discrezionalità in senso forte, questa significando che l'agente non è vincolato da alcuno standard al di fuori dei generali principi di razionalità, correttezza ed effettività. La differenza fra gli standards generali e quelli specifici è giustificabile, secondo Dworkin, dal prescindere i primi da una specifica emanazione da parte di un'autorità superiore⁸².

Particolarmente accesa è la sua critica ai positivisti circa il modo di intendere i principi quali regole extra legali che i giudici potrebbero applicare discrezionalmente. Per l'Autore, infatti, i principi sono regole giuridiche al pari delle leggi; pertanto la decisione del giudice che fa prevalere un principio a scapito di altri altro non sarebbe che un'applicazione di una regola giuridica che egli ritiene vincolante. Questo ragionamento viene da Dworkin impiegato per giungere ad un ulteriore approdo: viene così negata la discrezionalità del giudice, poiché, se egli potesse derogare dalle regole discrezionalmente, allora – spiega l'Autore – queste non sarebbero vincolanti⁸³.

Astraendoci dal concreto processo di formazione delle decisioni giurisdizionali che, come visto, può assumere secondo alcuni importanti esponenti della dottrina inglese i connotati di un'attività discrezionale, è necessario a questo punto dell'analisi valutare quanto effettivamente le corti anglosassoni possano sindacare le scelte compiute dall'Amministrazione: ciò consente di inquadrare specificamente la discrezionalità delle *authorities*. Dworkin è solito distinguere fra le precitate forme di discrezionalità deboli e forti, e solo nel primo caso le decisioni sarebbero riesaminabili in sede giudiziale, operazione che è preclusa alle corti nell'altra situazione, purché non vi sia un superamento dei limiti o un vizio di incompetenza. Cionondimeno, quando il filosofo parla di *discretion in the stronger sense* chiarisce che spetta all'Amministrazione la scelta e l'applicazione dello standard. In particolare, le decisioni amministrative, essendo esercizio della prerogativa sovrana della Corona, sono suscettibili di annullamento per due tipi di motivi rinvenibili nella dottrina c.d. *ultra vires* e nei principi di giustizia naturale, entrambi di elaborazione giurisprudenziale⁸⁴.

⁸² *Ibid.*, p. 49 ss.

⁸³ *Ibid.*, p. 54.

⁸⁴ Sul punto, cfr. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., p. 282.

La dottrina *ultra vires* viene in rilievo quando l'agente agisce in difetto del potere di azione e può declinarsi in vizi di forma o di sostanza; nell'un caso la delega del potere ad un'autorità è considerato illegittimo, mentre nell'altro l'illegalità attiene all'atto amministrativo adottato da un'autorità fuoriuscendo dai limiti delle proprie competenze⁸⁵. Quando è intesa nel senso sostanziale, la teoria dell'*ultra vires* consente alle corti di fornire la propria interpretazione della norma, come nel caso *London County Council v A.G.*⁸⁶. Allo stesso modo, la dottrina in questione legittima la censura di atti emanati per perseguire un fine diverso da quello che la legge stabilisce o fini illeciti⁸⁷. Questo criterio per l'esercizio del sindacato giurisdizionale si distingue per la sua flessibilità, tanto da ricomprendere atti affetti da vari vizi, non ultimo quello della ragionevolezza della scelta amministrativa.⁸⁸

Relativamente al principio di *natural justice*, si è considerato come questo sia posto a tutela del rispetto delle garanzie procedurali cui hanno diritto i privati. Per esempio, dal concetto di giustizia naturale si è progressivamente affermato il principio dell'*audi alteram partem*, oggi incluso tra quelli fondamentali del diritto amministrativo europeo e consacrato espressamente nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁸⁹.

In generale, tuttavia, in maniera non dissimile da quanto rielaborato negli altri ordinamenti europei, si ammette che la discrezionalità amministrativa, ferme restando le diverse accezioni e limitazioni che di volta in volta le si danno, risiede in due ordini di scelte. La prima di queste concerne il fine dell'azione (*purpose*), che i nostri teorici hanno quasi costantemente denominato "interesse pubblico concreto". La seconda classe di scelte rimanda invece alla scelta del mezzo più idoneo per realizzare l'obiettivo⁹⁰.

L'inquadramento vertente sulla discrezionalità in senso debole o in senso forte, che traeva origine nelle tesi di Dworkin, ha perso progressivamente seguito, principalmente perché esso non ha saputo resistere appieno ad alcune obiezioni che

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Attorney General v London County Council* [1902] A.C. 165.

⁸⁷ Così SCHWARZE, *European administrative law*, op. ult. cit., p. 285.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 286.

⁸⁹ *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, G.U.U.E., 2016, n. C 202/389 (CDFUE), art. 41.

⁹⁰ Così GALLIGAN, *Discretionary powers: legal study of official discretion*, cit., p. 22.

gli erano state mosse. La più significativa di queste è la possibilità che anche quando gli standards siano presenti sussista pur tuttavia un potere discrezionale, come già visto nelle controdeduzioni di Hart, concretizzantesi nel bilanciamento e specificazione degli standard. Perdi più, anche dove mancano degli standards prestabiliti, questi possono in realtà sussistere implicitamente, o comunque possono ricorrere delle regole che guidano l'amministratore in relazione al fine specifico, condizionando l'attività amministrativa fino ad elidere quasi completamente la discrezionalità. In conclusione, ciò che ne deriva è che l'articolazione del potere rigida non può essere apprezzata fino in fondo; così l'estensione della discrezionalità e del sindacato giurisdizionale saranno rimessi alle valutazioni delle corti senza che il confronto fra discrezionalità *weaker or stronger* possa essere attesa se non approssimativamente⁹¹. In queste battute conclusive del paragrafo preme ricordare come l'attenzione riposta sullo studio dell'essenza della norma descritta sin qui non debba sviare; anche nel diritto d'oltremarica in molti hanno constatato la rilevanza e la necessità di un potere discrezionale espressamente delegato dal legislatore⁹², che cioè non si limiti a colmare l'imprecisione e le lacune normative.

Conclusivamente, sembrano potersi riscontrare (come del resto è logico che sia) dei nuclei comuni al potere discrezionale studiato nei sistemi giuridici considerati in questo capitolo. Principalmente, si è cercato di mettere in evidenza i più importanti elementi comuni e di diversità dei diversi sistemi, pur non fornendo delle descrizioni complete che richiederebbero un lavoro appositamente dedicato, e comunque mai sarebbe sufficiente una sola opera. Alcuni punti saranno tuttavia ripresi, altri aggiunti, nelle pagine seguenti.

⁹¹ *Ibid.*, p. 24.

⁹² Questa notevole precisazione appare nell'incipit del libro di Galligan; D.J. GALLIGAN, *Discretionary powers: legal study of official discretion*, Oxford University Press, New York, 1990, p. 2.

Capitolo II

Il potere discrezionale nel diritto europeo

SOMMARIO: 1. La discrezionalità delle Amministrazioni europee. Cenni introduttivi. – 2. La pubblica Amministrazione europea: profili evolutivi di un processo ancora in fase di completamento. – 3. Le ragioni sottostanti alla discrezionalità europea. – 4. Le caratteristiche della discrezionalità amministrativa europea. – 5. L’incidenza dell’interesse pubblico europeo sulla concezione di discrezionalità. – 6. La norma attributiva del potere. – 6.1. Diritto primario. – 6.2. Diritto derivato. – 7. Notazioni su alcuni punti salienti della discrezionalità delle Amministrazioni europee. – 8. Il sindacato della Corte di giustizia dell’Unione europea.

1. La discrezionalità delle Amministrazioni europee. Cenni introduttivi

Con riferimento al diritto amministrativo dell’Unione europea, appare interessante indagare se il tema della discrezionalità si ponga e in che termini anche in detto contesto giuridico.

Occorre quindi riprendere la dialettica fra poteri amministrativi discrezionali e vincolati per poter da subito affermare come anche nell’Unione europea le pubbliche Amministrazioni esercitino delle attività variamente discrezionali. Se, come visto nel primo capitolo, i poteri vincolati sussistono solo laddove la legge determina univocamente e dettagliatamente i presupposti e il contenuto di ciascun atto amministrativo⁹³, è facilmente intuibile come le

⁹³ M. CLARICH, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, volume a cura di M. CLARICH e M. RAMAJOLI, ETS, Pisa, 2021, p. 11.

condizioni ivi descritte non possano sempre realizzarsi in un ordinamento giuridico complesso nel quale si riscontrano una serie innumerevole di relazioni giuridiche e che deve fare i conti con il continuo e pressoché inarrestabile progresso tecnologico. Anche nell'ordinamento europeo la legge non può pertanto fare a meno di conferire alle Amministrazioni dei poteri discrezionali.

Riemerge così con grande attualità la premessa logica del pensiero c.d. gradualista di Kelsen, secondo il quale la determinazione di un'istanza inferiore da parte di una superiore non può mai essere totale⁹⁴. Nonostante le notazioni critiche, possiamo asserire che una simile constatazione assume una certa pregnanza alla luce delle realtà moderne, e in particolare di quella europea. Alcuna ragione osta quindi al riconoscimento di un potere discrezionale nella sfera delle Amministrazioni pubbliche dell'Unione europea.

Posto questo chiarimento preliminare, si rende necessario considerare la natura, l'estensione e i caratteri essenziali della discrezionalità europea. Questi punti saranno dunque esaminati nel corso della trattazione, così come spazio verrà dato all'illustrazione dei principali ambiti del diritto dell'Unione nei quali la discrezionalità si esplica e alle eventuali problematiche annesse. Nel fare ciò non è possibile prescindere dalle teoriche discusse al precedente capitolo, dal momento che il diritto amministrativo europeo risulta profondamente influenzato dai diritti amministrativi nazionali; la discrezionalità amministrativa, in questo senso, non fa eccezione⁹⁵.

Rispetto alle concezioni sulla discrezionalità amministrativa riguardante gli ordinamenti giuridici nazionali, la discrezionalità si caratterizza, in ambito europeo, essenzialmente in virtù di due importanti tratti. Questi sono riconducibili alla natura dell'organizzazione europea, sia costituzionale che amministrativa, e all'operato della Corte di giustizia dell'Unione europea quale giudice che contribuisce a dare forma al concetto complesso qui esaminato.

Le summenzionate tematiche sono affrontate nel corso del presente capitolo; una volta completato lo studio delle basi normative che danno vita al

⁹⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. Einaudi, Torino, 1952, p. 118. Si veda, inoltre, BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 14 e 38.

⁹⁵ G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'Amministrazione Europea*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 36.

potere discrezionale in capo alle istituzioni europee, l'attenzione si sposterà sul versante giurisprudenziale. Infatti, in una trattazione ispirata al diritto positivo quale la presente vuole essere, lo studio delle relazioni tra sistema normativo e sindacato giurisdizionale riveste un ruolo essenziale⁹⁶.

Diversamente, la discrezionalità tecnica, concetto anch'esso estremamente complesso e attuale nell'ordinamento europeo, esula dall'oggetto di questa tesi e non sarà perciò oggetto di attenzione se non eventualmente in via incidentale per delimitare l'ambito di discrezionalità politica (pura).

2. La pubblica Amministrazione europea: profili evolutivi di un processo ancora in fase di completamento

Inizialmente la Comunità economica europea (CEE), le cui finalità erano eminentemente legate alla realizzazione del mercato unico, non contemplava l'esistenza di una pubblica Amministrazione sovranazionale. Per anni la cosiddetta funzione esecutiva, o di attuazione, del diritto comunitario è rimasta affidata alle Amministrazioni degli Stati membri. Questo sistema è stato descritto come "esecuzione indiretta"⁹⁷. Solo marginalmente la Comunità provvedeva direttamente all'esecuzione delle proprie norme, prevalentemente tramite l'attività della Commissione⁹⁸. Il ruolo di quest'ultima come motore del nascente, ma all'epoca assai laconico, sistema giuridico europeo si comprende dalla lettura dell'art. 155 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (TCEE). Già il Trattato di Roma del 1957 affidava infatti alla Commissione delle Comunità il compito di

⁹⁶ Lungi dall'applicare teorie recessive che vorrebbero identificare la discrezionalità con il margine di autonomia delle amministrazioni sottratto al controllo giudiziale, sono allo stesso modo da respingere quelle posizioni tese ad analizzare la discrezionalità indipendentemente da ogni influenza esercitata dalle corti. A proposito, si veda J. MENDES, *Administrative discretion in the EU: comparative perspectives*, nel volume a cura di S. ROSE-ACKERMAN, P. L. LINDSETH e B. EMERSON, *Comparative administrative law*, 2^a ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 647.

⁹⁷ Così E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 51, 52.

⁹⁸ La materia nella quale la Commissione agiva come amministrazione della Comunità era essenzialmente quella economica; segnatamente il diritto c.d. *antitrust* e degli aiuti di Stato. Le funzioni amministrative della Commissione si estendevano anche al di fuori del diritto della concorrenza, ad esempio in materia di gestione del bilancio. V. *Trattato che istituisce la Comunità economica europea* (Trattato CEE), Art. 89, 93 e 205.

«assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune» e di «attuare le norme [comunitarie]» in alcuni settori⁹⁹. Il diritto amministrativo europeo si è quindi sviluppato negli anni, in larga misura grazie al contributo della Corte di giustizia della Comunità; si ricordano, in questo senso, le epocali sentenze *Van Gend & Loos*¹⁰⁰ e *Costa contro Enel*¹⁰¹ che hanno posto i principi, rispettivamente, dell'effetto diretto delle norme di diritto comunitario (europeo) e della loro invocabilità dinanzi ai giudici nazionali, e della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in caso di contrasto¹⁰². Dalla prima metà degli anni '60 si sono perciò considerati gli ordinamenti nazionali e comunitario come realmente integrati¹⁰³. Conseguentemente, nell'attuazione del diritto europeo, alle Amministrazioni nazionali si sono aggiunte le Amministrazioni comunitarie che nel contempo hanno cominciato ad affiorare; al processo di esecuzione indiretta si è perciò affiancata la “esecuzione diretta” del diritto comunitario¹⁰⁴.

Come si può icasticamente notare, il potere amministrativo e, *a fortiori*, la discrezionalità amministrativa non si sarebbero potute concretizzare nel diritto UE senza la previsione di forme di esecuzione cc.dd. dirette. Tuttavia, la rapida evoluzione della Comunità Europa ha condotto ad un progressivo superamento della netta dicotomia tra esecuzione diretta e indiretta mercé l'avvento di nuove tipologie di integrazione amministrativa di cui la “coamministrazione” (ossia una

⁹⁹ *Trattato che istituisce la Comunità economica europea*, cit.

¹⁰⁰ Corte Giust., sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend & Loos).

¹⁰¹ Corte Giust., sent. 15 luglio 1964, causa 6/64 *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁰² Gli sviluppi qui riassunti hanno spinto gradualmente parte della dottrina a superare la riluttanza al riconoscimento di un diritto amministrativo europeo, che in sostanza risultava ancorata ad una concezione esclusivamente statale del diritto amministrativo. Tra gli illustri sostenitori di questa teoria, M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, ora in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, n. 4, p. 979, 985. Per un'interessante ricostruzione della vicenda, si veda S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 3 ss.

¹⁰³ È opinione condivisa da parte della dottrina quella secondo la quale solo a seguito di queste trasformazioni il sistema amministrativo europeo sia giunto propriamente ad esistenza. Si veda E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, cit., p. 66.

¹⁰⁴ v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 125.

amministrazione condivisa da p.A. nazionali e dell'Unione) e la "esecuzione decentrata" costituiscono un manifesto esempio¹⁰⁵.

La implementazione dell'ordine amministrativo europeo è poi proseguita con una certa continuità fino ai giorni nostri. A ciò ha senz'altro contribuito anche l'ampliamento delle strutture burocratiche europee, realizzatosi sia a livello di diritto primario che di diritto derivato. Se inizialmente le funzioni di esecuzione diretta erano esercitate da una Commissione con le caratteristiche di un "collegio di commissari", adesso all'interno dell'Unione europea coesistono numerose realtà amministrative più o meno complesse. A titolo di esemplificato, si pensi alle agenzie europee e ai comitati di comitologia¹⁰⁶. Inoltre, la Commissione europea, le cui funzioni sono state in parte esternalizzate, è oggi un'istituzione ben più complessa rispetto al collegio dei commissari quale concepito nei Trattati originari.

Per quanto attiene alle esternalizzazioni, occorre considerare che il regolamento del Consiglio n. 58/2003, nel disciplinare lo statuto delle agenzie esecutive delegate per l'esecuzione di alcuni programmi comunitari, dispone una riserva di attuazione di scelte discrezionali in favore della Commissione mediante un divieto di esternalizzazione di funzioni che si esplicino tramite l'adozione di atti discrezionali¹⁰⁷. Il regolamento applica quindi la regola *Meroni*¹⁰⁸, di cui si dirà in seguito. Quello che qui rileva è che il legislatore europeo, adottando il citato atto

¹⁰⁵ *Ibid.* Cfr. C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1993; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova, 2002.

¹⁰⁶ Le prime agenzie europee sono affiorate durante gli anni '90 per garantire l'esercizio di compiti tecnici da parte di soggetti non asserviti a partiti politici. Esse non devono confondersi con le agenzie esecutive; si veda C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 238. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 3^a ed., Oxford University Press, New York, 2018, p. 151 - 198.

I comitati furono invece inizialmente istituiti dal Consiglio per controllare l'esercizio delle funzioni delegate alla Commissione. Dopo una formalizzazione del sistema dei comitati tramite l'Atto Unico Europeo, lo stesso è stato soppresso dal Trattato di Lisbona, per poi essere reintrodotta, con competenze ridotte, in via regolamentare. Si veda R. SCHÜTZE, *"Delegated" legislation in the (new) European Union: a constitutional analysis*, in *Mod. law rev.*, 2011, n. 74, 5, p. 661, 670. Si veda, inoltre, P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, 7^a ed., Oxford University Press, New York, 2020, p. 168 - 176.

¹⁰⁷ *Regolamento (CE) n. 58/2003 del Consiglio, del 19 dicembre 2002, che definisce lo statuto delle agenzie esecutive incaricate dello svolgimento di alcuni compiti relativi alla gestione dei programmi comunitari*, G.U.C.E., 2003, n. L 11/1, considerando nn. 5 e 9.

¹⁰⁸ Corte Giust., sent. 13 giugno 1958, causa 9/56 *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, ECLI:EU:C:1958:7 (*Meroni*), p. 41.

legislativo, riafferma il ruolo cardine della Commissione quale pubblica Amministrazione europea; l'art. 1, infatti, statuisce che la delega di funzioni non si traduce in un trasferimento di responsabilità, restando quest'ultima in capo alla Commissione. Inoltre, precludendo la delega di missioni «che comportano un margine di discrezionalità per tradurre in atto scelte politiche», viene posto in evidenza il connotato discrezionale delle funzioni svolte invece dalla Commissione europea, che è perciò chiamata a svolgere, fra le altre, attività discrezionali per l'attuazione di scelte politiche¹⁰⁹.

Ciononostante, come si avrà modo di riscontrare, rimane arduo discernere quali poteri siano discrezionali e quali meramente esecutivi ai sensi non solo del regolamento in questione, ma del diritto amministrativo eurounitario nel suo insieme.

Possiamo dunque tratteggiare, in sintesi, gli elementi strutturali del sistema amministrativo dell'Unione europea allo stato attuale del suo sviluppo che, come già in parte illustrato, nell'ultimo cinquantennio è stato considerevole¹¹⁰. A mo' di esempio, basti pensare che agli albori della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) un manifesto scetticismo verso l'accettazione dell'esistenza di un'Amministrazione pubblica europea era fortemente avvertito, mentre l'attuale formulazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come definito dal Trattato di Lisbona, all'art. 298 prevede esplicitamente un'Amministrazione europea ispirata ai canoni di apertura, efficacia ed indipendenza¹¹¹.

Ad oggi l'Amministrazione pubblica eurounitaria si compone di diverse entità. Alla Commissione, istituzione nodale per l'esecuzione del diritto UE operante per tramite di direzioni generali e avvalentesi delle sopracitate agenzie

¹⁰⁹ Regolamento (CE) n. 58/2003, cit., considerando n. 5.

¹¹⁰ Cfr. M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, nel volume diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte gen., vol. I, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2007. Sul punto, cfr. anche D. SORACE, *La nuova base costituzionale europea per la pubblica amministrazione*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012.

¹¹¹ *Versione consolidata del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, G.U.U.E., 2012, n. C 326/47 (TFUE), art. 298. La versione summenzionata risulta dal Trattato di Lisbona, *Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007*, G.U.U.E., 2007, n. C 306/1.

esecutive, si affiancano i comitati nelle loro varie articolazioni¹¹². Così, si pensi ai comitati di comitologia o a quelli di esperti. Ancora, il plesso amministrativo dell'Unione consta anche di agenzie esecutive ed europee¹¹³ e di autorità indipendenti¹¹⁴. Infine, parallelamente all'Amministrazione europea, va delineandosi una Amministrazione propria dell'Eurozona le cui attribuzioni sono legate alla gestione della politica monetaria¹¹⁵.

Nonostante lo sviluppo di una vera e propria Amministrazione sovranazionale, il diritto europeo richiede anche una attività esecutiva a carico delle Amministrazioni nazionali, con evidenti ripercussioni sulla disciplina dei procedimenti amministrativi, che risultano spesso compositi e che inducono alla definizione dell'organizzazione amministrativa europea quale organizzazione "multilivello"¹¹⁶.

La complessità ordinamentale a cui si è fatto cenno comporta così una ineluttabile difficoltà nell'inquadramento della discrezionalità amministrativa che le varie istituzioni esercitano seguendo procedimenti altrettanto complessi quanto peculiari ad un ordinamento come quello unionale. I caratteri distintivi di un'entità che è andata oltre l'unione doganale ma che non è ancora unione federale influenzano perciò anche l'esercizio dei poteri amministrativi, ergo la discrezionalità a questi connessa¹¹⁷.

¹¹² I comitati sono prevalentemente formati da soggetti dotati di elevata competenza tecnica e svolgono funzioni consultive, istruttorie od anche decisorie. Si veda M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2011, cit., p. 309.

¹¹³ Relativamente a organizzazione e funzioni di questi enti, v. P. CRAIG, *EU administrative law*, cit., p. 62, 151 ss.

¹¹⁴ Le autorità indipendenti si sono affermate particolarmente nell'ambito dell'Unione Bancaria Europea. Per approfondimenti, si vedano E. WYMEERSCH, *The single supervisory mechanism or "SSM", part one of the Banking Union*, National Bank of Belgium, working paper, 2014, n. 255, Bruxelles, p.5, e M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, nel volume a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI e L. TORCHIA, *La tecnificazione*, negli studi a cura di L. FERRARA e D. SORACE, *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 206.

¹¹⁵ Si veda E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, cit., p. 85.

¹¹⁶ S. CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, n. 5, p. 987, 992.

¹¹⁷ F. BASSAN, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in *Banca imp. soc.*, 2017, n. 3, p. 383, 384.

3. Le ragioni sottostanti alla discrezionalità europea

Svolta questa succinta premessa in tema di Amministrazione europea, l'attenzione viene quindi rivolta alla discrezionalità delle Amministrazioni dell'Unione quale nucleo centrale del presente elaborato. Nondimeno, preme precisare che le caratteristiche e funzioni della p.A. saranno riprese nel corso della trattazione in quanto funzionali ad una migliore illustrazione e comprensione del fenomeno discrezionale.

Nel diritto europeo, come accennato all'inizio del presente capitolo, non mancano ambiti di azione amministrativa intrisi di poteri discrezionali. Le peculiarità dell'esaminando sistema non fanno che acuire le singolarità della nozione di discrezionalità applicata ad un simile contesto.

Si ricorda la sentenza *Meroni* come il primo significativo episodio in cui la Corte di giustizia si è espressa in materia di discrezionalità amministrativa, sancendo il divieto per l'Alta Autorità della CECA di delegare ad organismi dell'Unione l'esercizio di poteri discrezionali¹¹⁸. La Corte, già in quell'occasione, quando ancora dibattuta era in dottrina la effettiva configurazione di un diritto amministrativo europeo, tracciò la distinzione tra poteri "di esecuzione nettamente circoscritti" e poteri discrezionali comportanti una "ampia libertà di valutazione" che si traducono in scelte politiche. La statuizione di massima disposta dal giudice comunitario in detta sentenza sicuramente non brilla di particolare chiarezza, considerato che la dialettica tra poteri d'esecuzione nettamente circoscritti e ampiamente discrezionali non esaurisce il novero di poteri che una p.A. può esercitare. Il concetto di discrezionalità indica infatti una possibilità di scelta, una ponderazione di più interessi rilevanti, e con ciò la definizione prescinde dalla reale ampiezza della libertà di valutazione rimessa all'Amministrazione; la decisione in esame lasciava quindi un limbo di indefinitezza tra poteri derogabili e non derogabili.

Tale ambiguità risulta oggi in parte superata in quanto la Corte di giustizia ha ammesso l'esercizio della discrezionalità da parte di soggetti quali le agenzie,

¹¹⁸ Corte Giust., causa 9/56, cit., p. 41.

purché siano soddisfatte determinate condizioni¹¹⁹. A prescindere dai criteri propri della delega di funzioni ad agenzie europee, che sarà oggetto di apposita menzione nel corso del capitolo IV (§ 3), va in questa sede segnalato come la Corte di giustizia abbia, sin dalle sue prime pronunce, posto in evidenza in maniera significativamente esplicita l'ampia discrezionalità amministrativa di cui l'Alta Autorità (ora Commissione europea) ha sempre goduto, al punto da consentire all'autorità stessa di porre in essere scelte politiche (economiche) vere e proprie.

Appurata la sussistenza di un potere discrezionale variamente articolato in capo alle Amministrazioni europee, pochi dubbi concettuali possono emergere in relazione alla sua origine, che può essere detta fisiologica. Come ripreso poc'anzi, la molteplicità e tendenziale illimitatezza delle situazioni fattuali e giuridiche che nel concreto possono verificarsi non consentono alla legge di predeterminare con precisione ogni fatto (causa) al cui verificarsi, o non verificarsi, ricollegare specifiche conseguenze giuridiche (effetti) per perseguire un determinato fine pubblico¹²⁰. Alla luce di ciò, si mostra chiaramente come l'unica modalità per assicurare ai privati cittadini un celere e adeguato esercizio di pubbliche funzioni sia quella di dotare la p.A. di un margine di discrezionalità che le permetta di curare nel migliore dei modi l'interesse pubblico nel caso concreto. Per di più, è stato evidenziato come il raggiungimento dei fini economici europei non possa svincolarsi dalla costruzione del diritto amministrativo poggiante su regole flessibili

¹¹⁹ Corte Giust. U.E., sent. 22 gennaio 2014, causa C-270/12 *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2014:18 (ESMA-short selling), par. 45, 53, 54. Le condizioni che, in sostanza, la delega di poteri deve soddisfare si sostanziano nella chiara definizione del potere, nell'esistenza di condizioni limitanti la discrezionalità e nell'assoggettabilità delle decisioni dell'ente delegato al sindacato giurisdizionale. La tecnica argomentativa impiegata dalla CG può dare adito ad osservazioni critiche. Infatti, la Corte non rinnega la dottrina *Meroni*, ma la rielabora giungendo a negare l'esistenza di un "vero potere discrezionale" in presenza di determinate condizioni. Ad avviso di chi scrive, il rispetto dei requisiti di delega enunciati dalla Corte non esclude che i poteri conferiti siano veri poteri discrezionali. Per una lettura sull'importanza del caso *ESMA* in tema di delegazione di poteri, si vedano M. SCHOLTEN - M. VAN RIJSBERGEN, *The ESMA-Short Selling Case. Erecting a new delegation doctrine in the EU upon the Meroni-Romano remnants*, in *Legal issues of economic integration*, 2014, n. 41, 4, p. 389, 401.

¹²⁰ v. G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*. 3^a ed., Guasti, Prato, 1835, p. 14 ss. V. anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 9^a ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 202 - 203. Similmente, G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, n. 1, p. 13. Giannini individua invece l'esigenza primaria all'attribuzione di un potere amministrativo discrezionale nella necessità di consentire alla p.A. cui è affidata dalla legge la cura di un pubblico interesse di «tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono» (GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 77).

adattabili in relazione alle illimitate circostanze che nel concreto possono presentarsi¹²¹.

A queste ragioni logico-fattuali giustificanti l'attribuzione di poteri discrezionali se ne aggiunge una di matrice politico-giuridica che, a differenza delle altre, non è interamente paragonabile con quelle attinenti alla discrezionalità negli ordinamenti statali. Essa infatti si ricollega al principio di separazione dei poteri, che già da tempo è concepito anche a livello nazionale come una "razionale coordinazione" piuttosto che "netta separazione" tra le funzioni dello Stato¹²². Difatti, una netta separazione tra i poteri implicherebbe la costruzione di un potere amministrativo insensibile al controllo giurisdizionale e legittimerebbe così un atteggiamento anche dispotico da parte dell'Amministrazione¹²³.

Nel diritto UE la divisione dei poteri ha da sempre stentato ad affermarsi con efficacia; non a caso il termine è stato impiegato molto di rado, essendogli stata spesso preferita la più mite terminologia di "equilibrio istituzionale"¹²⁴.

A compromettere una reale separazione (o tripartizione) dei poteri è stata la spiccata commistione tra funzioni legislative e amministrative nell'ordinamento UE, rappresentando quello giudiziario l'unico potere realmente distinto dagli altri, sebbene non nettamente separato al punto da delineare una immunità degli atti esecutivi dalle cure della giurisdizione¹²⁵.

La difficoltà che si incontra nel distinguere funzioni legislative e amministrative, congiuntamente al deficit democratico da cui sin dall'origine è affetta la Comunità Europea, conduce ad un potenziale accomunamento degli atti legislativi con quelli amministrativi¹²⁶. Dimostrazione di questo può rinvenirsi sia nei caratteri esteriori che in quelli interiori dei due tipi di atti, e perfino nel procedimento che porta alla loro adozione.

¹²¹ BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit. p. 19.

¹²² BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 7 ss.

¹²³ *Ibid.*, p. 8.

¹²⁴ A. FRITZSCHE, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Comm. mark. law rev.*, 2010, n. 47, p. 361, 381.

¹²⁵ Si veda B.G. MATTARELLA, *Le funzioni*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 149, 150.

¹²⁶ v. G. DELLA CANANEA, *I principi fondamentali*, nel volume a cura di G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 13.

Per quanto attiene alla forma dell'atto, l'art. 288 TFUE indica come atti tipici vincolanti i regolamenti, le direttive e le decisioni¹²⁷. Tralasciando la differenza vertente sul loro contenuto e sui loro effetti, questi atti possono avere la natura di atti legislativi o non legislativi sulla base della procedura, legislativa o non legislativa, seguita per la loro adozione; per questo motivo, solo degli aspetti formali e procedurali reggono la distinzione.¹²⁸

Inoltre, a differenza che negli ordinamenti nazionali, nel diritto unionale non solo gli atti amministrativi, ma anche gli atti legislativi necessitano di una motivazione e sono sottoponibili ad azione di annullamento sulla base dei medesimi vizi previsti per gli atti amministrativi, senza dimenticare per giunta che pure gli atti normativi sono vincolati nel fine¹²⁹.

Da ultimo, relativamente alla procedura da seguire, per lungo tempo l'*iter* legislativo ha difettato di sufficiente democraticità a causa dello scarso rilievo attribuito all'Assemblea; ciononostante, il Trattato di Lisbona ha mirato al superamento di tale *vulnus* democratico, rendendo la c.d. codecisione di Consiglio dell'UE e Parlamento la procedura legislativa ordinaria: questa trasformazione ha di fatto diversificato in gran parte il procedimento legislativo da quello (non delineato espressamente a livello europeo) amministrativo¹³⁰, inducendo parte della dottrina a reputare superato il problema della promiscuità dei due atti¹³¹.

Sulla base di quanto esposto, possiamo dedurre che il potere discrezionale è un potere caratterizzante il diritto amministrativo europeo al pari di quelli nazionali¹³², fermo restando che la sua natura e le sue giustificazioni non coincidono con quello degli Stati membri. In particolar modo, se la minore diffusione di poteri discrezionali intestati alle Amministrazioni europee costituisce, come si avrà modo

¹²⁷ Come è noto, nel diritto UE non vige in ogni caso il principio di nominatività e tipicità degli atti amministrativi; pertanto vi sono ulteriori tipologie di atti che possono essere emanati, non limitandosi l'elenco ai tre casi qui citati. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si vedano DELLA CANANEA - FRANCHINI, *I principi dell'Amministrazione Europea*, cit., p. 89.

¹²⁸ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 289, par. 3.

¹²⁹ Si vedano R. ORTLEP - R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Judicial protection*, nel volume di AA.VV., *Europeanisation of public law*, 2ª ed., Europa law, Groninga, 2015, p. 339.

¹³⁰ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 289, par. 1.

¹³¹ Sul punto, v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2011, cit., p. 233.

¹³² Giannini definisce la discrezionalità come la più squisita caratteristica del diritto amministrativo (GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 78).

di approfondire più avanti muovendo dall'analisi del diritto positivo vigente¹³³, una constatazione quantitativa più che ontologica, al contrario la peculiare conformazione della divisione dei poteri può fare luce sulla tenue esigenza di dotare l'Amministrazione di spazi decisionali liberi. Difatti, data la marginalità della diversità tra poteri legislativi ed amministrativi, meno avvertita è la necessità di predeterminare in via normativa i fini pubblici che l'azione amministrativa deve perseguire e massimizzare, al contempo minimizzando l'interferenza su altri interessi.

L'assenza di una solida separazione tra legislazione e Amministrazione rende in sostanza meno evidente e necessaria una ripartizione tra le attività paradigmatiche delle rispettive funzioni, segnatamente l'esercizio di discrezionalità legislativa ed amministrativa. Tuttavia, sebbene con un certo ritardo rispetto alla sua nascita, il progressivo solidificarsi della funzione amministrativa nel diritto UE giustifica e rende rilievo alla discrezionalità amministrativa delle Amministrazioni europee.

4. Le caratteristiche della discrezionalità amministrativa europea

Sulla nozione di discrezionalità delle istituzioni (in senso lato) europee non è stata trovata una ricostruzione unitaria. Ciò non stupisce ed è sostanzialmente figlio della difformità dei percorsi tortuosi che gli studi nazionali hanno intrapreso per pervenire a delle conclusioni in merito all'ingarbugliato concetto di discrezionalità amministrativa.

Apparentemente, ci sembra di poter convenire sul superamento delle tesi implicanti una correlazione biunivoca tra potere discrezionale e insindacabilità

¹³³ Si tenga comunque presente quanto esposto al paragrafo 2, sul continuo consolidamento dell'esecuzione c.d. diretta o congiunta del diritto europeo, che ovviamente accresce il fenomeno discrezionale nel diritto amministrativo europeo. Per una sintesi in merito ai modelli di esecuzione del diritto europeo che si articola oltre la bipartizione tra amministrazione diretta (pura) ed esecuzione indiretta, L. DE LUCIA, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012.

dell'atto sorto dall'esercizio di quel potere¹³⁴. Il rilievo del ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione non è trascurabile, ma per intendere pienamente il concetto di potere discrezionale l'esame deve prendere le mosse dallo studio della norma attributiva del potere.

Nonostante quanto preannunciato in punto di mancanza di una definizione di discrezionalità accettata unanimemente, la tesi italiana concepita da Giannini nel 1939 e poi ripresa e perfezionata anche da lui stesso, condivisa dalla quasi totalità di operatori nazionali del settore, si presta ad essere la più idonea a guidare la lettura del potere discrezionale in un ambito distinto ma non del tutto dissonante da quello a cui la dottrina originaria si riferiva. Principalmente la *ratio* di siffatta scelta giace non solo sull'assuefazione dell'autore e dei giuristi italiani alla dottrina gianniniana, ma anche sulla capacità di questa di dissociare l'attività discrezionale da quella corrispondente ad una mera interpretazione giuridica di concetti normativi vaghi¹³⁵; su questo tema nemmeno la Corte di giustizia UE ha dimostrato piena sensibilità.

È pacificamente ammesso che la discrezionalità sussiste quando la norma attribuisce all'Amministrazione il potere di scegliere tra più comportamenti legittimi da tenere per l'attuazione dell'interesse pubblico¹³⁶. Particolare attenzione deve così essere rivolta alla norma di conferimento del potere, che imprescindibilmente delinea quantomeno l'Amministrazione deputata ad agire ed il fine dell'azione. Questi elementi della norma rivestono un ruolo preminente nel diritto amministrativo dell'Unione, che in quanto ordinamento derivato vede le sue istituzioni legittimate all'azione solo per perseguire i fini sanciti dai Trattati e rispettando le competenze in questi designate; al di fuori di tale ambito si ricade nella sfera delle potestà degli Stati¹³⁷. Ne discende perciò che gli organi di un ordinamento privo di finalità generali, quale quello europeo, non possono essere attributari di qualsivoglia potere per perseguire ogni finalità considerata lecita nel

¹³⁴ Sul punto, cfr. MENDES, *Administrative discretion in the EU: comparative perspectives*, cit., p. 645 ss.

¹³⁵ Si può aggiungere, per finalità di completezza, che la tesi in questione meglio si attaglia anche alla disambiguazione della distinzione fra discrezionalità e valutazioni tecniche (o discrezionalità tecnica), più che mai attuale nel contesto amministrativo europeo.

¹³⁶ In questo senso, BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 7.

¹³⁷ Sul punto, anche per quanto afferisce alla tesi dei poteri c.d. impliciti, si veda D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 93.

contesto giuridico in cui essi operano, ma i poteri devono essere strumentali al raggiungimento delle precise finalità emergenti dai Trattati¹³⁸. Di conseguenza, potenziali conflitti di attribuzione possono intercorrere con maggiore frequenza tra Stati membri e Unione europea piuttosto che fra entità europee.

In relazione al testo della norma di conferimento del potere, le attribuzioni delle Amministrazioni dell'UE possono quindi essere vincolate o discrezionali. La prima evenienza si verifica quando l'atto normativo determina tutti gli elementi riconnessi all'esercizio del potere in maniera puntuale, facendone discendere delle obbligate conseguenze¹³⁹. L'ente titolare del potere di azione si vedrà quindi preclusa ogni possibilità di effettuare una scelta fra più soluzioni astrattamente ammissibili per la cura in concreto dell'interesse pubblico europeo. Non saranno sicché contemplate opzioni rimesse al giudizio della p.A., quest'ultima mostrandosi obbligata ad agire o ad astenersi dal farlo, nel primo caso dovendo l'atto emanato avere un certo contenuto dispositivo ed essere adottato in un preciso momento.

Possiamo a riguardo menzionare il diritto di accesso ai documenti amministrativi, vantato dallo Stato membro erogatore di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE, nel procedimento dinnanzi alla Commissione¹⁴⁰. La Commissione, in applicazione del regolamento n. 1049/2001¹⁴¹, è tenuta ad ammettere lo Stato coinvolto alla consultazione dei documenti del fascicolo attinenti al procedimento amministrativo di indagine formale¹⁴². Dal momento che lo Stato notificante l'aiuto richiede alla Commissione la consultazione dei documenti procedimentali, l'Amministrazione è vincolata al rilascio di questi, risultandone il relativo potere vincolato e condizionato alla semplice richiesta dello Stato.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Così, sulla discrezionalità amministrativa in generale, POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 139.

¹⁴⁰ v. F. DONATI, *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione europea*, relazione tenuta al Convegno "Il Diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n.241 del 1990" (Università degli Studi Roma Tre, 10 novembre 2010), p. 11.

¹⁴¹ *Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*, G.U.C.E., 2001, n. L 145/43.

¹⁴² Corte Giust. U.E., sent. 29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione europea contro Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, ECLI:EU:C:2010:376, par. 58.

La mancanza di un margine di scelta in ordine al grado di soddisfazione dell'interesse pubblico resta comunque una considerazione distinta rispetto a quella concernente la semplicità della decisione da adottare. Infatti, possono ricorrere ipotesi nelle quali l'Amministrazione europea sia chiamata a dotare di un significato concreto una norma che si presta a molteplici interpretazioni o a compiere ardue valutazioni tecniche¹⁴³. Se nel primo dei due casi l'attività dell'organo resta una mera interpretazione normativa, nel secondo, laddove più opzioni siano possibili e legittime, si può far riferimento al concetto di discrezionalità c.d. tecnica; nessuna delle precedenti circostanze dà però luogo a discrezionalità amministrativa.

Si può parlare di attività interpretativa con riguardo alla nozione di impresa come menzionata negli artt. 101 e 102 TFUE: incertezze applicative potrebbero insorgere circa la natura dell'attività qualificabile come "di impresa", ovvero se l'entità considerata debba perseguire scopi lucrativi o meno. Sebbene una definizione non sia fornita dalla legge, nell'interpretare la formula la Commissione non svolge apprezzamenti, né bilanciamenti, relativi agli interessi pubblici e privati (non compie, cioè, scelte tese a massimizzare l'interesse pubblico concreto)¹⁴⁴, ma compie una mera attività intellettuale-interpretativa¹⁴⁵. Per questa ragione, la Corte di giustizia dell'UE ha potuto sindacare l'interpretazione del concetto datane dalla Commissione, attribuendo ad esso un significato preciso, al punto che il termine "impresa" oggi non identifica più un concetto indeterminato nel diritto della concorrenza europeo¹⁴⁶. Sul punto si tornerà nel capitolo 4 (§ 2.2.2).

Non sussiste discrezionalità amministrativa, se non in minima parte (ma la questione è tutt'ora controversa), nemmeno quando le possibili scelte dell'autorità

¹⁴³ Sulle differenze tra discrezionalità e interpretazione, si veda J. MENDES, *Executive discretion in the EU and the outer boundaries of law*, nel volume a cura di J. MENDES, *EU executive discretion and the limits of law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 11 ss.

¹⁴⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, n. 4, p. 463, 476.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 473. Cerulli Irelli evidenzia come l'attività discrezionale implichi un imprescindibile elemento volitivo per dettare la regola valida per il singolo caso, cosicché venga ad esistere un *quid novi* rispetto alla norma generale attributiva del potere.

¹⁴⁶ V. Corte Giust. C.E., sent. 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner) par. 21 ss. Tuttavia, quello che qui interessa non concerne il grado di cementificazione che la sentenza ha avuto per l'interpretazione della norma in esame. Nulla vieterebbe alla Corte di attribuire un diverso significato al termine impresa; ciò che invece suscita il nostro interesse è la naturalezza con la quale, in questo esempio come in molti altri, la CGUE possa sostituire la propria interpretazione di un concetto a quella operata dall'amministrazione, senza comunque violare il principio di equilibrio istituzionale.

spaziano fra più soluzioni sulla base di valutazioni tecniche in grado di lasciare margini di opinabilità sulla adozione del criterio tecnico da seguire e sulla applicazione di questo¹⁴⁷. Rimanendo nell'ambito del diritto *antitrust*, la Commissione ha il potere di irrogare sanzioni ad imprese che abbiano concluso accordi aventi «[...] l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza»¹⁴⁸. Pur potendosi ravvisare una complessità tecnico-economica nella definizione di un accordo concreto come lesivo della concorrenza, il margine di apprezzamento si sostanzia in valutazioni specialistiche economiche piuttosto che nella cura di interessi pubblici¹⁴⁹. Perciò, anche la c.d. discrezionalità tecnica, a cui oggi è preferita la dicitura “valutazioni tecniche”, è un sostrato distinto rispetto a quello di discrezionalità amministrativa¹⁵⁰.

Il potere discrezionale propriamente detto consta dunque di una scelta, tra quelle consentite, che consenta di soddisfare al meglio l'interesse pubblico con minore sacrificio degli altri interessi in gioco. Paradigmatica è la sentenza della Corte di giustizia CECA *Wirtschaftsvereinigung Eisen e altri contro l'Alta Autorità*, ove si constata l'effettiva impossibilità di realizzare massimamente tutti gli interessi previsti dal Trattato, imponendo all'Alta Autorità di trovare un “compromesso” tra questi¹⁵¹. Oltre a ciò, la CG prende atto della potenziale impossibilità di conciliazione degli interessi europei, ammettendo l'attribuzione di una temporanea preminenza per uno o più di essi in considerazione delle circostanze verificatesi nella fattispecie concreta¹⁵².

Le configurazioni della discrezionalità sono plurime, manifestandosi essa sotto vari aspetti e assumendo diverse forme. Certamente, presupposto immancabile è un certo grado di indeterminatezza dell'azione, altrimenti, come evidenziato poc'anzi, il potere sarebbe vincolato.

¹⁴⁷ Sul punto, cfr. J. MENDES, *Bounded discretion in EU law: a limited judicial paradigm in a changing EU*, in *Mod. law rev.*, 2017, n. 80, 3, p. 443, 456 ss.

¹⁴⁸ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 101, par. 1.

¹⁴⁹ v. M. AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 105, secondo il quale la discrezionalità tecnica delle istituzioni comunitarie non fa venir meno il carattere vincolato dell'atto.

¹⁵⁰ POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 145.

¹⁵¹ Corte Giust., sent. 12 giugno 1958, causa 13/57, *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie, Gußstahlwerk Carl Bönnhoff KG, Gußstahlwerk Witten AG, Ruhrstahl AG ed Eisenwerk Annahütte Alfred Zeller contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, ECLI:EU:C:1958:10, p. 278.

¹⁵² *Ibid.*, p. 279.

L'indeterminatezza può presentarsi come vaghezza della norma attributiva del potere, sia essa contenuta in un trattato o nel diritto derivato, nel fissare i presupposti dell'azione. Così, come nel diritto nazionale degli Stati, anche nel diritto europeo non mancano previsioni normative che lasciano alla discrezionalità delle varie istituzioni, organi e organismi la verifica circa la rispondenza della fattispecie concreta a quella astratta contenuta nella norma. È questo il caso, ad esempio, di una previsione in tema di aiuti di stato che subordina la possibilità di autorizzare la concessione di un aiuto alla funzionalizzazione delle risorse alla «realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo»¹⁵³.

Questa circostanza è stata trattata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Philip Morris*, nella quale il giudice europeo ha riconosciuto la discrezionalità della Commissione¹⁵⁴. A ben vedere, i sopracitati concetti di “progetto di comune interesse europeo” e la riconnessa “importanza” mettono l'Amministrazione nella condizione di poterli applicare in base al valore attribuito agli interessi rilevanti in concreto. È nondimeno eloquente il linguaggio impiegato dalla Corte, che evidenzia come la Commissione «poteva benissimo» non ritenere l'investimento un importante progetto di comune interesse, inducendo ad intendere che, sia nell'ipotesi in cui la Commissione avesse giudicato il progetto importante che nell'ipotesi contraria, la decisione non sarebbe stata sindacabile sul piano giurisdizionale¹⁵⁵. Risulta perciò di palmare evidenza la differenza rispetto al caso *Höfner*, in cui al concetto indeterminato di “impresa” è stato assegnato dalla CG un significato preciso al quale tutti gli operatori pubblici e privati debbono attenersi¹⁵⁶.

L'elemento distintivo tra i due casi, l'uno limitato alla c.d. *interpretatio legis* e l'altro riferito alla discrezionalità dell'Amministrazione UE, è individuabile nel fatto che in quest'ultimo l'autorità pubblica compie un'attività di scelta orientata alla ponderazione di interessi pubblici e privati. Manca dunque nel primo esempio una manifestazione di volontà da parte della Commissione, essendo essa chiamata ad interpretare i Trattati, nulla aggiungendo alla volontà del legislatore.

¹⁵³ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 107, par. 3, lett. B.

¹⁵⁴ Corte Giust., sent. 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris Holland BV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1980:209 (Philip Morris), par. 25.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Corte Giust., causa C-41/90, cit., par. 75.

Differentemente, quando il potere è discrezionale si riscontra l'intento della legge (qui TFUE) di dotare la pubblica autorità del margine di scelta necessario affinché determini, nei limiti cc.dd. esterni delineati dalla norma stessa, il comportamento più opportuno affinché l'interesse pubblico europeo sia curato nel miglior modo possibile (c.d. limite interno). Rimanendo sulla questione dell'interesse pubblico europeo rispetto alla sentenza *Philip Morris*, la Commissione ha il dovere di valutare quale interesse considera preminente, coesistendo in sintesi l'interesse al mantenimento di un mercato interno perfettamente concorrenziale con quello relativo alla realizzazione di progetti comuni europei e, di riflesso, allo stimolo dell'economia e dell'occupazione. A seconda del singolo caso, diversi interessi possono essere prevalenti¹⁵⁷. La tipologia di discrezionalità cui si è accennato, che nel diritto anglosassone viene talvolta indicata come “*jurisdictional discretion*”, è probabilmente la più complessa da inquadrare, stante la sua sovente tendenza a confondersi con la pura attività ermeneutica¹⁵⁸.

Una diversa manifestazione del potere discrezionale si presenta quando l'indeterminatezza dell'azione non verte attorno ai presupposti fissati per l'esercizio del potere dalla norma, ma invero sulla condotta da intraprendere quando i presupposti si sono verificati [si parla in questo frangente, specialmente nel diritto anglosassone, di discrezionalità classica (*classic discretion*)]¹⁵⁹. Le ipotesi astrattamente configurabili sono pressoché illimitate, anche se possono classificarsi in varie categorie.

La *summa divisio* centrale pone l'accento sul margine di apprezzamento rimesso alla Amministrazione sull'opportunità di esercitare il potere¹⁶⁰. L'esercizio del potere può essere posto, una volta accertate le condizioni dell'azione, in termini di stretta consequenzialità/obbligatorietà oppure in termini di possibilità (anche in presenza di clausole possibilistiche di tale grado è necessario tuttavia ricordare che

¹⁵⁷ E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, nel volume a cura di F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 172.

¹⁵⁸ CRAIG, *EU administrative law*, cit., p. 440.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ La situazione menzionata è ben riassunta nel secondo comma dell'art. 258 TFUE in merito alla procedura di infrazione. Se lo Stato non si conforma agli obblighi europei (condizione sospensiva), allora la Commissione può scegliere di adire la CGUE esercitando un potere discrezionale.

il diritto amministrativo europeo è retto dal principio di doverosità; quindi, certe volte, affinché l'Amministrazione raggiunga il fine prestabilito il potere deve essere esercitato malgrado la norma apparentemente non faccia riferimento a un obbligo)¹⁶¹. Valutata l'opportunità (quando non obbligatorietà) di agire, può accadere che il contenuto dell'atto da emanare sia predeterminato (in tal caso il potere discrezionale si sarà esaurito in precedenza) in via normativa; benché questa sia una possibilità ricorrente, spesso il contenuto è scelto discrezionalmente, talvolta tra un elenco prestabilito di possibili atti e talune altre concepito autonomamente dall'agente. Le valutazioni discrezionali qui accennate sono da collocare rispettivamente nella classe di discrezionalità sull'*an* e sul *quid*, e a dette tematiche sarà dedicato nel prossimo capitolo un più compiuto approfondimento.

Nonostante il potere discrezionale c.d. classico implichi un percorso decisionale diverso rispetto a quanto considerato in precedenza, non vi sono dubbi sul fatto che la discrezionalità rimanga ancorata ad un apprezzamento circa l'opportunità dell'atto rispetto alla soddisfazione di un interesse pubblico che viene ponderato alla stregua di altri interessi pubblici secondo il loro valore nella fattispecie concreta¹⁶². Sicché, l'essenza dell'attività discrezionale rimane immutata.

Le tipologie di discrezionalità, come indeterminatezza della norma attributiva del potere o come scelta sul come conseguire un fine pubblico dopo aver accertato la rispondenza delle condizioni legali, sono spesso difficilmente separabili. Difatti, una trattazione distinta ha valore eminentemente esemplificativo giacché queste classificazioni, infinite in potenza, non sono imposte *ex lege* e sono spesso trascurate dalla giurisprudenza.

Infine, è opportuno evidenziare come l'esame degli atti amministrativi solitamente non debba confinarsi a una contrapposizione tra atti discrezionali e vincolati; più corretto sarebbe scrutare i singoli elementi discrezionali e vincolati di

¹⁶¹ Sul punto, si veda G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 96. V. inoltre E. CHITI - G. DELLA CANANEA, *L'attività amministrativa*, nel volume a cura di G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 104.

¹⁶² Cfr. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.

ciascun atto, in quanto, come già riconosceva André Hauriou¹⁶³, anche gli atti che presuppongono apprezzamenti discrezionali contengono delle componenti vincolate che segnano il confine della discrezionalità. In aggiunta, se, come si vedrà nel corso del prossimo capitolo, la discrezionalità può essere insita anche in piccoli frammenti del potere amministrativo, nel diritto positivo sarà difficile anche individuare atti interamente vincolati che non contemplano nemmeno piccole porzioni di discrezionalità.

5. L'incidenza dell'interesse pubblico europeo sulla concezione di discrezionalità

In seguito all'esame dei caratteri essenziali della discrezionalità vantata dalle Amministrazioni pubbliche dell'Unione europea preme soffermarci sulle peculiarità che connotano gli interessi pubblici in ambito eurounitario. Se, come si è avuto modo di illustrare, il potere discrezionale nel diritto amministrativo UE viene ad identificarsi con un bilanciamento qualitativo e quantitativo tra più interessi¹⁶⁴, si rende necessario un approfondimento sulla natura dell'interesse pubblico europeo, non solo in astratto ma pure in concreto.

I fini che i poteri pubblici dell'Unione devono perseguire sono di carattere generale e sovranazionale. Pertanto, essi possono differire sia dagli interessi pubblici di dimensione nazionale che da quelli dei privati. Come è noto, tutti i poteri dell'UE, non solo quelli legislativi, sono circoscritti alle materie indicate dai Trattati e possono esercitarsi esclusivamente per il conseguimento degli obiettivi da questi sanciti¹⁶⁵. Secondo tale schema, che si aggiunge a quello rispondente alla enucleazione delle competenze, vengono a definirsi le attribuzioni delle istituzioni europee, che conseguentemente sono sottratte alla sfera degli Stati membri¹⁶⁶. Con riguardo ai poteri amministrativi di titolarità dalle Amministrazioni europee, il

¹⁶³ v. A. HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification* in *Mélanges en hommage à Carré de Malberg*, Dalloz, Parigi, 1933, p. 240.

¹⁶⁴ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74.

¹⁶⁵ *Versione consolidata del trattato sull'Unione europea*, G.U.U.E., 2016, n. C 202/1 (TUE), art. 5, par. 2.

¹⁶⁶ *Ibid.*

rispetto della competenza e del vincolo del fine sono altresì significativi. Conferma di quanto affermato si rinviene nell'elenco di vizi dell'atto amministrativo che ne comportano l'annullamento: l'art. 263 TFUE, infatti, elenca i vizi di incompetenza e di sviamento di potere¹⁶⁷. Queste condizioni di validità si profilano come colonna portante del riparto di attribuzioni, sia internamente all'Unione europea che nei rapporti tra competenze attribuite all'Unione e quelle che invece restano prerogative degli Stati membri¹⁶⁸.

Nell'ottica di questo elaborato, incentrato sulla discrezionalità, la categoria dello sviamento di potere è di indubbia rilevanza in considerazione dell'inquadramento del fine, corrispondente all'interesse pubblico al quale l'azione (e quindi l'esercizio della discrezionalità, se mercé le classificazioni svolte in precedenza l'attività non risulta integralmente vincolata) è finalizzata secondo quanto disposto dai Trattati o da altri atti normativi. La figura dello sviamento discende da quella francese già considerata di "*détournement de pouvoir*"¹⁶⁹ e riguarda quegli atti che sono adottati per uno scopo diverso rispetto a quello per il quale i poteri sono stati attribuiti dalla norma¹⁷⁰. Dalla previsione di un simile vizio si evince una caratteristica fondamentale dell'attività amministrativa europea, ossia la sua funzionalizzazione al raggiungimento di un determinato fine pubblico. Se è dunque evidente la funzionalizzazione dell'attività amministrativa degli organi europei verso il perseguimento di finalità pubbliche, si rende opportuno comprendere il significato dell'interesse pubblico comunitario.

L'interesse pubblico europeo può non coincidere, o addirittura nettamente confliggere, con altri interessi pubblici di cui sono portatori gli Stati membri. Ciò

¹⁶⁷ Come già specificato in precedenza, i medesimi vizi possono determinare l'annullamento di atti amministrativi così come di atti legislativi.

¹⁶⁸ Si è parlato della duplice conformazione dell'incompetenza come di incompetenza relativa e assoluta. Non diversamente, per riprendere la stessa terminologia, anche lo sviamento di potere quale vizio della funzione può dirsi relativo o assoluto a seconda che la violazione del fine risponda a una espansione ingiustificata delle funzioni previste da altre norme attributive di poteri c.d. europei o che si sostanzi in un'illegittima "invasione di campo" a danno degli Stati membri. Per una efficace sintesi dell'argomento, v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 489 ss.

¹⁶⁹ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administrative*, 2^a ed., Larose & Forcel, Parigi, 1893, p. 203.

¹⁷⁰ Corte Giust. U.E., sent. 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1995:160, par. 61. V. anche Corte Giust. C.E., sent. 13 novembre 1990, causa C-331/88, *The Queen contro The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*, ECLI:EU:C:1990:391 (Fedesa), par. 24.

appare naturale visto che l'Unione agisce nel perseguimento di determinati obiettivi indicati nei Trattati, cosicché se l'atto normativo dovrà essere rivolto a certe finalità, lo stesso vale per l'atto amministrativo del quale il primo rappresenta il presupposto¹⁷¹.

Significativa può essere la precitata sentenza della Corte di giustizia nella causa *Philip Morris*, ove viene messa in luce la latitudine sovranazionale degli interessi pubblici che le Amministrazioni europee devono curare¹⁷². Sotto questo profilo, il valore che gli interessi assumono è commisurato all'intero territorio dell'Unione e ai bisogni della comunità nel suo insieme, cosicché, ad esempio, un aiuto di Stato che alteri la concorrenza appannaggio di un incremento occupazionale in una zona con forte sottoccupazione rispetto allo Stato in questione può apparire proporzionato dal punto di vista statale, ma può non rivelarsi tale in una prospettiva eurolunitaria. Perciò, il valore che uno Stato attribuisce all'interesse occupazionale nella concessione di un aiuto di Stato non dovrà essere riferito alla zona interessata in rapporto allo Stato, ma dovrà considerare l'intera Unione europea. Solo ragionando entro questi canoni si potrà valutare l'interesse pubblico comunitario. Questo comporta un'assai inusuale situazione in cui, per usare le parole di M.P. Chiti, «governi e privati concorrono con eguale titolo nello sfruttare i dislivelli di regolazione e nel presentare e far valere i propri interessi»¹⁷³.

Si evidenzia pertanto come la dicotomia tra esecuzione diretta ed indiretta assuma connotati pratici considerevoli che vanno oltre il semplice valore organizzativo. L'Amministrazione europea si rivela quindi più indicata per la cura di interessi sovranazionali. Sotto questo aspetto, la differenza tra amministrazione UE diretta ed indiretta, con il tendenziale direzionamento verso un c.d. apporto congiunto¹⁷⁴, porta con sé dei risvolti in termini funzionali, che non si arrestano quindi all'area delle scelte organizzative. La spiccata sensibilità delle Amministrazioni europee nella protezione di interessi comunitari si rispecchia oltremodo nell'autorità giudiziaria adibita alla funzione di controllo sull'esercizio

¹⁷¹ È bene ricordare come, ciononostante, una delle caratteristiche del diritto primario europeo (Trattati) sia l'attribuzione diretta di poteri amministrativi senza che si renda necessaria una mediazione ad opera del diritto derivato.

¹⁷² Corte Giust., causa 730/79, cit., par. 26.

¹⁷³ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 130.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 131.

dei poteri discrezionali: naturalmente in questo la Corte di giustizia UE si dimostra più uniforme rispetto alle marcatamente eterogenee corti nazionali.

In numerose altre situazioni l'interesse europeo comunque non cozza con quelli nazionali, e se quando ad agire è un'Amministrazione eurounitaria gli interessi nazionali vanno a riassumersi in quello comunitario, quando l'esecuzione si compie a livello statale l'interesse europeo sembra malleare quello nazionale fino a pervenire ad una sovrapposizione di essi¹⁷⁵.

Tenuto conto della natura del potere amministrativo europeo, la discrezionalità si delinea in maniera significativamente diversa a seconda che l'interesse dello Stato coincida con quello europeo o, al contrario, confligga con quest'ultimo essendo allineato con l'interesse dei privati. Logicamente il bilanciamento tra interessi operato in sede di esercizio della discrezionalità amministrativa sarà diversamente orientato a seconda dell'atteggiarsi dell'interesse nazionale. Tuttavia, il fine posto dalla normativa europea di attribuzione del potere rimarrà equivalente all'interesse pubblico c.d. primario¹⁷⁶ che le Amministrazioni europee sono tenute a massimizzare. Quanto visto non deve sorprendere e trova una giustificazione nella limitazione di sovranità a cui gli Stati membri hanno volontariamente deciso di sottoporsi¹⁷⁷.

È possibile sicché individuare nello studio del potere discrezionale la più tipica caratteristica del rapporto tra diritto europeo e diritto nazionale, nel senso di un trasferimento da parte degli Stati di una parte della propria sovranità in favore di un ordinamento il cui diritto, in determinate materie e allorché sia funzionale al raggiungimento di obiettivi comuni, prevale sul diritto interno; ciò si manifesta anche nell'esercizio dell'attività amministrativa dal momento che gli interessi statali possono soccombere dinnanzi a quelli europei nell'espletamento di attività discrezionali da parte delle Amministrazioni dell'UE.

¹⁷⁵ Così, ad esempio, in materia di diritto dell'ambiente, v. A. GRASSO - A. MARZANATI - A. RUSSO, *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, nel volume diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., vol. I, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2007.

¹⁷⁶ La netta individuazione di un interesse primario si può dimostrare assai ardua, specialmente quando ad agire sono più organi. v. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1054.

¹⁷⁷ Così Corte Giust., causa 6/64 (*Costa contro Enel*), cit., p. 1145.

6. La norma attributiva del potere

La discrezionalità amministrativa dipende sostanzialmente dal modo di atteggiarsi della norma attributiva del potere; all'esame di quest'ultima non è quindi possibile sottrarsi nel corso della presente ricerca. Le valutazioni fin qui condotte hanno dimostrato come nel diritto europeo il potere amministrativo venga frequentemente conferito dalle norme contenute nei Trattati istitutivi (segnatamente il TFUE), cioè in norme il cui valore è di tipo costituzionale¹⁷⁸.

Ciononostante, anche le fonti di diritto derivato che non richiedono misure di implementazione ad opera delle legislazioni degli Stati membri (alle predette caratteristiche rispondono essenzialmente i regolamenti) si prestano ad essere impiegate per attribuire il potere. In una siffatta situazione, un aspetto da considerare pertiene alla diversa caratterizzazione della discrezionalità nell'emanare l'atto normativo derivato rispetto ad altri atti amministrativi generali (o astratti).

Come già accennato, benché l'atto normativo c.d. derivato sia adottato secondo una procedura legislativa, esso è vincolato nel fine dai Trattati. A causa della labile diversità fra atti normativi e amministrativi, la discrezionalità legislativa che si manifesta non è scindibile plasticamente da quella amministrativa¹⁷⁹. Probabilmente la più accesa differenza si rinviene nel carattere doveroso dell'agire amministrativo quando si verificano le condizioni dell'azione; tale elemento non risulta così nettamente per l'attività legislativa. Alla luce delle problematiche incontrate nella ricostruzione dell'atto amministrativo europeo, in questa sede è sposata una teoria formalistica; perciò, atti amministrativi sono quelli che promanano da Amministrazioni unionali¹⁸⁰.

¹⁷⁸ v. S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, n. 3, p. 469, 476.

¹⁷⁹ B.G. Mattarella relega la definizione dell'atto amministrativo europeo ad un'operazione puramente descrittiva (B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 362).

¹⁸⁰ v. M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 160.

6.1. *Diritto primario*

Generalmente sulla base delle disposizioni dei Trattati europei vengono adottati atti normativi di diritto derivato, viene cioè esercitata una funzione legislativa¹⁸¹. Questo non impedisce ai Trattati di attribuire direttamente poteri amministrativi che non richiedono alcuna interposizione normativa. Malgrado ciò, anche se i poteri sono attribuiti dai Trattati, ciò non fa venire meno la necessità di un intervento normativo di dettaglio, specialmente per quanto riguarda l'adozione di atti particolari e concreti che, applicando una terminologia di uso frequente nel diritto nazionale, chiameremmo provvedimenti, di cui le sanzioni costituiscono una chiara manifestazione¹⁸².

La possibilità di esercitare poteri discrezionali per dare attuazione a previsioni costituzionali si concretizza nella misura in cui sono gli stessi Trattati ad indicare, esplicitamente o implicitamente, l'interesse pubblico. Ove ciò avviene, non si rinvengono particolari impedimenti alla qualificazione dei relativi poteri come discrezionali laddove alle Amministrazioni europee sia rimesso il compito di scegliere fra più soluzioni. Naturalmente nulla osta a che i Trattati, anziché conferire poteri discrezionali, ne conferiscano di vincolati o di specie involgenti valutazioni tecnico-economiche complesse¹⁸³; ciononostante la distinzione di fondo fra poteri discrezionali e vincolati non presenta particolari varianti dipendenti dal tipo di norma che l'Amministrazione è chiamata ad attuare.

Preso atto del vincolo finalistico che i Trattati europei pongono all'esercizio di funzioni sia legislative che amministrative, pare pleonastico cercare di demarcare

¹⁸¹ Nel diritto UE gli attuali TUE, TFUE e la Carta dei Diritti Fondamentali assurgono a testi di valore costituzionale. v. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, cit., p. 476. Si veda, inoltre, S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, nel volume a cura di M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 23 - 25.

¹⁸² A titolo di esempio è possibile notare come nel diritto *antitrust* i poteri siano sostanzialmente definiti tramite fonti di diritto primario, sebbene fonti di tipo derivato ne specifichino il contenuto (*Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, G.U.C.E., 2003, L 1/1). Sul punto, si vedano R. WISH - D. BAILEY, *Competition law*, 10^a ed., Oxford University Press, New York, 2021, p. 261 ss.

¹⁸³ Non è il caso di approfondire in questa sede le riflessioni che si sono susseguite circa la correttezza della qualifica di atti amministrativi con riferimento agli atti frutto dell'esercizio di poteri non discrezionali. La tematica sarà brevemente ripresa al paragrafo VII.

la linea distintiva fra potere legislativo ed esecutivo e, inevitabilmente, fra gli atti caratterizzanti l'uno e l'altro potere. Se infatti la discrezionalità amministrativa è il margine di apprezzamento, delimitato positivamente, rimesso all'Amministrazione incaricata di attuare una norma, e quindi di curare l'interesse pubblico affidato da quella norma alla cura della PA, non si notano negli atti legislativi europei elementi tali da scindere la figura della discrezionalità amministrativa dall'esecuzione di poteri legislativi discrezionali. Ciò che manca all'atto legislativo UE è, in sintesi, la "fissazione" di un interesse come pubblico e meritevole di tutela (doverosa).

È possibile che la legislazione europea intervenga definendo (affinando) un certo interesse affidandone la cura nel caso concreto all'Amministrazione. La funzione ivi considerata non è però dissimile da quella svolta da un atto amministrativo nazionale detto "generale" (o a maggior ragione se regolamentare).

Quindi, volendo scrutinare la sostanza dell'atto, la esclusiva demarcazione può concernere la discrezionalità nell'attuazione di atti aventi contenuto generale e astratto (normativi) e quelli che invece sono particolari e concreti, poiché altre differenze sostanziali nell'atteggiarsi del potere discrezionale non sono individuabili.

Nonostante ciò, in questo lavoro ci occupiamo delle Amministrazioni europee, cosicché il problema della discrezionalità è inquadrato in una prospettiva formalistica come problema della discrezionalità delle Amministrazioni pubbliche europee, quale che sia la loro funzione nella sostanza, pur essendo consci della possibile affinità della discrezionalità del legislatore con quella dell'Amministrazione.

Si noti che, comunque, la discrezionalità del legislatore rispecchia quella amministrativa e non l'inverso; dunque l'oggetto d'analisi non risulta alterato, confinandosi il problema alla delimitazione del campo di indagine e non alla sostanza del potere discrezionale delle Amministrazioni europee. Quello che qui rileva è semplicemente che le disposizioni dei Trattati europei assumono dei fini come fini dell'UE e incaricano una o più Amministrazioni europee (e nazionali) di garantirne la realizzazione.

Le disposizioni dei Trattati conferiscono poteri rilevanti alla Commissione, nello svolgimento del suo ruolo di guardiano del diritto europeo¹⁸⁴. In via generale, è possibile segnalare come il TUE delinea alcune importanti missioni amministrative della Commissione, essendo poi il TFUE a definire con maggiore dettaglio le sopracitate funzioni, quindi attribuendo effettivamente il potere amministrativo. Si può menzionare, a titolo esemplificativo, l'art. 95, par. 4 TFUE, che conferisce alla Commissione il potere di azione relativamente al divieto di discriminazioni basate sul paese di origine o di destinazione delle merci all'interno del mercato europeo. Al riguardo, la Commissione europea è incaricata di prendere le "necessarie decisioni" affinché siano impediti discriminazioni di tal genere. Come si può evincere dal testo, la Commissione gode di discrezionalità nel compimento delle sue scelte. L'attenzione può essere volta alla conformità e consequenzialità di questa norma con l'art. 17, par. 1 TFUE nella parte in cui affida alla Commissione il mandato di promuovere l'interesse generale e di svolgere funzioni di esecuzione. Appare con tutta evidenza l'inidoneità di quest'ultima norma, per assoluta vaghezza del fine, a conferire un potere amministrativo alla Commissione, fungendo al contrario come disposizione generale sulla base della quale ritagliare le effettive competenze dell'istituzione. L'art. 17 ricopre nondimeno una veste essenziale per l'operare della Commissione, sia con riguardo alle funzioni politico-normative che amministrative¹⁸⁵.

Un'ulteriore dimostrazione del potere discrezionale derivante dal TFUE è rintracciabile nelle c.d. misure di salvaguardia, ove la Commissione europea può autorizzare la mancata applicazione di misure europee di armonizzazione, valutata la necessità in ordine alla tutela dell'ordine pubblico, della moralità, della pubblica sicurezza e di altri interessi nazionali¹⁸⁶. Quindi la Amministrazione UE dovrà bilanciare l'interesse al ravvicinamento delle normative statali per il

¹⁸⁴ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *The European Commission*, nel volume a cura di H.-J. BLANKE e S. MANGIAMELI, *The Treaty on European Union (TEU). A commentary*, Springer, Berlino, 2013, p. 689 ss.

¹⁸⁵ La Corte di giustizia si è pronunciata sul significato del precedente e corrispondente art. 211 TCE, seppur in un *obiter dictum*, affermando l'idoneità (e vista la fondamentale importanza delle attribuzioni di cui trattasi, anche la necessità) della Commissione ad emanare atti sia generali che individuali per garantire l'applicazione dei Trattati (Corte Giust., sent. 24 ottobre 1989, causa 16/88, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1989:397, par. 11).

¹⁸⁶ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 114, par. 4.

consolidamento del mercato interno con gli interessi pubblici nazionali. È questo un tipico caso, sul quale si tornerà anche nel paragrafo 7 del presente capitolo, di discrezionalità coinvolgente più interessi pubblici, l'uno comunitario e gli altri di estensione nazionale, tutti questi dovendo essere ponderati per costruire l'interesse pubblico concreto: ci troviamo cioè di fronte a una discrezionalità che esorbita dal rapporto fra autorità (pubblica) e libertà (del privato)¹⁸⁷.

Un altro importante settore in cui la discrezionalità viene in larga misura prevista dal TFUE riguarda quello della concorrenza e degli aiuti di Stato, cui si è già a più riprese accennato e che verrà riconsiderato più avanti.

6.2. *Diritto derivato*

Per quanto concerne l'attuazione del diritto derivato, è opportuno sottolineare come le Amministrazioni coinvolte sono più numerose che nelle ipotesi esaminate in precedenza; mentre infatti i Trattati come norme attributive del potere coinvolgono principalmente, anche se non esclusivamente¹⁸⁸, la Commissione ed il Consiglio, è attraverso la normazione derivata che tutte le altre Amministrazioni europee sono titolate ad esercitare le proprie funzioni amministrative.

Questo paragrafo non può in alcun modo pretendere di segnalare ogni ambito in cui il potere discrezionale è esercitato a livello unionale per dare attuazione a una norma di diritto derivato. Diversamente, l'obiettivo è quello di fornire una panoramica avente ad oggetto il modo in cui la discrezionalità si manifesta nel caso in esame, volgendo lo sguardo alla comparazione con la categoria di atti discrezionali appena esaminata¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Alla conclusione suesposta si giunge tramite un'interpretazione sistematica, dal momento che la disposizione pone quale condizione ostativa all'approvazione della deroga l'assenza di ostacolo al funzionamento del mercato. Tuttavia, la non applicazione di norme che promuovono il funzionamento del mercato necessariamente ne costituisce un ostacolo; perciò sembra che la norma non debba intendersi come un assoluto divieto all'adozione di misure di salvaguardia quando il funzionamento del mercato ne sarebbe pregiudicato a prescindere dall'entità del pregiudizio ma, piuttosto, come l'attribuzione alla Commissione di un potere discrezionale da esercitare ponderando più interessi, come normalmente avviene, v. F. MODUGNO, *Ordinamento, diritto, Stato*, nel volume a cura di F. MODUGNO, *Diritto Pubblico*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 15.

¹⁸⁸ Si pensi, ad esempio, ai ruoli della Banca centrale europea e del Sistema Europeo di Banche Centrali, nonché di numerosi comitati.

¹⁸⁹ La controversa classe di atti delegati e di esecuzione ex artt. 290 e 291 TFUE saranno considerati al capitolo IV (§ 2.3).

L'attuazione amministrativa del diritto derivato presenta maggiori somiglianze con la formazione della discrezionalità nel diritto nazionale. Sicché, così come la genesi del potere discrezionale delle p.A. nazionali si ricollega alla legge in virtù del principio di legalità, parallelamente la legislazione (derivata o secondaria) europea attribuisce quel potere alle Amministrazioni dell'Unione.

In generale, possiamo affermare come i fini pubblici europei risultino affinati per opera dell'intervento del legislatore. Questo appare una logica conseguenza dell'azione del legislatore che, ambendo al raggiungimento di un certo fine posto dal Trattato, specifica le modalità amministrative in modo tale da realizzare la propria missione¹⁹⁰. Senza una precisazione del fine, l'attività normativa diverrebbe superflua.

Possiamo menzionare la discrezionalità, in tema di Unione bancaria, della Commissione, da esercitarsi in applicazione del regolamento n. 806/2014 nel campo delle risoluzioni bancarie¹⁹¹. Quantunque il regolamento sia stato approvato sul presupposto del consolidamento del mercato interno (segnatamente della creazione del mercato interno dei servizi bancari) ex art. 114 TFUE, la discrezionalità della Commissione è diretta a dei fini più specifici quali sono essenzialmente la tutela della stabilità finanziaria e delle finanze dei contribuenti, la prima messa a repentaglio dai fallimenti degli istituti creditizi mentre le seconde sono potenzialmente scalfite dagli interventi pubblici di salvataggio meglio noti come *bail-outs* bancari (gli interventi cc.dd. *bail-out* sono pertanto più adeguati secondo il legislatore europeo)¹⁹². Il che risulta dalla normativa regolamentare già citata. Nell'intervenire attuando un'azione di risoluzione, il Comitato di risoluzione, dopo aver completato complesse valutazioni tecniche quali l'accertamento del rischio di dissesto e l'impossibilità di superare l'avversità con interventi di privati, può determinare la risoluzione come necessaria (e

¹⁹⁰ Così Lavagna sulla corrispondenza tra attività politica e indicazione dei fini, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2^a ed., Utet, Torino, 1973, p. 815 ss.

¹⁹¹ Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010, G.U.U.E., 2014, n. L 225/1.

¹⁹² Sul tema, v. BASSAN, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, cit., p. 383, 392.

proporzionata) per la tutela di certi interessi pubblici¹⁹³. Il regolamento europeo prevede che, dopo che il Comitato abbia adottato la decisione a favore della risoluzione, la Commissione UE possa accettare od obiettare alla risoluzione in merito agli «aspetti discrezionali del programma di risoluzione»¹⁹⁴.

Gli interessi elencati dalla disposizione sembrano tuttavia includere un elevato coefficiente tecnico, pur permanendo un nucleo di discrezionalità anche politica¹⁹⁵, specialmente nell'apprezzamento sulla proporzionalità della misura rispetto ai fini che le Amministrazioni sono tenute a svolgere all'interno di una valutazione complessiva che è infarcita di componenti altamente tecniche¹⁹⁶.

Se quella citata può dirsi una dimostrazione della esigua discrezionalità presupposta da un regolamento UE per regolare delle situazioni individuali e concrete (provvedimento), un difforme discorso può farsi per le attività cc.dd. regolatorie che il diritto derivato implica. In via di approssimazione possiamo ritenere che la discrezionalità delle Amministrazioni aumenta allorché esse determinano il contenuto di atti aventi carattere generale. La situazione che viene a determinarsi contempla quindi un atto di diritto derivato con contenuto generale che legittima un'Amministrazione europea a redigere un atto avente a sua volta carattere generale. L'eterogeneità delle possibili situazioni che si creano non permette di condurre un'analisi generalizzante.

Ciò che quindi si può dedurre concerne la minore discrezionalità degli atti adottati sulla base di norme di diritto derivato rispetto a quanto avviene per gli atti il cui unico fondamento e limite si trova nei Trattati istitutivi o nelle disposizioni ad essi equiparate. La norma generale derivata funge da norma interposta e, andando a specificare il fine e le condizioni imposte dal diritto primario, riduce il margine di discrezionalità fino quasi ad eliminarlo. Ciò avviene sia per quanto

¹⁹³ La procedura dettagliata è contenuta nel *Regolamento (UE) n. 806/2014*, cit., art. 18.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Sul punto, cfr. B.G. MATTARELLA, *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, nel volume a cura di J. MENDES, *EU executive discretion and the limits of law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 22.

¹⁹⁶ Il fatto che il regolamento preveda la possibilità per la Commissione di obiettare sui soli profili discrezionali parrebbe alludere ad un intento di volerla estromettere dalle considerazioni più squisitamente tecniche delle quali è incaricato il Comitato (presupposto di una tal considerazione è l'interpretazione del concetto di discrezionalità come di discrezionalità politica; nel caso in cui il termine comprendesse anche la discrezionalità tecnica tale affermazione sarebbe priva di senso. Una siffatta interpretazione però renderebbe anche incomprensibile la norma, che prevedrebbe un giudizio della Commissione interamente sovrapposto a quello del Comitato).

attiene alla discrezionalità nell'emanare atti particolari che per gli atti generali. Un esempio illuminante del secondo genere può essere, per rimanere nell'alveo del diritto bancario, il regolamento della BCE che regola il sistema di riserve minime che le banche devono possedere¹⁹⁷. La possibilità della BCE di esentare determinati istituti dell'obbligo di riserva coinvolge una scelta la cui discrezionalità è ben maggiore di quella vantata dalla Commissione nell'esempio sopra citato della risoluzione bancaria.

7. Notazioni su alcuni aspetti salienti della discrezionalità delle Amministrazioni europee

Parte delle elaborazioni espresse fino a questo punto hanno presupposto l'unicità dell'Amministrazione agente nell'attuare la fattispecie normativa e, anche nei casi in cui l'atto avesse più autori, si è fatto luce sulle situazioni discrezionali dal punto di vista di un unico soggetto. La struttura dei procedimenti amministrativi europei è invero più articolata, sovente spettando a più organi, in vario modo, la concretizzazione dei dettati normativi. Un accenno a detti schemi che ordinano la formazione delle decisioni europee pare inevitabile onde concepire correttamente la figura del potere discrezionale dell'Unione.

I modelli puri di amministrazione diretta ed indiretta sono attualmente spesso sostituiti da soluzioni "ibride"¹⁹⁸, sostanziatesi in una coamministrazione di autorità statali ed europee che prende il nome di "amministrazione comune"¹⁹⁹. Quando dei procedimenti amministrativi propedeutici all'adozione di decisioni discrezionali coinvolgono sia Amministrazioni nazionali che sovranazionali (europee) si possono presentare diverse situazioni. L'essenziale distinguo è operato tra gli atti che sono frutto dell'esercizio del potere discrezionale di una sola Amministrazione, nazionale od europea, e quelli la cui essenza dipende dalle

¹⁹⁷ V. *Regolamento (UE) n. 2021/378 della Banca centrale europea del 22 gennaio 2021 sull'applicazione degli obblighi di riserve minime (rifusione) (BCE/2021/1)*, G.U.U.E., 2021, n. L 73/1.

¹⁹⁸ Per una efficace sintesi dell'argomento, v. S. CASSESE, *European administrative proceedings*, in *Law and contemporary problems*, 2004, n. 68, 1, p. 21, 27.

¹⁹⁹ MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., p. 344.

determinazioni discrezionali effettuate ad entrambi i livelli. Tale distinzione prescinde da quale sia l'autorità che formalmente adotta l'atto; questo rilievo riveste un ruolo più dal punto vista della competenza giurisdizionale che da quello della sostanza della decisione e dell'effettiva titolarità di un potere discrezionale²⁰⁰.

Le situazioni che possono venirsi a creare quando, in ipotesi di amministrazione congiunta, la discrezionalità spetta ad un solo livello di potere sono essenzialmente duplici. Da un lato, il potere discrezionale può spettare all'Amministrazione statale mentre, dall'altro, può essere l'Amministrazione europea a vantare una simile situazione soggettiva.

Quanto alla prima ipotesi, alcune eventualità indurrebbero a considerare un atto formalizzato a livello europeo come implicante discrezionalità delle istituzioni sovranazionali. Il concetto di "ripartizione delle competenze", caro alla Corte di giustizia, starebbe a significare non soltanto una separazione di competenze, ma anche una divergenza sull'effettivo modo di esercitarle, dal momento che ognuna di esse può avere un diverso contenuto. È questo quanto descritto nella sentenza *Kühne*²⁰¹, laddove la CG ha statuito il ruolo della Commissione europea essere confinato al controllo formale sulla decisione presa. Dunque il potere discrezionale in questione spetta allo Stato; contrariamente il potere della Commissione sarà vincolato. Il che impone di ritenere l'Amministrazione nazionale come vera promotrice dell'interesse pubblico concreto, che verrà composto tenendo conto delle considerazioni fattuali e assiologiche della comunità il cui interesse l'Amministrazione deve tutelare, risultando quest'ultima maggiormente indicata per svolgere simili valutazioni e apprezzamenti.

In questo quadro, come anche nel caso opposto in cui sia invece l'Amministrazione europea ad esaurire la discrezionalità dell'azione comune rendendo lo Stato mero attuatore di un potere vincolato (cioè di fatto mero esecutore materiale), è improprio parlare di coamministrazione, o almeno lo è con riferimento

²⁰⁰ Si veda Corte Giust. U.E., sent. 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Regno di Svezia contro Commissione delle Comunità europee e altri*, ECLI:EU:C:2007:802, par. 91 ss. Sul punto, criticamente, M. MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune»*, nel volume a cura di M. P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 113.

²⁰¹ Corte Giust. U.E., sent. 6 dicembre 2001, causa C-269/99, *Carl Kühne GmbH & Co. KG e altri contro Jütro Konservenfabrik GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2001:659, par. 50 - 54.

al potere discrezionale. Infatti, pur rispettando l'interferenza e il legame che può generarsi tra interessi dei vari ordinamenti, non si intravedono elementi che legittimino una vera influenza di un'Amministrazione sulla formazione della decisione discrezionale altrui. Trattasi cioè di fattispecie in cui l'Amministrazione di un ordinamento non contribuisce alla scelta dell'interesse da curare nel caso concreto e sul come curarlo.

Esasperando il concetto, possiamo assumere che se, come taluno sostiene, non vi è potere amministrativo se non si esercita discrezionalità (o non vi è vero potere amministrativo se non si esercita un nucleo minimo di discrezionalità), allora non vi è azione comune (o vera azione comune) se più Amministrazioni non posseggono un potere, almeno nei minimi termini, discrezionale²⁰². Anche non volendo aderire alla tesi minoritaria che costituisce la premessa sulla quale poggia questa deduzione, pare comunque lampante l'inutilità di studiare la discrezionalità legata a tali situazioni rimanendo questa nell'esclusivo dominio di una sola Amministrazione²⁰³.

Al contrario, assai attuale è il tema dei procedimenti in cui più Amministrazioni esercitano poteri discrezionali, cooperando al completamento dell'atto finale, in omaggio al principio di sussidiarietà²⁰⁴. Così facendo, si perviene probabilmente ad un maggior grado di soddisfazione degli interessi europei e nazionali, entrambi definendo l'interesse pubblico concreto di un determinato atto. Questo avviene, per esempio, in tema di aiuti di Stato. Se dapprima abbiamo analizzato il potere discrezionale della Commissione, è chiaro che l'atto nazionale di effettiva erogazione dell'aiuto non può che dirsi il frutto del potere eventualmente discrezionale dello Stato e della Commissione, nei casi in cui questa vanti un potere discrezionale e non vincolato. Quindi, se un'Amministrazione nazionale gode di

²⁰² Il punto è sinteticamente riassunto da Clarich, v. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 120 - 121.

²⁰³ Fra i più celebri esponenti della tesi in questione si ricorda Capaccioli, che esclude dalla qualifica di potere amministrativo di supremazia unilaterale l'esercizio dei poteri vincolati (E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1983, p. 279). La controtesi è dimostrata da Police, il quale evidenzia come senza la mediazione dell'amministrazione la legge non sarebbe capace di dispiegare i suoi effetti giuridici in capo ai privati. Ancorché vincolato, il potere è essenziale per la produzione di effetti giuridici, che non discendono automaticamente dalla legge, v. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 140.

²⁰⁴ Sul punto, cfr. P. CRAIG, *Subsidiarity: a political and legal analysis*, in *Journ. comm. mark. studies*, 2012, n. 50, 1, p. 72.

discrezionalità e la decisione è subordinata alla decisione discrezionale comunitaria, l'atto finale sarà sicuramente volto al raggiungimento di un interesse pubblico concreto, compatibile con l'interesse comunitario²⁰⁵.

Ovviamente, i casi citati hanno finalità prettamente schematizzanti, giacché è essenziale avere coscienza del fatto che essi non esauriscono le fattispecie dinamiche di amministrazione condivisa, molte situazioni risultando intrinsecamente ben più complesse e rendendo così difficoltoso il loro studio e la loro categorizzazione. Ad esempio, l'amministrazione condivisa potrebbe non concernere l'esercizio di due attività amministrative, bensì la sinergia tra attività amministrativa europea (in sé non immediatamente individuabile con certezza) e l'attività legislativa degli Stati membri²⁰⁶. Difettando i procedimenti amministrativi di omogeneità, parrebbe alquanto improprio trarre conclusioni universali per intendere il potere discrezionale europeo.

8. Il sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea

Storicamente si è sempre ritenuto necessario lo studio della sindacabilità in sede giurisdizionale di atti amministrativi discrezionali per avere piena contezza del significato e dei limiti del potere discrezionale in un determinato ordinamento giuridico. La Corte di giustizia UE ha costantemente limitato il suo campo d'indagine ai profili vincolati degli atti sottopostigli, con ciò evitando di invadere il campo della discrezionalità amministrativa. Sentenza esemplare in quest'ottica è quella relativa al caso *Commissione contro Italia*²⁰⁷, nella quale la Corte fa riferimento ai limiti interni ed esterni del potere discrezionale, entrambi rispettati nell'occasione dalla Commissione.

L'equilibrio istituzionale, che nella discussione ruotante attorno alla divisione delle potestà del potere giudiziario da quelle dell'esecutivo può anche

²⁰⁵ Sulla stessa onda, v. Corte Giust. U.E., causa C-64/05, cit., par. 75 ss.

²⁰⁶ Ritornando su un esempio già esposto, l'art. 114, par. 4 TFUE riguarda un caso in cui la Commissione europea deve autorizzare un'azione non già di un'amministrazione, ma del legislatore nazionale.

²⁰⁷ Corte Giust. U.E., sent. 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2002:143, par. 59.

etichettarsi come separazione di poteri, non può indurre però a stimare gli atti discrezionali come insindacabili in sede giurisdizionale²⁰⁸.

L'art. 263 TFUE elenca i vizi che possono portare all'annullamento dell'atto: agli errori nell'applicazione di regole sulla competenza e sulla procedura che potremmo qualificare come vizi esterni si aggiungono quelli che attengono al contenuto interno dell'atto, quali la violazione dei Trattati e delle regole relative alla loro applicazione e il già menzionato sviamento di potere.

Relativamente agli atti discrezionali, il giudice europeo ha specificato tre vizi specifici che possono colpire le scelte delle Amministrazioni; essi si sostanziano nello sviamento di potere, nell'errore manifesto di valutazione e nel palese travalicamento dei limiti del potere discrezionale²⁰⁹.

Il vizio dello sviamento corrisponde, come già accennato, a un perseguimento di un fine diverso rispetto a quello a cui il potere dovrebbe essere finalizzato in base alla legge. L'elemento viziante, come intuibile, non risulta facile da provare, il che appare ancor più incontestabile poiché la Corte di giustizia richiede che questo sia dimostrato alla stregua di indizi «oggettivi, pertinenti e concordanti» che facciano emergere come lo scopo *alterum* sia «esclusivo o quanto meno determinante»²¹⁰.

L'altro fenomeno di controllo di legalità interna, la violazione dei Trattati o delle norme da essi discendenti, assume una connotazione diversa confrontandosi con atti discrezionali, giacché l'indagine della CGUE si arresta all'errore manifesto di apprezzamento, in ossequio alla autonomia dell'Amministrazione nel compimento di valutazioni discrezionali. È sotto questo profilo che sono esaminate le motivazioni di fatto e di diritto, le qualificazioni giuridiche dei fatti e

²⁰⁸ BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 218. Il diritto europeo è difatti fondato sullo stato di diritto, che postula inevitabilmente un controllo di legalità degli atti, così come statuito dall'art. 47 CDFUE.

²⁰⁹ Così, fra le altre, Corte Giust. U.E., sent. 11 febbraio 1999, causa C-390/95 P, *Antillean Rice Mills NV, European Rice Brokers AVV e Guyana Investments AVV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1999:66, par. 48; Corte Giust. U.E., sent. 22 novembre 2001, causa C-110/97, *Regno dei Paesi Bassi contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2001:620; Corte Giust. U.E., sent. 14 luglio 2005, causa 41/03 P, *Rica Foods (Free Zone) NV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2005:456, par. 32.

²¹⁰ Corte Giust. U.E., sent. 5 ottobre 1994, cause riunite C-133/93, C-300/93 e C-362/93, *Antonio Crispoltoni e altri contro Fattoria Autonoma Tabacchi e Donatab Srl*, ECLI:EU:C:1994:364, par. 27.

l'adeguatezza dell'atto al raggiungimento del suo scopo²¹¹. Così come la violazione di legge prevista dal diritto italiano, anche la violazione dei Trattati e delle norme connessevi è da considerare come categoria residuale atta teoricamente a inglobare ogni violazione di regole formali o di competenza dal momento che queste regole sono enunciate nei trattati o in altre norme di diritto derivato dai Trattati²¹². Quanto richiamato ha una maggior pregnanza riguardo al vizio del fine, con il Tribunale e la Corte di giustizia europei inclini a scrutinare la violazione dei Trattati più che lo sviamento di potere²¹³.

Infine, un ultimo corpo di parametri con i quali confrontare l'esercizio del potere discrezionale per giudicarne la correttezza si rinviene nei principi generali del diritto europeo, elaborati dalla giurisprudenza della CGUE in parte seguendo le tradizioni dei diritti nazionali e in parte forgiando nuovi principi²¹⁴. Tra i principi maggiormente significativi spiccano quelli di certezza del diritto, irretroattività, legittimo affidamento, proporzionalità, parità di trattamento e buona amministrazione²¹⁵.

Questi principi così come gli altri limiti alla discrezionalità saranno approfonditi più nel dettaglio nel corso del capitolo IV. Ai fini del presente paragrafo basti sottolineare come i principi possono sia fungere come strumenti interpretativi volti a superare le incertezze ruotanti attorno all'attribuzione di un significato ai concetti giuridici indeterminati, sia come vere e proprie restrizioni del margine discrezionale in concreto spettante alle Amministrazioni UE.

Prendendo in esame la giurisprudenza della CGUE, questa parrebbe ondivaga circa l'intensità del sindacato giurisdizionale compiuto rispetto ad atti discrezionali. Inizialmente la Corte si è mostrata propensa a non interferire sulle vicende dell'attività discrezionale nelle valutazioni non inficiate da errori manifesti

²¹¹ Così BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit. p. 253.

²¹² Se la disposizione di riferimento è per il diritto europeo l'art. 263 TFUE, per il diritto italiano la normativa basilare è oggi la L. 7 agosto 1990, n. 241, cit. art. 21-octies.

²¹³ Uno dei tanti esempi sul tema ricorre in Corte Giust C.E., sent. 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd contro Consiglio delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1991:186.

²¹⁴ Sul punto, cfr. T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 5.

²¹⁵ v. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 110 ss..

provati adeguatamente dal ricorrente²¹⁶. Altre pronunce hanno invece mostrato un ruolo attivo della Corte di giustizia UE, specialmente del Tribunale, nell'effettuare il controllo, in particolar modo relativamente alle valutazioni tecnico-economiche complesse²¹⁷. Molte volte, tuttavia, è la differenza tra discrezionalità tecnica e politica a costituire la *ratio* dei diversi approcci. Tuttavia, l'accentuata ispezione dei presupposti su cui poggia la decisione è un indice del diverso rigore con il quale la CGUE può giudicare anche gli atti nell'adozione dei quali l'Amministrazione europea gode di ampia discrezionalità²¹⁸.

In conclusione, le susposte illustrazioni aventi riguardo alle tipologie di sindacato esercitato dalla Corte di giustizia dell'UE sul potere discrezionale devono essere completate con una menzione avente ad oggetto la giurisdizione di merito²¹⁹. Indicativo è il potere del Tribunale e della CG di «estinguere, ridurre o aumentare»²²⁰ l'entità delle sanzioni irrogate dalla Commissione europea in materia *antitrust*. Una simile evenienza è prevista espressamente dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che abilita il legislatore ad attribuire una giurisdizione «anche di merito» ai giudici europei²²¹. Sicché il giudice può sostituire le proprie valutazioni a quelle discrezionali della Commissione²²² ove reputi queste ultime viziate, di fatto surrogando essa nell'adozione della determinazione finale²²³.

²¹⁶ Si noti, ad esempio, Corte Giust., sent. 14 marzo 1973, causa 57/72, *Westzucker GmbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker*, ECLI:EU:C:1973:30, par. 15. Allo stesso modo, Corte Giust., sent. 8 marzo 1988, cause riunite 62 e 72/87, *Exécutif régional wallon e SA Glaverbel contro Commissione delle Comunità europee*, CLI:EU:C:1988:132, par. 34.

²¹⁷ Sono questi i casi dai più descritti come attinenti alla discrezionalità tecnica. Il tema è ricorrente soprattutto nel diritto della concorrenza, v. Corte Giust. U.E., sent. 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2002:264, par. 120, in cui l'onere di provare i fatti alla base della decisione è particolarmente oneroso per la Commissione.

²¹⁸ Cfr. Corte Giust. U.E., sent. 14 maggio 2002, causa T-126/99, *Graphischer Maschinenbau GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2002:116.

²¹⁹ Sul punto, v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 628 ss. Inoltre, cfr. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, ed. provv., Il Mulino, Bologna, 2020, p. 93 ss.

²²⁰ *Regolamento (CE) n. 1/2003*, cit., art. 31.

²²¹ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 261.

²²² Corte Giust. U.E., sent. 21 gennaio, 2016, causa C-603/13 P, *Galp Energía España SA e a. contro Commissione europea*, ECLI:EU:C:2016:38, par. 75.

²²³ v. P. DE LUCA, *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *P.A. persona e amm.*, 2018, n. 2, p. 115, 119.

Capitolo III

I diversi tipi di discrezionalità

SOMMARIO: 1. I vari elementi a cui si riferisce la discrezionalità e la loro riscontrabilità nel diritto europeo. – 2. La discrezionalità sull'*an.* – 3. La discrezionalità sul *quid.* – 4. La discrezionalità sul *quando.* – 5. La discrezionalità sul *quomodo.*

1. I vari elementi a cui si riferisce la discrezionalità e la loro riscontrabilità nel diritto europeo

Esaurite le riflessioni attorno al concetto generale di discrezionalità degli apparati amministrativi europei, in questo capitolo lo sguardo è volto all'esame delle varie tipologie nelle quali il fenomeno discrezionale può presentarsi.

Atteso che i criteri classificatori potenzialmente idonei a tratteggiare le figure del potere discrezionale sono pressoché illimitate (sicché è possibile categorizzare questo sulla base dell'organo preordinato all'adozione dell'atto finale e, per esempio, della sua connessione con il circuito democratico-rappresentativo; o ancora alla luce dell'ampiezza del margine di apprezzamento che può portare a delineare gli atti cc.dd. politici, e così via), l'analisi che segue è incentrata sull'oggetto della scelta che l'Amministrazione può prendere. Così la partizione effettuata riguarda le scelte in merito all'opportunità di agire, quelle sul contenuto dell'atto, sulle modalità di azione seguite per pervenire alla determinazione finale e sul tempo dell'azione stessa. Anche a livello nazionale gli studiosi hanno costantemente operato queste differenziazioni, che con qualche precisazione possono essere dunque riprese negli studi aventi ad oggetto il diritto amministrativo

europeo²²⁴. La discrezionalità in un atto amministrativo di solito investe diversi aspetti, cosicché le scelte vengono sovente a sovrapporsi ed intrecciarsi.

2. La discrezionalità sull'*an*

La discrezionalità sull'*an* attiene alla scelta circa l'opportunità di esercitare il potere amministrativo o meno. La determinazione compiuta con riferimento a questo aspetto assume grande rilievo.

È d'uopo qui riprendere le due macrocategorie di attività discrezionale sintetizzate nel precedente capitolo (§ 2.4). Possono farsi rientrare infatti tra le ipotesi di discrezionalità sull'*an* sia alcune fattispecie in cui l'indeterminatezza dell'azione, da determinarsi in seguito ad un esame circa la consistenza dell'interesse pubblico concreto, dipenda dall'impiego di concetti indeterminati nella norma di attribuzione (c.d. *jurisdictional discretion*), che altre in cui l'opportunità dell'azione possa essere apprezzata dall'Amministrazione anche in presenza di presupposti univocamente accertabili (c.d. *classic discretion*)²²⁵.

Soprattutto quest'ultimo genere di struttura della norma merita di essere interpretato alla luce del principio di doverosità che informa l'azione amministrativa. La discrezionalità da alcuni denominata "classica" si distingue infatti per la sua derivazione da un'attribuzione del potere il cui esercizio è configurato in termini di mera possibilità; formula esemplare di una simile categoria è la disposizione per cui "l'Amministrazione può". È però allo stesso tempo nota la fondamentale disarmonia dell'attività amministrativa con quella privata poggiante sul principio di autonomia; solo un'attività, qual è quella privata, libera da fini può costruirsi sul concetto di possibilità di agire, mentre lo stesso non può dirsi per il diritto amministrativo poiché esso indirizza ogni attività al raggiungimento di un fine di natura pubblicistica. Va da sé che il vincolo di perseguimento dell'interesse pubblico rende ogni atto a ciò propedeutico come doveroso, di modo che l'autorizzazione ad agire deve essere letta come un obbligo quando questo è

²²⁴ Cfr. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 143.

²²⁵ Cfr. CRAIG, *EU administrative law*, cit., p. 440.

necessario per la cura dell'interesse pubblico concreto, onde evitare una ricaduta in forme di arbitrio.

Il principio ivi descritto trova applicazione in ogni ordinamento giuridico a diritto amministrativo, perciò pure in quello europeo, fintantoché le Amministrazioni hanno la funzione di curare gli interessi pubblici nel caso concreto (così come tutte le Amministrazioni pubbliche).

Il margine di apprezzamento a cui si fa riferimento concerne quindi la valutazione e ponderazione degli interessi, dal cui esito la scelta può anche risultare obbligata. Con ciò si intende affermare il principio secondo il quale nelle situazioni citate la decisione non è, come potrebbe apparire, avulsa da considerazioni vertenti sulla cura dell'interesse pubblico; pertanto, le valutazioni concrete possono ridurre il margine di apprezzamento fino a definire come obbligatoria un'azione dove la tutela dei fini pubblici lo richieda.

Una disposizione problematica è riscontrabile nell'art. 258 TFUE, dal momento che l'adizione, da parte della Commissione, della Corte di giustizia dell'Unione europea in caso di inosservanza da parte di uno Stato degli obblighi comunitari è descritta come mera possibilità. Tuttavia, se uno Stato non si impegna a rimuovere l'infrazione o, comunque, a collaborare con la Commissione, sembrerebbe opportuno in ogni caso esercitare l'azione. Tuttavia, la Commissione europea è un'Amministrazione che esercita anche un rilevante ruolo politico all'interno dell'Unione, quindi è ammesso che essa privilegi far censurare alcuni casi di infrazione piuttosto che altri, purché ovviamente lo faccia per ragioni di politica amministrativa e non per motivi che non pertengono alla cura dell'interesse pubblico europeo²²⁶.

Ciò premesso, in un'ottica generale, la decisione sul se agire può dipendere da apprezzamenti di opportunità spettanti all'autorità amministrativa. È quanto risulta, fra le tante, dalla potestà regolamentare di alcune istituzioni e organi dell'Unione. Si ricava ad esempio dall'art. 132, par. 1 TFUE il potere della Banca centrale europea di attuare i regolamenti quando lo ritenga necessario per "assolvere" determinati compiti di politica monetaria. Allo stesso modo, il Consiglio può adottare regolamenti di esenzione in materia di aiuti di Stato in virtù

²²⁶ Si veda MATTARELLA, *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, cit., p. 31.

dell'art. 109 TFUE. Sono questi degli esempi in cui è certamente esistente una discrezionalità sull'*an*, nonostante coesistano altri aspetti della discrezionalità, in primo luogo sul contenuto (*quid*), che alla prima si affiancano.

Similmente, la Commissione gode di discrezionalità nell'aprire un'istruttoria in seguito ad una denuncia attestante un comportamento anticoncorrenziale. Il Tribunale è giunto a questa conclusione in *max.mobil contro Commissione*, ove ha ritenuto il potere della Commissione di aprire un procedimento discrezionale, purché le denunce siano state esaminate accuratamente²²⁷. La discrezionalità si riduce invece quando è previsto che un procedimento debba aprirsi ad istanza di parte, dovendo in tali casi l'Amministrazione agire senza possibilità di scelta²²⁸.

La linea distintiva tra i tipi di discrezionalità qui esaminati non sempre si mostra nettamente. Difatti, in tutti i casi citati in precedenza erano presenti anche altri tipi di discrezionalità, come quella sul *quando* e sul *quid*. In linea teorica pare pertinente cercare di evidenziare questi confini, dal momento che aiutano a comprendere l'azione dell'Amministrazione e le modalità attraverso le quali si estrinseca. Se è vero che non esistono poteri integralmente vincolati, è allora evidente come le dinamiche di scelta vincolata o discrezionale con riferimento ai singoli aspetti acquisiscano importanza. Non sempre però la demarcazione fra tipologie di scelte è decifrabile.

3. La discrezionalità sul *quid*

Nella gran parte dei casi la discrezionalità amministrativa delle Amministrazioni eurounitarie ricade sul contenuto dell'atto.

Solitamente alcuni elementi dell'atto sono investiti da discrezionalità laddove altri sono, se non vincolati, comunque limitati nella possibilità di scelta. È quanto avviene in base all'art. 126, par. 11 TFUE. La disposizione citata autorizza il Consiglio ad adottare una o più fra quattro misure elencate. Se perciò da un lato

²²⁷ Corte Giust. U.E., sent. 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI: ECLI:EU:T:2002:20, par. 55.

²²⁸ Si veda MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., p. 358.

l'Amministrazione ha un margine di scelta sulla misura o sulla combinazione di misure da adottare, dall'altro la scelta risulta comunque limitata alla gamma di contenuti indicati dalla norma²²⁹.

Nel margine di scelta sul contenuto dell'atto si rinviene, più che in altri, il momento di comparazione di vari interessi. In particolare, la ponderazione fra più interessi, insita in ogni apprezzamento discrezionale della p.A., si mostra con maggior evidenza nella scelta del contenuto. Se questa manca, infatti, sarà più difficile indagare realmente quali interessi sono stati valutati dall'Amministrazione, posto che non infrequentemente la motivazione dell'atto amministrativo non dà atto di tutti i processi psicologici seguiti dall'agente. Esistono tuttavia innumerevoli manifestazioni di potere discrezionale sul *quid*, sì da far risultare una tipizzazione inutile.

Nell'affrontare il tema del potere discrezionale riferito al contenuto dell'atto amministrativo, non possiamo esimerci dal menzionare il potere regolamentare delle Amministrazioni dell'UE: la discrezionalità sul contenuto è sempre immanente all'esercizio di una siffatta potestà. Sebbene le regole poste a livello regolamentare siano frequentemente colme di regole di natura tecnica, non pare corretto cadere nella tentazione di ricollegare le decisioni sottostanti a valutazioni tecniche implicanti, se del caso, discrezionalità tecnica. Il riferimento ai regolamenti concerne in questo caso la regolamentazione amministrativa, cioè gli atti generali adottati dalle Amministrazioni europee nell'esercizio di attività non legislative. Se è vero che, come più volte ripreso, la differenza sostanziale tra i tipi citati è spesso evanescente, qui ci dedichiamo all'analisi di quegli atti che dettano una disciplina, pur generale e astratta, per la miglior realizzazione del fine pubblico posto dalla legge (con quest'ultimo termine, che non è proprio del diritto europeo, si identificano sia gli atti legislativi che le disposizioni dei Trattati o di fonti ad essi equiparate, secondo lo schema atipico e disomogeneo caratterizzante il diritto dell'Unione). Come è noto, al di là dei caratteri formali, può apparire complicato discernere tra regolamenti legislativi emanati in virtù di una norma di diritto primario e regolamenti amministrativi, perché questi possono dare esecuzione a

²²⁹ Nel caso dell'art. 126, par. 11 TFUE, fra l'altro, una volta scelta la misura da applicare, margini di discrezionalità permangono relativamente al contenuto specifico della misura, come la determinazione dell'adeguatezza dell'ammenda.

norme del diritto sia primario che secondario; inoltre lo specifico sistema unionale porta così alcuni regolamenti legislativi ad essere estremamente dettagliati tanto da essere, per certi versi, assimilabili ad atti amministrativi generali. Sicché, in assenza di norme vincolanti nel senso di una riserva di amministrazione, spetterebbe alle stesse istituzioni europee avere cura di rispettare le prerogative amministrative nell'attuazione del diritto UE. L'unico criterio per distinguere gli atti (regolamenti) legislativi da quelli amministrativi sembra essere quello formale previsto dall'art. 289 TFUE vertente sul tipo di procedimento seguito per l'emanazione del regolamento.

Fatta questa precisazione, confinando il campo d'indagine agli atti non legislativi, possiamo osservare il fatto che l'apposizione di regole generali tecniche sia il prodotto di scelte discrezionali politiche, alle quali possono aggiungersi componenti tecniche, ma che non ne snaturano l'essenza. Se prendiamo in considerazione il regolamento della BCE n. 2021/378 dettante le condizioni per l'autorizzazione all'esercizio di attività creditizia, si constata come le regole condizionanti giochino un ruolo fondamentale sulla possibilità, e conseguentemente sul numero, di enti operanti nel settore bancario²³⁰. Risulta lampante così il sottostante apprezzamento del pubblico interesse che presuppone una comparazione fra più interessi, primi fra tutti la sicurezza dei correntisti dipendente dalla solidità finanziaria della banca e il sano sviluppo di un settore cruciale per l'economia europea. Se risulta chiaro come la redazione del regolamento imponga di tenere conto di valutazioni tecnico-economiche complesse e probabilmente opinabili, è altrettanto chiaro come queste possano soltanto influenzare, ma non sostituire, la più ampia valutazione discrezionale politica.

Al di là dell'area concernente gli atti amministrativi generali, cospicue componenti di discrezionalità sul *quid* si rinvencono anche nell'esercizio di attività volte all'emanazione di atti concreti e particolari. La capacità creativa delle Amministrazioni si può incontrare in tutti quei casi in cui la p.A. instaura con i destinatari dell'attività un dialogo affinché i suoi interlocutori si conformino alle richieste strumentali alla soddisfazione delle loro pretese.

²³⁰ Regolamento (UE) n. 2021/378 della Banca centrale europea del 22 gennaio 2021 sull'applicazione degli obblighi di riserve minime (rifusione) (BCE/2021/1), cit.

Se si considerano le condizioni indicate dalla Commissione in materia di aiuti di Stato, quanto appena affermato risulterà più suadente. L'art. 9 del regolamento (UE) n. 2015/1589²³¹ del Consiglio annovera tra le possibili decisioni conclusive del procedimento d'indagine c.d. formale condotto dalla Commissione anche l'approvazione della compatibilità dell'aiuto di Stato subordinata all'osservanza di certe condizioni dalla Commissione richieste²³². La norma in questione nulla aggiunge sul contenuto della decisione condizionale, aprendo di fatto ad una discrezionalità della Commissione circa i mezzi per raggiungere il risultato voluto in conformità con le esigenze del mercato interno, ciononostante non escludendo la possibilità di una rivisitazione (e ridimensionamento) degli obiettivi perseguiti dallo Stato membro²³³.

4. La discrezionalità sul *quando*

La scelta del momento dell'azione è di assoluta importanza ai fini dello studio della discrezionalità. Ogni autorità amministrativa, quando è chiamata ad (o decide di) esercitare l'azione amministrativa deve riporre l'attenzione anche sul fattore temporale; il che è riferibile alle Amministrazioni locali, centrali o locali, e a quelle sovranazionali come dell'Unione europea.

Qualsiasi attività, giuridica e materiale, è sempre calata in un preciso contesto temporale in relazione al quale essa può avere certi effetti e così essere lecita o illecita. All'interno di quelle che si definiscono attività lecite, il tempo dell'azione può essere un elemento in grado di influire sulla loro utilità o inutilità.

²³¹ *Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, G.U.U.E., 2015, n. L 248/9.

²³² A proposito, si vedano D. BAILEY - L.E. JOHN, *Bellamy & Child: European union law of competition*, 8ª ed., online, Oxford University Press, Oxford, 2018, par. 17.093.

²³³ Sul tema si consideri, ad esempio, la decisione della Commissione nel caso *MobilCom AG* (Comm. U.E., *decisione del 14 luglio 2004 relativa ad un aiuto di Stato della Germania in favore di MobilCom AG*, 2005/346/CE, G.U.U.E., 2005, n. 116/55) in cui gli aiuti di Stato costituiti da garanzie sono stati autorizzati a condizione che la società beneficiaria si astenesse dallo stipulare direttamente nuovi contratti di telefonia, e per assicurare ciò la Commissione richiedeva la chiusura degli sportelli fisici e di quelli *on-line*. All'autorità tedesca era concesso un termine di due mesi per l'attuazione di tali misure. Si può ben notare quindi l'entità del potere discrezionale goduto dalla Commissione, spinto al punto di precisare misure dettagliate che impedissero l'alterazione della concorrenza nel mercato europeo.

Se dunque ogni effetto dell'azione è parametrato ad un dato quadro temporale, deve così ammettersi che sia i soggetti pubblici che i privati, in quanto agenti razionali, devono fondare le proprie determinazioni su quel determinato quadro.

Ciò detto, dal punto di vista prettamente giuridico, il tempo dell'azione del privato interesserà in quanto possano scaturire attività legittime o illegittime, efficaci o inefficaci, null'altro rilevando nella sostanza per quanto attiene all'esercizio dei diritti soggettivi, rimanendo il fine perseguito e la corrispettiva opportunità ininfluenti. Al contrario, il potere amministrativo, indirizzato alla tutela del bene (interesse) pubblico, deve fare i conti con delle considerazioni sulla scelta del momento dell'agire, poiché esso influisce, oltre che sugli aspetti sopracitati, anche sull'opportunità dell'azione amministrativa. Quindi, l'adozione di un atto in un certo momento piuttosto che in un altro ha ripercussioni sulla tutela dell'interesse pubblico c.d. specifico²³⁴ e sugli interessi comunque coinvolti nel procedimento²³⁵.

La discrezionalità ricade quindi in modo inesorabile anche sul *quando*, giacché la legge, se è priva della possibilità di prevedere *ex ante* se sia giusto agire e come, ponendo norme di dettaglio per regolare ogni caso della vita (per limiti propri del legislatore o del linguaggio), a maggior ragione sarà impossibile pretendere che essa preveda anticipatamente l'esatto momento in cui agire è opportuno²³⁶. Anche su questo fronte assistiamo alla contrapposizione dialettica tra vincolatezza e discrezionalità quanto al momento dell'azione, che essenzialmente si verifica nella strutturazione di ogni potere amministrativo e non, come taluno potrebbe essere indotto a pensare, semplicemente in alcuni casi; la conseguenza che se ne trae è che raramente si presentano poteri integralmente discrezionali o vincolati relativamente al tempo dell'agire: più spesso la discrezionalità si esplica in seno a dei vincoli temporali posti dalla legge.

²³⁴ Sulla questione degli interessi pubblici specifici, si veda G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, 3ª ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 324 ss.

²³⁵ A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Cacucci, Bari, 1988, p. 13.

²³⁶ A proposito, si veda MICHOD, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, cit., p. 435. Nel testo Michoud afferma che, anche nell'adottare poteri vincolati, la pubblica Amministrazione rimane titolare della scelta sul tempo dell'agire.

Il principio basilare è comunque quello per cui l'Amministrazione europea è libera di scegliere il momento dell'azione se questo non è definito dalla norma. Va inoltre ricordato come la Carta dei diritti fondamentali (CDFUE) includa nel diritto ad una buona amministrazione anche il diritto di ogni persona a ottenere che le proprie questioni trattate in termini ragionevoli da istituzioni, organi e organismi europei²³⁷, cosicché la discrezionalità delle istituzioni, anche in assenza di disposizioni specifiche e in maniera piuttosto indefinita, viene a ridursi in via generale.

Come anticipato, limiti al potere discrezionale temporale sono stabiliti anche da disposizioni speciali che regolano singoli poteri amministrativi delle p.A. dell'Unione. Un esempio può essere tratto dal regolamento del Consiglio n. 139/2004²³⁸ in materia di concentrazione tra imprese, che all'art. 10 individua dei termini perentori per l'assunzione delle decisioni riguardo all'autorizzazione delle concentrazioni ricadenti nell'ambito di applicazione della disciplina europea, spirati i quali si forma il silenzio-assenso e l'inerzia della Commissione assume il valore di provvedimento positivo sulle richieste notificate. La perentorietà dei termini implica che la discrezionalità dell'Amministrazione sul punto è assai limitata. Peraltro, quando i vincoli temporali normativi sono stringenti, la discrezionalità diviene nella sostanza inesistente; infatti, termini di trenta giorni come quelli previsti dalla disciplina anzidetta non consentono alla p.A. interessata di compiere apprezzamenti vertenti sugli interessi pubblici, visto che parte del tempo è assorbito da valutazioni tecniche che una volta conclusi lasciano alla Commissione scarsissimo margine di autonomia fuorché la decisione sul contenuto dell'atto²³⁹.

In linea con le riflessioni condotte nel paragrafo 2, si registra come lo spazio discrezionale anche sul *quando* cresca sensibilmente in ambito europeo se si analizza il potere di adottare regolamenti o altri atti aventi contenuto generale visto che generalmente il relativo potere è inesauribile. Limitando ai fini di chiarezza il

²³⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., art. 41, para 1.

²³⁸ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), G.U.U.E., 2004, n. L 24/1.

²³⁹ Quando è stabilito il meccanismo del silenzio-assenso un ritardo nell'adozione dell'atto amministrativo oltre il termine prefissato sfocia in una decisione discrezionale sull'*an* in virtù della *fictio iuris* che rappresenta la peculiarità dell'istituto.

campo alle comunicazioni della Commissione, ci si avvede della loro estraneità a limiti temporali rigidi. Anticipando un approfondimento puntuale al quale sarà riservato spazio nel capitolo IV (§ 5) sul c.d. autovincolo della discrezionalità, è qui sufficiente evidenziare l'insussistenza di norme amministrative che si traducono in obblighi temporali per la Commissione od altre Amministrazioni comunitarie di limitare anticipatamente il proprio margine discrezionale. Parallelamente a un'ampia discrezionalità insistente su altri aspetti, anche la discrezionalità sul *quando* appare assai cospicua, stante ad esempio il potere della Commissione di pubblicare, modificare o eliminare atti di *soft-law* se e quando lo giudichi opportuno.

Nei casi in cui la normativa di riferimento non preveda alcun riferimento al dato cronologico dell'azione, la discrezionalità sul *quando* è amplissima, al punto di sfociare in una discrezionalità sull'*an*²⁴⁰.

La discrezionalità sul tempo dell'azione è dunque presente essenzialmente in tutte le attività dell'Unione, poiché spesso mancano dei termini di riferimento e, quando presenti, nel più delle ipotesi sono di incerta quantificazione. L'ampiezza della discrezionalità aumenta allorquando le Amministrazioni europee esercitano competenze regolamentari e riguardanti atti di applicazione generale, sia perché solitamente la loro adozione non è soggetta a vincoli temporali, sia perché analogamente non lo è la loro durata: sicché la libertà nel circoscrivere temporalmente gli effetti di un atto o di sostituirlo in qualsiasi momento rende questo elemento di discrezionalità estremamente diffuso²⁴¹.

5. La discrezionalità sul *quomodo*

L'ultimo aspetto della discrezionalità nel diritto europeo sul quale è necessario soffermarsi afferisce alle modalità seguite dall'Amministrazione per l'adozione degli atti di sua competenza. In relazione al grado di dettaglio con il quale la disciplina di un certo procedimento è posta, si potranno avere margini più

²⁴⁰ Cfr. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit.

²⁴¹ Cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 93 ss.

o meno discrezionali di scelta rimessi all'Amministrazione. Ovviamente, gli elementi del procedimento imposti dai Trattati o da altre fonti del diritto UE costituiscono vincoli per l'amministrazione²⁴², la cui inosservanza produce un vizio dell'atto²⁴³.

Com'è noto, il diritto amministrativo europeo non contempla un testo normativo contenente disposizioni generali sul procedimento, nondimeno vi sono dei principi comuni compresi nella Carta dei diritti fondamentali, nei Trattati, ovvero ideati in via pretoria che formano il nucleo comune di regole riguardanti il procedimento amministrativo. Per quanto attiene agli elementi che non sono variamente collocati in norme generali del diritto europeo si devono invece considerare le singole discipline particolari.

Alcuni elementi del procedimento sono quindi vincolati, ne è un esempio l'obbligo di motivazione, sancito dall'art. 41, par. 2, lett. B CDFUE. Altri profili risultano però rimessi alla valutazione discrezionale della p.A.: a questo proposito è possibile mentovare la facoltà di ricorrere alla consultazione di soggetti terzi nel corso del procedimento. Così l'art. 304 TFUE impiega un linguaggio tale da rimuovere ogni possibile incertezza riguardo alla facoltà del Consiglio o della Commissione di consultare il Comitato economico e sociale «ogniqualevolta lo ritengano opportuno». Viene cioè di fatto esplicitata la libertà delle istituzioni citate di valutare liberamente l'opportunità di consultazione di tale organo. Analoga previsione è rintracciabile con riguardo al Comitato delle regioni²⁴⁴, fermo restando il limite della ragionevolezza del termine per l'adozione delle decisioni²⁴⁵.

Ulteriori esempi simili possono essere tratti dalle varie discipline procedurali settoriali. Dunque, un elemento che sottintende un potere discrezionale dell'Amministrazione comunitaria risiede nella libertà, lasciata alla BCE a norma dell'art. 132, par. 2 TFUE, di pubblicare le proprie decisioni, raccomandazioni e pareri. La decisione sul punto richiede un'evidente valutazione

²⁴² In questo senso, v. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 143.

²⁴³ V. *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 263, che prevede l'annullabilità dell'atto in caso di "violazione delle forme sostanziali". La versione inglese del Trattato pare esprimere più chiaramente il concetto, onde parla di "*infringement of an essential procedural requirement*".

²⁴⁴ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 307.

²⁴⁵ A proposito, si veda MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., p. 352.

discrezionale, visto che l'interesse pubblico alla trasparenza amministrativa deve qui superare il vaglio del bilanciamento con altri interessi, primo fra tutti quello dei privati alla riservatezza.

Quanto illustrato ci consente di affermare che la discrezionalità delle Amministrazioni comunitarie può concernere tutti e quattro gli elementi che tradizionalmente vengono esaminati, pur con una intensità diversa e, soprattutto, con un diversi effetti sugli interessi dei privati che l'esercizio di ciascun tipo di discrezionalità produce.

Capitolo IV

Gli ambiti di discrezionalità delle istituzioni europee e il rapporto con i poteri vincolati

SOMMARIO: 1. Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e poteri vincolati. – 2. La discrezionalità della Commissione europea: alcuni esempi. – 2.1. La funzione esecutiva della Commissione. – 2.2. La discrezionalità della Commissione in materia di aiuti di Stato. – 2.2.1. Gli aiuti di Stato nel diritto della concorrenza europeo. – 2.2.2. La scelta circa l'esistenza dell'aiuto: interpretazione o discrezionalità? – 2.2.3. Il momento tipico della discrezionalità: la compatibilità dell'aiuto di Stato. – 2.2.4. Altri profili di discrezionalità. – 2.3. Gli atti delegati e di esecuzione: l'incerto confine tra discrezionalità amministrativa e legislativa. – 2.3.1. La nuova formulazione degli articoli 290 e 291 TFUE prevista dal Trattato di Lisbona. – 2.3.2. L'articolo 290 TFUE: il trasferimento di una discrezionalità paranormativa. – 2.3.3. Gli atti di esecuzione e la discrezionalità attraverso la comitatologia. – 3. Le agenzie europee tra discrezionalità e tecnica. – 4. I limiti che presiedono all'esercizio del potere discrezionale. – 4.1. Libertà e limiti alla discrezionalità. – 4.2. I principi procedimentali interferenti con la discrezionalità. Un accenno. – 4.3. I principi sostanziali che guidano e limitano le scelte discrezionali. – 5. Il cosiddetto autovincolo della discrezionalità come strumento di anticipazione della scelta.

1. Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e poteri vincolati

Nell'ordinamento dell'Unione europea, come si è ampiamente avuto modo di sottolineare, proliferano Amministrazioni proprie dell'Unione; di queste ci siamo finora occupati nella consapevolezza che il diritto amministrativo dell'Unione

europea latamente inteso si vale di un plesso organizzativo vastissimo e altamente complesso, e in esso non sono rari gli esempi di amministrazione condivisa da p.A. nazionali e sovranazionali che si realizza con vari tipi di procedimenti, tra cui si distinguono per originalità quelli cc.dd. compositi.

Durante la presente trattazione ci si è soffermati sia sui procedimenti compositi che su quelli di esecuzione diretta, mettendo in secondo piano, perché non interessano la discrezionalità delle autorità europee, quelli in cui l'esecuzione del diritto europeo è prerogativa delle Amministrazioni statali.

Tra i modelli di esecuzione congiunta e diretta non si registrano diversità sostanziali per quanto attiene alla discrezionalità; posto che quando l'esecuzione non avviene direttamente ad opera degli organi europei, essendo necessaria la cooperazione delle autorità nazionali per la produzione di effetti giuridici nei confronti dei privati, la configurazione del potere discrezionale non pare risentire particolarmente della distinzione²⁴⁶. Al più potranno divergere le incidenze degli interessi sulla formazione dell'atto, con un tendenzialmente maggiore afflusso degli interessi statali per le ipotesi in cui una o più Amministrazioni nazionali sono coinvolte nel procedimento, ma ciò non è da considerarsi in termini universali. Come controdeduzione si possono menzionare quelle discipline che interessano sì uno Stato nell'esecuzione del diritto europeo, ma nelle quali il compito di questo non è altro che quello di applicare, senza esercitare una rilevante discrezionalità (a limite ridotta al *quando*, considerando le tesi espone in precedenza che vorrebbero questo frammento di valutazione di opportunità comprimibile ma non eliminabile), le decisioni assunte dagli attori europei; il potere discrezionale non risulta quindi intaccato dalla previsione di un tal meccanismo²⁴⁷. Inoltre, nel compiere indagini sulla natura di un interesse pubblico specifico, e soprattutto sulla sua consistenza nei concreti casi della vita, ogni generalizzazione può essere sviante, poiché nessun

²⁴⁶ Sul principio di cooperazione, v. *Trattato sull'Unione Europea*, cit., art. 4, par. 3.

Il modello dei procedimenti compositi è ormai prevalente, così MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., p. 343.

²⁴⁷ Come evidenza ad esempio Mattarella (MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, op. ult. cit., p. 336) l'art. 108 prevede che un aiuto di Stato non possa essere direttamente "soppresso" o "modificato" dalla Commissione, che deve avvalersi dello Stato membro perché la sua volontà sia tradotta e produca effetti nei confronti dei privati. La determinazione discrezionale della Commissione non risente delle modalità attraverso le quali gli effetti vengono a prodursi, non potendo peraltro le Amministrazioni statali esimersi dall'ottemperare a quanto imposto dalla p.A. europea.

interesse è coincidente con altri e soprattutto questo non accade quando le ricerche ineriscono ad interessi concreti.

Quanto visto consente di proseguire l'esame dell'istituto della discrezionalità considerando il tema dalla sola prospettiva europea, ammesso che in molti casi l'intervento di altre autorità è essenziale per la produzione dell'effetto finale, sia nel caso in cui esse esercitino una loro discrezionalità secondariamente e nel solco di quella esercitata a livello europeo, sia nel caso in cui l'effetto finale dipenda dalla sola decisione di una p.A. europea che si serva di altri organi per la mera esecuzione.

Oggetto di questo capitolo sarà il potere discrezionale in rapporto al potere vincolato; si vedrà anche come i confini tra le due configurazioni del potere amministrativo non siano affatto netti e le zone d'ombra risultino accresciute dalla presenza di una terza figura che non si colloca propriamente all'interno né della discrezionalità amministrativa né della vincolatezza: questo fenomeno prende il nome, secondo taluni impropriamente, di "discrezionalità tecnica".

La discrezionalità tecnica riveste un ruolo determinante nel sistema amministrativo dell'UE. In effetti, molte autorità dell'Unione possiedono specifiche competenze che vengono impiegate per svolgere apprezzamenti dal contenuto tecnico²⁴⁸. L'approfondimento di questa categoria non costituisce oggetto del presente lavoro; nonostante ciò un riferimento ai suoi caratteri essenziali risulta ineludibile.

Nel diritto amministrativo europeo lo spazio di discrezionalità tecnica, di natura prevalentemente – ma non solamente – economica, è piuttosto vasto, spesso pervenendo a sconfinare in discrezionalità amministrativa. La Corte di giustizia dell'Unione europea, e specialmente il Tribunale, hanno esibito da sempre una grande considerazione dell'istituto della discrezionalità tecnica, non dimostrando però di volerla separare radicalmente dalla discrezionalità amministrativa pura, dunque atteggiandosi nei confronti di entrambi gli istituti con una certa deferenza. La discrezionalità tecnica, invero, subisce un sindacato leggermente più intenso che non ammette comunque un paragone con la tendenza recente della giustizia

²⁴⁸ Così GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 40 ss.

amministrativa italiana a scrutinare con maggiore incisività le valutazioni tecniche rispetto al passato²⁴⁹.

Per quanto concerne, comunque, il rapporto tra discrezionalità e vincolatezza, si può anticipare come nessuna delle due sia assoluta. Il potere discrezionale nel senso di attività libera rivendicato nel XIX secolo non ha diritto di cittadinanza in un ordinamento fondato sulla *rule of law* quale è quello europeo²⁵⁰. I limiti all'esercizio del potere discrezionale sono infatti sia endonormativi che giurisprudenziali, di modo che nessun atto delle Amministrazioni europee può essere insindacabile. Al contempo, un margine di discrezionalità è essenziale per assicurare lo sviluppo di soluzioni giuste per il caso concreto²⁵¹.

La necessità del potere discrezionale viene bene in rilievo nel celebre caso *Gauweiler*, deciso dalla Corte di giustizia e riguardante l'attuazione da parte della BCE delle *outright monetary transactions* (OMT). Ragguardevoli sono le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón in cui egli sostiene esplicitamente come la discrezionalità dell'istituzione nell'espletare le sue funzioni di politica monetaria sia essenziale affinché ne sia garantita l'indipendenza, dal che i giudici devono astenersi dalla tentazione di sostituirsi ad essa perché difetterebbero delle competenze tecnico-economiche necessarie²⁵². È peraltro questo uno dei casi, su cui più diffusamente si tornerà in seguito, in cui la discrezionalità tecnica interseca quella politica in maniera plastica.

Per ovvie ragioni non tutte le concretizzazioni del potere discrezionale europeo possono essere approfondite. Ci si limiterà dunque allo studio di alcuni

²⁴⁹ V. Cons. Stato, IV sez., sent. 9 aprile 1999, n. 601.

²⁵⁰ *Trattato sull'Unione Europea*, cit., art. 2.

²⁵¹ In questo senso, EHMKE, "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, cit., p. 82.

²⁵² Corte Giust. U.E., conclusioni A.G. Cruz Villalón 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a. contro Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:7, par. 108. Si veda F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, n. 4., 723. Molti spunti di riflessione si sono tratti dalla lettura di questo caso come quello, da molti analizzato e a cui si accennerà alla fine del capitolo, per cui la legittimazione della discrezionalità non discende dalla formazione democratica dell'organo ma dalla sua competenza.

rapporti significativi ed eterogenei per tentare di completare il mosaico della discrezionalità amministrativa generale²⁵³.

2. La discrezionalità della Commissione europea: alcuni esempi

2.1. La funzione esecutiva della Commissione

La Commissione europea è un'istituzione centrale dell'Unione europea. Essa presenta i caratteri dell'istituzione sovranazionale i cui membri non dipendono dai governi degli Stati membri e alla quale è affidata la cura degli interessi dell'UE²⁵⁴. La sua funzione è quella dell'esecutivo europeo (condivisa con il Consiglio)²⁵⁵, nonostante non si possa paragonare ad alcun governo nazionale perché unica nel suo genere.

La Commissione è un attore estremamente centrale sia sul fronte politico, detenendo la funzione d'iniziativa legislativa in una situazione di "quasi monopolio"²⁵⁶, che su quello burocratico²⁵⁷. Gli aspetti che qui interessano sono perlopiù legati a quest'ultimo, e se ne scorge la posizione di spicco già dalla lettura dei compiti che i Trattati le affidano, in particolare l'art. 17, par. 1 TUE elenca certe funzioni amministrative, alcune di esse in maniera generale; risaltano, fra le altre, la promozione dell'interesse generale europeo, la vigilanza sull'applicazione dei Trattati e di tutto il diritto europeo, l'esecuzione del bilancio, e altre funzioni come quelle di coordinamento ed esecuzione.

Svolgendo funzioni amministrative, come è stato in realtà abbondantemente ricordato, la Commissione si trova a detenere poteri amministrativi anche discrezionali. Stante l'ampissimo ventaglio delle attribuzioni conferitele, si rimarca come questi si esplicino nell'adozione sia di atti puntuali che generali; su

²⁵³ Il rimando, qui, è alle parole di Ehmke (EHMKE, "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, op. ult. cit, p. 80) che afferma come «per giungere a regole generali sulla discrezionalità si dovrà nuovamente elaborare il diritto amministrativo speciale dei singoli rapporti amministrativi».

²⁵⁴ Sul punto, FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, cit., p. 232 ss.

²⁵⁵ Cfr. CRAIG - DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, cit., p. 73 ss.

²⁵⁶ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 5ª ed., Cacucci, Bari, 2017, p. 196.

²⁵⁷ *Trattato sull'Unione europea*, cit., art. 17, par. 2.

entrambi si volgerà quindi lo sguardo. In primo luogo, si darà atto della disciplina europea sugli aiuti di Stato (artt. 106-109 TFUE), ove la Commissione esercita un ruolo di indiscutibile preminenza, disponendo di poteri discrezionali per l'emanazione di atti particolari come generali. In secondo luogo, si indagheranno le controverse attribuzioni discrezionali della Commissione attribuite in virtù degli artt. 290 e 291 TFUE e la relativa disciplina sensibilmente riformata con la stipulazione del Trattato di Lisbona.

2.2. La discrezionalità della Commissione in materia di aiuti di Stato

2.2.1. Gli aiuti di Stato nel diritto della concorrenza europeo

Nell'ambito degli aiuti di Stato, la Commissione gode di vasti poteri discrezionali che abbracciano le diverse tipologie descritte nel precedente capitolo.

L'ottenimento e la preservazione della concorrenza all'interno del mercato unico sono sempre stati obiettivi tangibili dell'Unione, fin dalle origini della Comunità economica europea²⁵⁸. Il percorso evolutivo europeo ha seguito con oltre mezzo secolo di ritardo il modello statunitense dello *Sherman act*²⁵⁹, cosicché il Trattato di Roma prevedeva norme volte alla tutela della concorrenza²⁶⁰.

Per l'affermazione di un mercato unico ispirato alla c.d. *fair competition*, due rami di relazioni giuridiche sono regolati dal diritto eurounitario. In *primis*, il diritto *antitrust*, oggetto anche dello *Sherman act*, mira ad impedire che tra imprenditori, pubblici o privati, si verificino dei comportamenti anticoncorrenziali pregiudicanti il buon funzionamento del libero mercato (ad esempio, l'art. 101 TFUE vieta la stipulazione di intese che abbiano come oggetto o effetto la limitazione della concorrenza). Gli Stati che non avevano una disciplina sulla concorrenza come l'Italia sono stati spinti così alla codificazione di regole a tutela

²⁵⁸ Per una illustrazione estensiva dell'argomento, cfr. D.J. GERBER, *The transformation of the European community competition law*, in *Harvard int. law journ.*, 1994, n. 35, 1, p. 97.

²⁵⁹ *Sherman act*, risoluzione del Congresso degli Stati Uniti del 2 luglio 1890.

²⁶⁰ *Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea*, cit., artt. 85 - 94. Già il Trattato CECA si preoccupava della concorrenza (artt. 65-66).

della concorrenza, e questo avvenne non esclusivamente per l'adempimento degli obblighi comunitari volti all'attuazione di politiche che promuovessero la formazione del mercato unico, ma anche per interessi endogeni collegati allo sviluppo economico²⁶¹. In *secundis*, quello che interessò i padri fondatori della Comunità (sia economica che, in precedenza, del carbone e dell'acciaio) concerneva i rapporti economici verticali che potevano contemplare dei vantaggi attribuiti in vario modo dallo Stato o da sue articolazioni ad alcune imprese con pregiudizio delle altre, contravvenendo così agli obiettivi del mercato unico tanto quanto i comportamenti anticoncorrenziali dei privati²⁶². Per impedire che gli interessi nazionali venissero a pregiudicare le ragioni europee, da subito fu edificata una disciplina apposita che, in linea di principio, neutralizzasse gli incentivi statali alle imprese²⁶³. Solo se l'aiuto di Stato è necessario per il raggiungimento di alcuni obiettivi sanciti dal TFUE sarà considerato compatibile con il mercato interno e perciò erogabile: la normativa primaria europea pone quale regola generale il divieto di attribuzione di vantaggi che siano considerati aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, co.1 TFUE; ai commi seguenti la stessa disposizione ammette delle eccezioni (art. 107, co. 2 e 3).

Il procedimento per la concessione degli aiuti considerati fa capo alla Commissione. Eccetto che per quelli ricompresi nel regolamento generale di esenzione,²⁶⁴ ogni aiuto ex art. 107 TFUE non può essere conferito senza una preventiva autorizzazione della Commissione concessa all'esito di un procedimento che si instaura con la notifica di aiuto trasmessa dallo Stato membro.

Se uno Stato omette di notificare un aiuto che non rientra tra le esenzioni previste, la misura sarà considerata illegale e, se la Commissione la ritiene incompatibile con il mercato interno, può imporre il recupero dell'aiuto dopo aver

²⁶¹ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 35.

²⁶² V. *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio* firmato a Parigi il 18 aprile 1951, art. 67; *Trattato che istituisce la Comunità economica europea*, cit., artt. 92 - 94.

²⁶³ V., sul punto, G. LUCHENA, *Il controllo degli aiuti di Stato e la tutela della concorrenza*, in G. LUCHENA - B. RAGANELLI, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 33.

²⁶⁴ V. *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 Testo rilevante ai fini del SEE*, G.U.U.E., 2014, n. L 187/1; il regolamento, inerente alla riforma per la modernizzazione della materia, snellisce e semplifica la procedura esentando alcune categorie di aiuti dall'obbligo di notifica, conformemente al disposto degli artt. 108, comma 4 e 109 TFUE.

intimato agli interessati di presentare le proprie osservazioni secondo quanto previsto dall'art. 108 TFUE²⁶⁵. In caso di inottemperanza, può essere adita la Corte di giustizia UE²⁶⁶.

Da ultimo, la Commissione è anche tenuta alla verifica permanente dei regimi di aiuti esistenti ai fini di assicurarne la compatibilità con il diritto europeo.

Compiuta questa introduzione che pareva ineludibile, l'attenzione può tornare sulla discrezionalità. A proposito, la Commissione, che fra i numerosi organi nazionali ed europei coinvolti nella disciplina del settore è quello con poteri più penetranti, possiede una discrezionalità in grado di assumere tutte le forme viste al capitolo III e distribuita nelle varie fasi procedurali. Ogni fattispecie ha quindi in quest'ottica una valenza autonoma, variando oltre che la natura anche l'estensione della discrezionalità in relazione ai diversi poteri dell'Amministrazione in questione²⁶⁷.

2.2.2. La scelta circa l'esistenza dell'aiuto: interpretazione o discrezionalità?

Prima di procedere ad ogni altra valutazione, alla Commissione è richiesto di esaminare approfonditamente se la misura statale possa essere etichettata come aiuto di Stato. Il che avviene nel caso in cui il procedimento venga aperto dietro notifica dello Stato interessato come nel caso di omessa notifica, nel corso di un'attività che la Commissione decide di avviare d'ufficio o facendo seguito ad una denuncia ricevuta.

L'analisi dell'aiuto è svolta parametrando il presunto aiuto con i requisiti di cui all'art. 107, comma 1 TFUE: il vantaggio selettivo a un'impresa, la sua origine statale e la compromissione della concorrenza (anche solo potenziale) devono essere soddisfatti cumulativamente perché la misura rientri nell'ambito di applicazione della disciplina europea degli aiuti di Stato.

²⁶⁵ V. *Regolamento (UE) 2015/1589*, cit., art. 16.

²⁶⁶ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 108.

²⁶⁷ V. KREUSCHITZ - H.P. NEHL, *Rationales for state aid rules*, nel volume a cura di H.C.H. HOFMANN e C. MICHEAU, *State aid law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 55.

La natura intrinseca dell'attività che la Commissione è chiamata a compiere può essere ambivalente, nel senso di concretarsi sicuramente in un processo intellettuale, ma contemporaneamente in parte volitivo.

Il linguaggio utilizzato dal Trattato FUE non opera nella direzione di sopprimere ogni ambiguità nell'applicazione della norma. Già i semplici concetti di "aiuti", "imprese" o di favoreggiamento sono forieri di contraddizioni interpretative. A queste, tuttavia, la Corte di giustizia ha tentato di ovviare – o di ridurle – mediante un'interpretazione consolidata nel tempo. Al concetto di impresa è stato dato così un significato preciso, dimodoché sono state stroncate sul nascere le incertezze fronteggiate dagli operatori. Il senso non coincide, e non potrebbe farlo, con tutte le accezioni sviluppate nel diritto degli Stati membri, ma chiarifica limpidamente come impresa possa essere «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico [...] e dalle sue modalità di funzionamento»²⁶⁸. Non vi può essere margine di apprezzamento, dunque, riguardo alla necessità che l'attività persegua scopi lucrativi perché un ente divenga impresa ai fini della disciplina testé considerata. Per l'esattezza, la sentenza in sé lascerebbe margini di apprezzamento interpretativo se non la si leggesse coordinatamente alla pronuncia della stessa corte in altre cause, come nel caso *Pavlov*, in cui viene precisata concretamente la nozione di attività economica come offerta di beni e servizi sul mercato²⁶⁹.

La Corte di giustizia dell'UE ha coerentemente sostenuto la propria competenza a giudicare della qualificazione, avente carattere giuridico-obiettivo, di una certa misura come aiuto di Stato tenendo conto dei fatti concreti della causa²⁷⁰. Ciononostante, la tematica assume dei risvolti più complessi allorché per l'applicazione di clausole vaghe sia essenziale impiegare dei criteri tecnici all'interno di una complessiva operazione che con ogni probabilità non sortirà dei risultati univocamente certi. La valutazione che la Commissione compie può quindi

²⁶⁸ Corte Giust. C.E., causa C-41/90, cit., par. 21.

²⁶⁹ Si veda Corte Giust. U.E., sent. 12 settembre 2000, causa C-180/98, *Pavel Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428, par. 75. V. anche Corte Giust. C.E., sent. 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1987:283, par. 7.

²⁷⁰ Corte Giust. U.E., sent. 16 maggio 2000, causa 83/98 P, *Repubblica francese contro Ladbroke Racing Ltd e Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2000:248, par. 25.

essere ricompresa fra quelle cc.dd. economiche-complesse, in cui più criteri tecnici sono parimenti idonei e la decisione è opinabile. È quanto ricorre, ad es., per stabilire se una elargizione di denaro sia tale da potere falsare potenzialmente la concorrenza. Anche la tecnica economica può in simili contesti essere inadatta, per motivazioni che è compito della scienza economica fornire, a condurre a risultati certi.

L'atteggiamento della giurisprudenza europea, in simili realtà che corrispondono a tutti gli effetti a scelte discrezionali tecniche, è polivalente: il principio del pieno accertamento sulla esistenza dell'aiuto coesiste con la deferenza tipica della Corte nel giudicare decisioni opinabili apprezzabili solo limitatamente alla loro attendibilità. Nella sentenza *Chronopost* così la Corte di giustizia europea attesta il proprio perimetro di giudizio limitarsi alla valutazione dell'osservanza delle norme sulla procedura e sulla motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti e dell'assenza di errori manifesti di valutazione dei fatti e di uno sviamento di potere²⁷¹. Il controllo è, conseguentemente, meramente esterno²⁷².

Stando alle circostanze sinora esaminate, quando si tratta di valutare se un'azione statale si colloca fra gli aiuti di Stato non vi sarebbe spazio per la discrezionalità amministrativa della Commissione, costretta dalle norme – o alla giurisprudenza della CGUE se esse sono di incerto significato – e dalla tecnicità dei criteri da seguire per formulare i propri orientamenti. In altre parole, di apprezzamento politico-assiologico non si potrebbe parlare nell'interpretazione dell'art. 107, co. 1 TFUE.

Giusta l'opinabilità del metodo più adatto per accertare il presupposto in parola, si avrà a che fare con una discrezionalità di tipo tecnico; tuttavia, come è stato correttamente rilevato, la «scelta del metodo più adatto non è [...] neutrale rispetto agli interessi coinvolti»²⁷³. Difatti, l'adozione di un criterio di analisi piuttosto che di un altro implica verosimilmente una difformità di risultato, ma essendo più di un criterio corretto (e, usando il condizionale, se esso fosse applicato correttamente) si presentano situazioni in cui la scelta del criterio può essere guidata

²⁷¹ Corte Giust. U.E., sent. 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost SA e La Poste contro Union française de l'express (UFEX) e altri*, ECLI:EU:C:2008:375, par. 143.

²⁷² G. FONDERICO, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività amministrativa*, ed. online, Giappichelli, Torino, 2022, <https://biblioteca.giappichelli.it>, cap. I.

²⁷³ *Ibid.*

da considerazioni sulla miglior cura dell'interesse pubblico, seppur la norma non sia formulata per consentire all'Amministrazione di debordare in scelte di questo tipo.

Volendo aderire alle teorie dello “scivolamento” della discrezionalità tecnica in discrezionalità amministrativa quando lo scenario è inverato da più soluzioni tecnicamente valide, si potrebbe dire che anche nell'attività di individuazione di un aiuto di Stato possono annidarsi apprezzamenti discrezionali amministrativi, sia pur con una profondità ridotta²⁷⁴.

Analogamente, anche l'applicazione concreta delle regole stabilite dalla nota sentenza *Altmark* in materia di servizi di interesse economico generale (SIEG), lascia dubbi riguardo alla misura della vincolatezza del potere decisorio della Commissione²⁷⁵. Segnatamente, nella sentenza la Corte di giustizia statuisce che le compensazioni corrisposte alle imprese erogatrici di obblighi di servizio pubblico non sono da stimarsi come aiuti di Stato se, fra l'altro, gli obblighi di servizio sono chiaramente definiti e le prestazioni sono ispirate a criteri oggettivi e trasparenti perché non si pregiudichi la concorrenza²⁷⁶. La compensazione, inoltre, deve non «eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto [...] di un ragionevole margine di utile» e determinarsi, se l'impresa beneficiaria non è stata scelta all'esito di una procedura di pubblico appalto, in virtù di un'«analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi» sosterebbe²⁷⁷.

L'introduzione pretoria dei vincoli all'interpretazione dell'aiuto in un particolare terreno qual è quello dei servizi pubblici di interesse generale ha trovato coerenti risposte nella giurisprudenza della CGUE, tendenzialmente orientata a disconoscere margini di apprezzamento discrezionale²⁷⁸. Pur tuttavia, a livello di

²⁷⁴ Sull'argomento, si veda CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 425 ss.

²⁷⁵ Corte Giust. U.E., sent. 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in presenza di *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*).

²⁷⁶ *Ibid.*, par. 90.

²⁷⁷ *Ibid.*, par. 92 e 93.

²⁷⁸ Si veda, ad es., Corte Giust. U.E., sent. 1 luglio 2010, cause riunite T-568/08 e T-573/08, *Métropole télévision (M6) e Télévision française 1 SA (TF1) contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2010:272.

tecnica, si scorgono elementi, quali l'efficienza dell'impresa, che possono comportare un contenuto margine di apprezzamento. In aggiunta, un altro importante elemento per la qualifica della natura dell'aiuto, la ragionevolezza del profitto, lascerebbe aperta la strada a diverse argomentazioni potenzialmente corrette e sulle quali un giudizio di legittimità non potrebbe ispezionare (premessi, ovviamente, che il procedimento sia logico ed esente da vizi)²⁷⁹. Le riflessioni già condotte sullo "scivolamento" della discrezionalità tecnica si possono qui riproporre in scala ridotta fino a rispondere positivamente all'interrogativo concernente lo spazio per valutazioni di pubblico interesse nella decisione sulla natura di aiuto di Stato della compensazione corrisposta per lo svolgimento di servizi di interesse pubblico.

La Commissione ha comunque inteso garantire miglior trasparenza, assicurando una maggiore coerenza interpretativa e, ove eventualmente presente, una riduzione della discrezionalità, mediante la pubblicazione di una comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato²⁸⁰. La discrezionalità è stata ridotta per i procedimenti individuali tramite una traslazione di questa a livello di atto generale, quindi anticipando la scelta, ciò che infatti è stato sottratto alla decisione amministrativa sui singoli casi è il margine entro il quale ha agito la Commissione all'atto di adottare la disposizione generale.

Una ulteriore disamina dell'autolimitazione della discrezionalità è riservata al paragrafo dedicato (§ 5), perciò si rimanda a quella sede. Basti per ora ricordare che anche le fattispecie prevalentemente completabili in via di giudizio non estromettono del tutto dal gioco delle manifestazioni di volontà, sia che esse si esprimano, a monte, in atti generali amministrativi, che, a valle, nel provvedimento. Sebbene le implicazioni siano notevoli, non è ad ogni modo quello appena descritto il luogo naturale di esercizio della discrezionalità della Commissione in materia di aiuti di Stato. L'applicazione della nozione di aiuto è dunque una questione in primo

²⁷⁹ Cfr. F. LOUIS – A. VALLERY, *State aid and the financing of public services: A comment on the Altmark judgment of the Court of Justice*, in *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*, 2003, n. 29, <https://law.bepress.com/wilmer/art29>.

²⁸⁰ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, C/2016/2946, G.U.U.E., 2016, n. C 262/1.

luogo interpretativa e in secondo luogo tecnica; secondo le teorie che si adottano, potrebbe tuttavia esserci un connotato, comunque minimo, di politicità²⁸¹.

2.2.3. Il momento tipico della discrezionalità: la compatibilità dell'aiuto di Stato

Dapprima è stato discusso il primo ed imprescindibile passaggio logico per ogni procedimento sull'argomento di cui trattasi. Ma il terreno sul quale la discrezionalità amministrativa si esprime maggiormente è quello della compatibilità dell'aiuto, che è nondimeno un'eccezione al generale divieto stabilito dall'art. 107, comma 1 TFUE.

In primo luogo, si devono separare due diverse manifestazioni dell'eccezione: l'una globalmente intesa come implicante discrezionalità, l'altra prevalentemente ascritta alle ipotesi di potere vincolato. I due diversi poteri sono attribuiti da norme contenute in paragrafi diversi dello stesso articolo, rispettivamente i paragrafi 3 e 2 dell'art. 107 TFUE.

La discrezionalità esiste mercé la norma contenuta nell'art. 107, par. 3 TFUE, la cui ermeneusi non lascia significativi dubbi a riguardo²⁸². Le fattispecie previste si qualificano con relativa semplicità giacché la norma attributiva impiega la clausola «“possono considerarsi” compatibili con il mercato», che rivela il precipuo intento del legislatore di lasciare alla Commissione la cura dell'interesse pubblico applicando la norma nei singoli casi. La locuzione considerata è di per sé idonea a fungere da indice di discrezionalità, tralasciando la vaghezza dei concetti racchiusi nel presupposto per l'esercizio del potere.

L'asserzione a cui si è giunti in maniera volutamente stringata non vuole però dissimulare alcune sfaccettature della dinamica del potere. Le categorie che possono essere compatibili, di alcune delle quali si è già avuto modo di trattare²⁸³, sono di vario genere. Vista la particolarità della disciplina, la consistenza dell'aiuto

²⁸¹ Sul punto, si veda CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 413. Rilevanti sono le osservazioni si degno contrario di alcuni autori, tra cui M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 57.

²⁸² V. *supra*, capitolo II, § 4.

²⁸³ *Ibid.*

corrisponde a un presupposto dell'azione; in carenza di esso, cioè, l'Amministrazione non giungerebbe ad esercitare la discrezionalità. Alcuni di questi presupposti, tuttavia, sono formulati in una forma tale da richiedere a loro volta scelte discrezionali, come quel "comune interesse" negli scambi che non può essere intralciato a norma della lettera C (art. 107, par. 3, lett. C TFUE), ovvero la importanza del progetto di comune interesse europeo. Non pare lecito distinguere due diverse componenti di scelta discrezionale in un'unica norma; contrariamente, sembrerebbe corretto asserire che la discrezionalità, unica, richieda per il suo esercizio una pluralità di valutazioni e bilanciamenti di interessi, alcuni dei quali sensibilmente rafforzati dalla loro inclusione nella norma stessa.

La rilevanza della clausola "può" rischia di essere svilita dalle scelte compiute dalla Commissione, quando richiestole, nel momento della stima dei presupposti: alla lettera C, dopo aver valutato che l'aiuto agevola lo sviluppo di alcune attività e non è contrario a quello che, anche discrezionalmente, è considerato il comune interesse alle condizioni degli scambi, non si ravvisano ulteriori momenti discrezionali di scelta. Sarebbe contrario al pubblico interesse, oltre che irragionevole e contrario ad ogni logica di coerenza, motivare nell'ottica di un effettivo sviluppo di un'attività causalmente legato all'esaminando aiuto e di un'irrilevanza della misura per il funzionamento degli scambi, negando infine la compatibilità dell'aiuto. Ciò equivarrebbe a ritenere il potere attribuito dalla parola "possono" non di tipo discrezionale, ma arbitrario. Cercando comunque di interpretare la clausola possibilistica espressamente utilizzata coerentemente con il principio dell'effetto utile, si potrebbe precisare che la norma lascia aperta all'amministrazione la ponderazione di altri interessi, cosa che non avverrebbe se la formulazione imponesse, comparati certi interessi e non altri, un dovere di azione. In ogni caso, inoltre, la forma verbale "può" sembra consolidare il valore della discrezionalità. Comunque, la norma dovrà operare in riferimento al caso concreto nel suo complesso, non trascurando il peso dei principi esaminaturi.

Il nocciolo della questione merita invece un diverso discorso qualora la ponderazione di più interessi – ossia di un interesse primario che si deve massimizzare, minimizzando il pregiudizio per gli altri – non sia assorbita nel presupposto dell'azione. Per rimanere su esempi noti, il paragrafo 3, lettera B,

dispone che l'amministrazione può autorizzare l'aiuto ogniqualvolta esso sia destinato alla realizzazione di un "progetto di comune interesse europeo". Oltre alle considerazioni di cui *supra* (cap. 2, § 4), si aggiunga che è qui più chiaro come la norma voglia lasciare aperta la possibilità di considerare più interessi; primariamente quello principale concernente la concorrenza nel mercato UE

Il meccanismo, in sostanza, non differisce ragionevolmente da quello visto sopra e contemplato alla lettera C dello stesso paragrafo; perde così rilievo (rimane un criterio di classificazione comunque molto usato) la differenziazione britannica tra vari tipi di discrezionalità in base ai caratteri strutturali della norma (*judicial, classical, mixed discretion*). Quello che infine rileva è l'atteggiarsi dei valori, che non può che verificarsi dalla lettura della singola norma e dalla sua applicazione ai casi concreti. Solo così, di fatto, si può affrontare il tema della natura ed estensione della discrezionalità.

Questione ancora diversa si pone invece quando la norma stabilisce che alcuni aiuti, al ricorrere di certi presupposti, sono compatibili con il mercato interno e dunque devono essere autorizzati. È quanto si verifica per gli aiuti di Stato concessi sulla base dell'art. 107 TFUE, par. 2. La scelta di fondo, qui, è stata compiuta dal legislatore, che si è espresso sul bilanciamento di interessi. Orbene, si è visto a più riprese come anche entro simili vincoli possono talvolta celarsi spazi per valutazioni discrezionali. Si rinvia per quanto riguarda questo aspetto al paragrafo precedente. Nonostante ciò, a livello morfologico non si intravedono clausole generali paragonabili a quelle, in cui la discrezionalità, eventualmente, è molto ristretta, impiegate per descrivere l'aiuto di Stato. A titolo esemplificativo, si pensi alla lettera A, che giustifica l'aiuto se destinato al consumatore in maniera non discriminatoria. Ipoteticamente, si potrebbe ricondurre la eccezionalità dell'evento posta dalla lettera B della medesima disposizione, che sembra attribuire un margine di apprezzamento.

In conclusione, possiamo asseverare che nelle determinazioni relative alla compatibilità degli aiuti la Commissione gode di discrezionalità. Pur tuttavia, ogni norma richiede una valutazione autonoma che impedisce di generalizzare, malgrado le fattispecie di cui all'art. 107, par. 3 sembrano attribuire quella discrezionalità che

manca pressoché del tutto alla Amministrazione che applichi il secondo paragrafo della disposizione²⁸⁴.

2.2.4. Altri profili di discrezionalità

La pregnanza del ruolo della Commissione in materia di aiuti di Stato è desunta anche dai poteri che questa può esercitare durante i procedimenti relativi agli aiuti notificati e a quelli non notificati. Specie con riguardo a questi ultimi, alcuni poteri sono discrezionali. In entrambe le circostanze, tuttavia, la procedura di investigazione si scinde in due fasi ai sensi dell'art. 108 TFUE: esame informale e procedimento d'indagine formale²⁸⁵.

Il principale ambito di esercizio della discrezionalità si realizza per quegli aiuti non notificati e che vengono definiti "illegali". L'art. 12 del regolamento sull'applicazione dell'articolo 108 TFUE è piuttosto significativo, laddove al primo paragrafo è stabilito che «la Commissione può, di propria iniziativa, esaminare informazioni su presunti aiuti illegali provenienti da qualsiasi fonte»²⁸⁶. La formulazione deve in ogni caso essere inquadrata nell'ottica della funzione amministrativa della Commissione, cioè la protezione della concorrenza nel mercato, che può rendere doverosa l'azione, eliminando la discrezionalità sull'*an*. Ciò non toglie che la diversa rilevanza dei presunti aiuti per il mercato interno, unita alla limitatezza delle risorse tecniche e umane, consenta alla Commissione di dare precedenza ad alcuni casi presunti piuttosto che ad altri.

Un altro esempio di discrezionalità dipendente fondamentalmente dall'art. 108 TFUE è di altro tipo, poiché ad essere investito è il *quando*. Questa specie di discrezionalità risulta esigua nella procedura di esame preliminare degli aiuti notificati, in quanto entro due mesi deve essere adottata la decisione, altrimenti si forma il silenzio-assenso e l'aiuto è autorizzato *ex lege*²⁸⁷. Relativamente agli aiuti non notificati (illegali), il margine di apprezzamento si allarga, specialmente per i

²⁸⁴ Un punto rilevante già affrontato in precedenza riguarda la possibilità di autorizzare un aiuto ponendo delle condizioni sospensive alla compatibilità. V. *supra*, cap. III, § 3.

²⁸⁵ V. BALEY - JOHN, *Bellamy & Child: European union law of competition*, cit., par. 17.087 ss.

²⁸⁶ *Regolamento (UE) 2015/1589*, cit.

²⁸⁷ *Ibid.*, art. 4, par. 5 e 6.

procedimenti aperti dalla Corte d'ufficio per i quali il solo limite è quello di ragionevolezza in rapporto alle circostanze effettive dichiarato dalla Corte di giustizia UE, che non elimina però la flessibilità della scelta²⁸⁸. Analogamente vaga è la disciplina conferente la discrezionalità temporale per l'esame delle denunce presentate da soggetti terzi, da esaminarsi "senza indebito ritardo"²⁸⁹.

Infine, non manca una parte della discrezionalità della Commissione nell'applicazione dell'art. 108 concernente il *quomodo*. Ci riferiamo qui alla possibilità di richiedere informazioni a soggetti pubblici e privati interessati dalla concessione degli aiuti²⁹⁰.

Si rileva quindi come in materia di aiuti di Stato la discrezionalità della Commissione sia ampia ed investa tutti e quattro gli elementi esaminati al capitolo III; così, seppur lo spazio di valutazione tecnico ricopra forse ruolo forse preponderante, vi è un vasto margine per scelte frutto della discrezionalità amministrativa, che sia la Commissione stessa che la giurisprudenza tentano di marginalizzare per assicurare una maggiore prevedibilità delle scelte a beneficio degli operatori economici²⁹¹.

2.3. Gli atti delegati e di esecuzione: l'incerto confine tra discrezionalità amministrativa e legislativa

2.3.1. La nuova formulazione degli articoli 290 e 291 TFUE prevista dal Trattato di Lisbona

Un luogo d'innegabile importanza in cui si svolge la discrezionalità della Commissione europea è quello dei poteri delegati e di esecuzione di atti legislativi. L'inquadramento dell'istituto richiede, come fatto per gli aiuti di Stato, un breve preliminare accenno sul contesto di riferimento.

²⁸⁸ In tal senso, Corte Giust. U.E., sent. 15 settembre 1998, causa T-95/96, *Gestelevision Telecinco SA contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI: ECLI:EU:T:1998:206, par. 75 ss.

²⁸⁹ *Regolamento (UE) 2015/1589*, cit., art. 12, par. 1.

²⁹⁰ *Ibid.*, art. 7.

La delega di poteri di esecuzione di atti normativi alla Commissione europea era prevista nella prima versione del Trattato CE²⁹² ed è rimasta in vigore, in parte rivisitata, fino a che questo non è stato sostituito dal Trattato di Lisbona²⁹³.

Consci dell'inadeguatezza della legislazione a regolare la vastissima casistica di circostanze della vita, i redattori del Trattato di Roma si sono posti il problema della delega di funzioni amministrative e normative a un'Amministrazione quale la Commissione. Le necessità che sospinsero il legislatore dell'epoca sono ad oggi ancor più impellenti, a cagione dei sempre più repentini cambiamenti del contesto sociale e tecnologico e in special modo della maggiore rigidità, rispetto al passato, dell'*iter* legislativo europeo. Inizialmente la funzione legislativa era esercitata dal Consiglio, adesso la procedura legislativa ordinaria è quella che prevede la co-decisione; pertanto si palesa l'esigenza di garantire, tramite la delega ad un'altra istituzione competenze e processi decisionali diversi, un adattamento che sia il più dinamico possibile ai diversi bisogni che l'Unione europea si trova a fronteggiare²⁹⁴. L'obiettivo di garantire una maggiore flessibilità non è stato però facilissimo da raggiungere, stanti le contromisure che il legislatore e la giurisprudenza hanno imposto affinché fosse preservata la centralità del Parlamento nella produzione normativa. Per giunta, altre complicanze derivano dalla difformità di esecuzione del diritto europeo negli Stati membri; la delega di competenze di esecuzione tendeva e tende sicché ad ovviare anche a questo problema.

Nel periodo precedente all'avvento riformatore del Trattato di Lisbona non vi era una chiara distinzione tra la delega dell'esercizio di funzioni più prettamente amministrative e quelle dal contenuto normativo di cui si è detto; questo distinguo è rintracciabile invece nell'attuale Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dal momento che in due distinti articoli sono trattati gli atti delegati e quelli di esecuzione. Quantunque entrambi abbiano la forma di atti amministrativi, nella sostanza solo gli ultimi lo sono effettivamente, essendo il primo conferimento (la delega) più vicino a una delegificazione. Mentre il legislatore mediante gli atti di

²⁹² *Trattato che istituisce la Comunità economica europea*, 1957, cit., art. 155.

²⁹³ V. *Trattato che istituisce la Comunità europea (versione consolidata 2006)*, G.U.U.E., 2006, n. C 321 E/1, art. 202.

²⁹⁴ Sul punto, cfr. CRAIG - DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, cit., p. 168.

esecuzione richiede alla Commissione di adottare le “necessarie condizioni uniformi di esecuzione” del diritto europeo, esso delegando il potere di adottare “atti non legislativi di portata generale” vuole fare sì che alcuni elementi non essenziali degli atti legislativi siano integrati o modificati. Tuttavia, non è semplice distinguere tra i due tipi di atti dal punto di vista contenutistico, visto che il carattere generale degli atti delegati non esclude che anche gli atti di esecuzione abbiano simili caratteristiche²⁹⁵.

2.3.2. L’articolo 290 TFUE: il trasferimento di una discrezionalità paranormativa

L’articolo 290 TFUE ammette che la Commissione, qualora espressamente delegata, adotti atti esplicitamente non legislativi tesi all’integrazione o alla modifica di elementi non essenziali dell’atto legislativo. La precisazione recante i limiti contenutistici dell’atto delegato è un retaggio della sentenza *Köster*, con la quale la Corte di giustizia aveva inteso limitare l’istituto della delega, lasciando inalterata la responsabilità dell’adozione della disciplina in capo al Consiglio-legislatore, almeno per la fissazione dei “punti essenziali” della disciplina²⁹⁶. La *ratio* della scelta della Corte giace nella volontà di mantenere inalterato l’equilibrio dei poteri, impedendo così alla Commissione di interferire in scelte legislative di fondo²⁹⁷.

Ritroviamo quindi un limite significativo alla discrezionalità che la Commissione può esercitare, limitandosi il suo potere alla modifica o integrazione di elementi secondari. La caratteristica “essenziale” degli elementi della norma può essere meglio compresa alla luce del caso *Schengen*, dove la Corte di giustizia ha specificato con questi doveri identificare l’area ricompresa nelle scelte politiche

²⁹⁵ Sull’argomento, v. T. VAN DEN BRINK - H. VAN MEERTEN, *EU executive rule-making and the second Directive on institutions for occupational retirement provision*, in *Utrecht law rev.*, 2016, vol. 12, n. 1, p. 75, 79.

²⁹⁶ Corte Giust., sent. 17 settembre 1970, causa 25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contro Köster, Berodt & Co*, ECLI: ECLI:EU:C:1970:115 (*Köster*), par. 6. Significativa è inoltre la comprensione della necessità della delega normativa da parte della CG.

²⁹⁷ Si veda anche Corte Giust., sent. 30 ottobre 1975, causa 23/75, *Rey Soda contro Cassa Conguaglio Zuccheri*, ECLI:EU:C:1975:142, par. 9 ss.

«rientranti nelle responsabilità proprie del legislatore», di modo che lo spazio per la discrezionalità della Commissione ne risulta visibilmente ridimensionato²⁹⁸.

Il potere discrezionale della Commissione, oltre a non dovere intaccare gli elementi essenziali dell'atto, subisce delle restrizioni anche perché l'atto legislativo deve esplicitare «gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere»²⁹⁹. Il potere delegato è quindi esauribile.

Simili vincoli potrebbero mettere in dubbio la rimanenza di uno spazio di attività discrezionale per la Commissione ma, siccome nel caso *Schengen* la Corte precisa che solo le scelte politiche rientranti nelle responsabilità del legislatore siano prerogativa di quest'ultimo, sembrerebbe potersi argomentare, *a contrario*, che quelle scelte politiche che invece non sono rientranti nelle sue responsabilità possono essere compiute dal soggetto delegato³⁰⁰. Gli elementi non essenziali, infatti, implicano ciononostante una necessità di compiere scelte politiche, nei limiti di quanto l'atto delegante prescrive. Come espresso dalla Commissione nella comunicazione sull'attuazione dell'articolo 290 TFUE, solo se al soggetto delegato è lasciato un margine di valutazione l'atto che viene emanato sarà integrativo dell'atto di base³⁰¹. Addirittura, secondo il Tribunale, sarebbe la squisita caratteristica dell'ampiezza del margine di apprezzamento conferito alla Commissione in virtù dell'art. 290 TFUE a demarcare questo potere da quello di implementazione ex art. 291 TFUE³⁰². La tesi ultima citata non è però accolta dalla Corte di giustizia, che giustamente sottolinea come la differenza tra atti delegati ed esecutivi europei (nella pratica invero molto sfumata) sia da rintracciare nella

²⁹⁸ Corte Giust. U.E., sent. 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2012:516 (Codice frontiere Schengen), par. 65 ss.

²⁹⁹ *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., art. 290, par. 1.

³⁰⁰ La estensione della discrezionalità degli atti legislativi e delegati, ha suscitato accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, con frequenti annullamenti delle pronunce di primo grado da parte della Corte. Per un quadro riassuntivo dei principali punti di discussione, cfr. M. CHAMON, *Limits to delegation under Article 290 TFEU: The specificity and essentiality requirements put to the test*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, vol. 25, n. 2, p. 231.

³⁰¹ *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - Attuazione dell'articolo 290 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, COM/2009/673 definitivo, p. 4.

³⁰² Corte Giust. U.E., sent. 8 ottobre 2015, cause T-659/13 e T-660/13, *Repubblica ceca contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2015:771, par. 47.

diversa natura e funzione dei due, nella “forza” di integrare o modificare un atto formalmente legislativo da parte dei primi³⁰³.

Atteso che l’atto delegato può modificare o integrare delle misure legislative, sembra che la natura del potere discrezionale a cui ci si riferisce sia prevalentemente normativa; diversa è all’apparenza la questione riguardante la fattispecie di cui all’art. 291 TFUE.

2.3.3. Gli atti di esecuzione e la discrezionalità attraverso la comitatologia

Il processo di integrazione europea ha attraversato varie fasi. Una costante perdurante negli anni corrisponde alla conflittualità che ha involto la previsione dei comitati cc.dd. di comitologia, che consentono una equa rappresentazione di delegazioni nazionali, formate da esperti ma fortemente volute dagli Stati per assicurare l’equilibrio nel processo decisionale ed evitare di negligenza gli interessi dei paesi membri: l’esigenza fu avvertita contestualmente al bisogno di affidare parte della normazione di dettaglio alla Commissione; quale contrappeso allo svuotamento del potere del Consiglio gli Stati ottennero la previsione della comitologia³⁰⁴. I sostenitori delle tesi istituzionaliste hanno logicamente espresso le loro preferenze per un’Amministrazione europea che tutelasse interessi sovranazionali; tuttavia, dopo che il Trattato di Lisbona aveva estromesso i comitati dai procedimenti di esecuzione, non riproducendo la decisione del Consiglio n. 1999/468³⁰⁵, hanno poi ammesso la comitologia che³⁰⁶, nel caso della procedura

³⁰³ Corte Giust. U.E., sent. 16 luglio 2015, causa C-88/14, *Commissione europea contro Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, ECLI:EU:C:2015:499, par. 32. In argomento, SCHÜTZE, *‘Delegated’ Legislation in the (new) European Union: A Constitutional Analysis*, cit., p. 671; l’Autore si sofferma sul particolare carattere emendativo degli atti delegati per negare una supposta rigida gerarchia delle norme nel diritto previsto dai Trattati.

³⁰⁴ M. SAVINO, *Il nuovo esecutivo europeo: dalla bicefalia alla polisindonia*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 119.

³⁰⁵ Consiglio, *decisione del 28 giugno 1999 recante modalità per l’esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione*, 1999/468/CE, G.U.U.E., 1999, n. L 184/23.

³⁰⁶ *Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell’esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione*, G.U.U.E., 2011, n. L 55/13.

d'esame, dovrà esprimere un parere affermativo affinché l'atto di esecuzione venga adottato³⁰⁷.

Le riflessioni indotte dal procedimento che coinvolge la comitologia riguardano le modalità e le basi sulle quali il comitato può formulare il proprio parere. Lo spunto di riflessione più interessante è correlato alla insussistenza di criteri in base ai quali il comitato può opporsi ad una decisione di esecuzione della Commissione. Pertanto, questo godrà di una discrezionalità smisurata, cosicché la Commissione dovrà esercitare il proprio potere discrezionale nel rispetto delle esigenze degli Stati membri rappresentati nel comitato.

Il contenuto degli atti di esecuzione può essere, ad esempio, di autorizzazione. Sovente infatti l'applicazione del diritto derivato europeo può essere sospesa o derogata, e l'atto rimette alla Commissione la decisione sull'autorizzazione.

Nonostante all'apparenza il potere della Commissione nell'esecuzione possa apparire largamente discrezionale, in realtà questa discrezionalità risulta molto ridotta, tutt'al più si limita a indicare specifiche meramente tecniche alle quali si atterranno gli Stati nell'esecuzione. Ciò che rileva è che l'esecuzione, in via amministrativa o normativa, delle disposizioni alle quali si riferiscono gli atti di esecuzione, rimane a carico degli Stati membri, quindi parliamo di esecuzione indiretta, servendo l'atto di esecuzione solo a garantire una uniformità. Ciononostante, appare con tutta evidenza come la scelta alla base dell'atto, ad esempio sull'autorizzazione alla sospensione dell'esecuzione, coinvolga un margine di apprezzamento che richiede lo svolgimento di valutazioni anche di pubblico interesse.

3. Le agenzie europee tra discrezionalità e tecnica

L'Unione europea ha da tempo avviato un procedimento di decentramento dell'attività amministrativa, istituendo nuove agenzie e rafforzandone i poteri

³⁰⁷ V. A. DI PASCALE, *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 33.

regolamentari e di decisione di singoli casi³⁰⁸. Quando è in gioco la intensità del potere, ogni constatazione si intreccia con quella dell'effettiva dimensione della discrezionalità; con riguardo alle agenzie, la tematica oggetto presente elaborato è stata al centro di continue tensioni fra le istituzioni europee. La *querelle* essenzialmente riguardava l'orientamento da seguire nell'attribuzione del potere alle agenzie; una scelta, quindi, tra il conferimento di discrezionalità amministrativa ovvero tecnica.

I riferimenti di principio della questione sono racchiusi in due sentenze della Corte di giustizia, ossia le cause *Meroni*³⁰⁹, dianzi accennata, e *Romano*³¹⁰, espressive dello scetticismo della Corte nell'accettare l'esercizio di poteri amministrativo-regolamentari vincolanti di soggetti decentralizzati diversi dalle istituzioni previste dai Trattati. Nello specifico, nella sentenza *Meroni* si vietava la delega ad esercitare poteri discrezionali ad autorità delegate mossi dal presupposto che le valutazioni e i bilanciamenti degli interessi rilevanti non potessero essere controllati dall'Alta Autorità sulla quale ricadeva la responsabilità del raggiungimento degli obiettivi in forza del diritto primario UE; il controllo era, al contrario, realizzabile sui poteri di esecuzione vincolati³¹¹. La mancanza di un siffatto controllo avrebbe minato il principio di equilibrio dei poteri³¹².

L'architrave creato dalla giurisprudenza aveva le radici nella presunta insindacabilità degli atti delle agenzie, non menzionate nel Trattato CEE, cosicché la responsabilità delle scelte discrezionali doveva necessariamente incentrarsi in un'istituzione le cui azioni fossero controllabili dal giudice. Il paradigma, che già sul finire del secolo scorso mostrava la sua inadeguatezza e veniva, probabilmente, parzialmente disatteso, è gravemente mitigato alla luce del Trattato di Lisbona³¹³. Oggi infatti gli artt. 263 e 277 TFUE acconsentono a che gli atti di organi ed

³⁰⁸ E. CHITI, *In the aftermath of the crisis – the EU administrative system between impediments and momentum*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2015, n. 17, p. 311, 313.

³⁰⁹ Corte Giust., causa 9/56, cit.

³¹⁰ Corte Giust., sent. 14 maggio 1981, causa 98/80, *Giuseppe Romano contro Institut national d'assurance maladie-invalidité*, ECLI:EU:C:1981:104 (Romano).

³¹¹ Corte Giust., causa 9/56, cit., p. 40.

³¹² E. CHITI, *Le agenzie europee*, tesi di dottorato di ricerca in diritto, Istituto universitario europeo, 2000, <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/4598>, p. 77.

³¹³ v. MATTARELLA, *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, cit., p. 54.

organismi dell'Unione siano scrutinati dalla CGUE³¹⁴. La Corte di giustizia prende definitivamente atto della necessità di rivisitare l'applicazione della dottrina *Meroni* nel caso *ESMA-short selling*, enucleando alcuni parametri giuridici per la verifica della compatibilità della delega con il diritto europeo. In aggiunta all'assoggettabilità al controllo giurisdizionale degli atti emanati, l'agenzia può emanare atti generali se questi risultano dall'esercizio di poteri chiaramente definiti e la discrezionalità risulta limitata: le riforme che hanno intaccato il sistema giurisdizionale europeo legittimano quindi un parziale trasferimento della responsabilità dal legislatore alle agenzie. La Corte sembra voler impedire l'esercizio di poteri discrezionali, acconsentendo solo al mero svolgimento di discrezionalità tecnica³¹⁵. Ciononostante, non sembra in concreto possibile realizzare una netta separazione tra i due tipi di discrezionalità. Sicché, ciò che si mira ad impedire secondo lo schema moderno non è tanto l'attribuzione di poteri discrezionali (questi infatti ricorrono, come ribadito a più riprese, quando più interessi confliggenti richiedono un contemperamento)³¹⁶, quanto un'attribuzione di poteri sfuggenti ad ogni tipo di controllo che si traduca in un trasferimento della responsabilità di rilevanti scelte politiche; dimodoché simultaneamente alla funzione di delega del potere, l'atto legislativo assolve anche quella di restringerne la portata e sancire dei parametri in relazione ai quali si possa controllare la legittimità degli atti delle agenzie. Come si può intuire, il confine del conferimento di poteri discrezionali considerato ammissibile nelle situazioni concrete resta avvolto nell'incertezza.

L'interpretazione della giurisprudenza europea sull'argomento difficilmente può portare a delle definizioni assolute. L'unica conseguenza che con ragionevole convinzione possiamo trarre è che anche i soggetti (organismi) diversi dalle istituzioni europee propriamente dette vantano poteri discrezionali. Quanto affermato vale sia per le agenzie proliferate dagli inizi degli anni '90 nella fase c.d.

³¹⁴ Il testo inglese del Trattato è, ancora una volta, più chiaro e dirimente, poiché espressamente dispone in favore della sindacabilità degli atti delle agenzie per indicare quelli che nella versione italiana sono "organismi"; (*"The Court of Justice of the European Union [...] shall review the legality of acts of bodies, offices or agencies"*).

³¹⁵ J. MENDES, *Discretion, care and public interests in the EU administration: probing the limits of law*, in *Comm. mark. law rev.*, 2016, n. 53, p. 419, 425.

³¹⁶ V. SCHOLTEN - VAN RIJSBERGEN, *The ESMA-short selling case. Erecting a new delegation doctrine in the EU upon the Meroni-Romano remnants*, cit., p. 404.

di *agencification* che, soprattutto, per le autorità di vigilanza istituite dopo la crisi finanziaria del 2011 alle quali si è deciso di conferire importanti poteri regolamentari (o quasi-regolamentari) e provvedimenti implicanti un ampio margine di apprezzamento³¹⁷. La scelta di dotare delle Amministrazioni, segnatamente l'autorità bancaria europea (EBA), l'autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM o ESMA) e l'autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA), di marcati poteri di valutazione trova la sua giustificazione nella competenza tecnica dei loro membri e nella indipendenza rispetto alle istituzioni dell'Unione. Detto sistema nacque sicché come inevitabile reazione al malfunzionamento dei preesistenti modelli di supervisione nazionali che hanno dimostrato tutta la loro inefficacia nell'affrontare una crisi di straordinarie dimensioni quale quella del 2011³¹⁸. Un aspetto notevole delle attribuzioni di queste è rappresentato dalla loro facoltà di istituire progetti di “norme tecniche di regolamentazione” in atti delegati ex art. 290 TFUE oppure “di attuazione” ex art. 291 TFUE, e in entrambi i casi le valutazioni dovrebbero possedere esclusivamente carattere tecnico non implicando decisioni strategiche o politiche³¹⁹.

Il procedimento di adozione degli atti coinvolge la Commissione, alla quale formalmente gli atti sono rivolti perché essa li recepisca nei propri atti delegati o di esecuzione; qualora questa decida di non approvare un progetto dell'autorità deve fornire una motivazione ed eventualmente il Parlamento o il Consiglio possono avviare un procedimento di “mediazione”³²⁰. Quello che risalta è come i tre

³¹⁷ MATTARELLA, *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, cit., p. 21.

³¹⁸ *Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/77/CE della Commissione*, G.U.U.E., 2010, n. L 331/84, considerando n. 1.

³¹⁹ *Ibid.*, artt. 10 e 15. Previsioni identiche sono contenute negli artt. 10 e 15 degli altri due regolamenti. V. *Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione*, G.U.U.E., 2010, n. L 331/12; *Regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/79/CE della Commissione*, G.U.U.E., 2010, n. L 331/48.

³²⁰ V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alla autorità europee di vigilanza*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 143.

regolamenti si prefiggano di estromettere ogni giudizio di opportunità amministrativa dal processo decisionale delle autorità, mascherando così tutte le reali difficoltà nelle quali ci si imbatte ogniqualvolta si vogliano precludere in radice tutti i possibili connotati politici di una scelta.

In realtà, la stessa essenza di un potere regolamentare esclusivamente tecnico pare una contraddizione in termini. La previsione di standards, nonostante siano tecnici, in ipotesi di regolazione più che nell'adozione di provvedimenti, comporta anche delle valutazioni politiche. Fissare degli standards in ordine ai criteri tecnici da applicare in una certa materia non differisce dalle ipotesi di discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico.

Le autorità in parola hanno poi ulteriori poteri rispetto a quelli relativi agli articoli 290 e 291 TFUE. Si segnala così il potere delle tre autorità (ESMA, EBA e EIOPA), in base all'art. 18 dei regolamenti istitutivi, di adottare decisioni di coordinamento delle autorità nazionali in caso di emergenza ai fini di garantire l'integrità dei mercati³²¹. Anche l'articolo 9 dei regolamenti citati conferisce un potere alle autorità particolarmente incisivo qual è quello di limitare o proibire temporaneamente certe attività finanziarie che mettono a repentaglio il funzionamento dei mercati finanziari. Sembra potersi dedurre che queste decisioni sicuramente sono assunte secondo quanto risulta da calcoli altamente complessi economici; tuttavia, specie in funzione della serietà della misura interdittiva o dell'altra misura di coordinamento, a cui si aggiunge, ai sensi dell'art. 9, il verbo "può", parrebbero esserci elementi riconducibili ad procedimenti decisionali sottostanti ad attività discrezionali. Quindi, la proibizione di un'attività, atteso che ci siano dei pericoli di pregiudizio per i mercati finanziari, è una decisione che deve essere presa dopo aver considerato il peso delle conseguenze sugli interessi alla libertà economica e averne saggiato la ragionevolezza e opportunità³²².

Analoghe riflessioni sono già state sviluppate in questo lavoro, e a quelle si rinvia, in special modo riguardo alle decisioni del Comitato di risoluzione (cap. II, § 6.2).

³²¹ *Regolamento (UE) n. 1093/2010*, cit.; *Regolamento (UE) n. 1094/2010*, cit.; *Regolamento (UE) n. 1095/2010*, cit.

³²² v. MENDES, *Bounded discretion in EU law: a limited judicial paradigm in a changing EU*, cit., p. 465.

In generale, le agenzie traggono origine dalla volontà di delegare alcune competenze di stampo tecnico, ammettendo una discrezionalità eventualmente in quell'ambito. È però vero che in settori economici di importanza strategica come quelli in questione, ogni decisione attuata su base tecniche ha ripercussioni marcate sull'assetto degli interessi. Non sarebbe corretto generalizzare una quantificazione delle dimensioni del potere discrezionale delle autorità, ma è doveroso sottolineare come alcune decisioni apparentemente tecniche possano celare apprezzamenti di politica, compromettendo parte dei fini che hanno portato a una reticolazione delle agenzie.

4. I limiti che presidono all'esercizio del potere discrezionale

4.1. Libertà e limiti alla discrezionalità

Sovente troviamo nella letteratura amministrativa nazionale ed europea la parola "libertà", nelle sue varie forme, ad affiancare i concetti di discrezionalità, scelta, apprezzamento, ecc. Questa inclinazione è molto diffusa anche in testi stranieri di pronunce delle corti e potrebbe, se non contestualizzata nell'ambito del diritto amministrativo, indurre a fraintendere il significato stesso della discrezionalità. Come sostenuto da Giannini, a contraddistinguere la discrezionalità amministrativa sarebbero i suoi limiti positivamente determinati, che stridono fino all'antitesi con l'attribuzione di una libertà latamente intesa. Libera, o sviluppatasi entro maglie larghissime, potrebbe essere solo l'attività dei privati; i pubblici poteri sono all'opposto costretti entro certi vincoli, segnati dal principio di legalità, dall'obbligo di perseguimento del fine pubblico e da vari altri contenuti nella norma attributiva del potere o frutto del riconoscimento di principi generali. La pubblica Amministrazione, infatti, gestisce il denaro pubblico e gode di poteri "esorbitanti" (amministrativi); è quindi essenziale che l'utilizzo dei fondi e l'esercizio di poteri autoritativi avvengano osservando dei limiti a garanzia dei privati cittadini come espressione della democrazia, quale che sia l'ordinamento giuridico di riferimento. La libertà esprime in realtà quello spazio che il legislatore non ha riempito compiendo scelte politiche, rimettendo queste all'Amministrazione perché lo

completi comparando vari interessi al fine di concretizzare il fine pubblico, quindi secondo dei canoni che non sono quelli propri di una libertà intesa come arbitrio.

I limiti all'esercizio del potere discrezionale possono essere suddivisi in limiti procedurali e sostanziali. Riguardo ai primi, attinenti al procedimento di formazione della volontà amministrativa e di assunzione della decisione, possiamo asserire che essi sono funzionali all'osservanza delle garanzie degli amministrati e al conseguimento di migliori decisioni; dunque una delle tecniche, invero risalenti, attraverso le quali i giudici possono verificare se il potere discrezionale è stato esercitato correttamente è quella di guardare al procedimento amministrativo e al suo corretto svolgimento³²³. I problemi più radicali sono sollevati invece dai vincoli di natura sostanziale, giacché questi rimettono in discussione l'annosa questione concernente l'equilibrio tra prevedibilità e legalità amministrativa e flessibilità nel compimento di quelle scelte che l'Amministrazione ritiene ottimali per la cura dell'interesse pubblico nel caso concreto: una eccessiva rigidità normativa potrebbe ingessare l'Amministrazione e pregiudicare la realizzazione del fine pubblico. Sia i limiti procedurali che quelli sostanziali possono essere peculiari alla norma attributiva di un determinato potere o avere respiro generale.

Ad entrare in gioco non sono soltanto i limiti, sostanziali o procedurali, desumibili dal diritto positivo, ma nondimeno anche quelli di elaborazione giurisprudenziale, sovente derivanti da principi che a loro volta hanno le più varie origini. Il quadro di principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea rimanda alle acquisizioni ottenute nel diritto degli Stati membri, secondo un procedimento di armonizzazione che si è svolto in due direzioni. In primo luogo, i principi concepiti a livello nazionale sono stati recepiti a livello europeo (*bottom-up*). Secondariamente, i principi divenuti patrimonio giuridico dell'UE sono entrati a fare parte del diritto degli Stati mediante il processo di armonizzazione (*top-down*).

³²³ Già gli amministrativisti francesi diedero importanza allo svolgimento delle attività prodromiche all'emanazione dell'atto, censurando le eventuali distorsioni sotto il profilo dell'eccesso di potere (es. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, cit., p. 218 e 219).

Un ragguardevole esempio è quello che interessa il principio di proporzionalità di derivazione tedesca che oggi è uno dei capisaldi del diritto UE e degli Stati³²⁴.

4.2. I principi procedurali interferenti con la discrezionalità.

Un accenno

Dal punto di vista dei principi procedurali, esemplari sono quelli previsti ora anche dalla CDFUE, come la ragionevolezza del tempo dell'agire (che limita la discrezionalità sul *quando*), l'imparzialità della decisione, il diritto di ogni persona ad essere ascoltata (il che dovrebbe rendere l'amministrazione edotta degli interessi dei cittadini e guidarla all'adozione di decisioni più ragionevoli), l'obbligo di motivazione (riconnesso alla proporzionalità, alla trasparenza e al fondamento della controllabilità delle scelte discrezionali in generale) e il diritto di accesso.

Particolarmente rilevante è l'obbligo motivazionale, che consente agli interessati di conoscere le ragioni che hanno portato l'Amministrazione alla emanazione di un atto amministrativo discrezionale e al giudice di esercitare il sindacato giurisdizionale. La CGUE ha affermato l'ulteriore principio in virtù del quale la estensione dell'obbligo sia da valutare tenendo presenti le condizioni del caso concreto e, precisamente, il contesto normativo³²⁵. In termini generali, maggiore è la discrezionalità e più oneroso sarà l'obbligo motivazionale³²⁶. Il Tribunale specifica inoltre che l'obbligo si attenua allorché si riferisca ad atti di carattere generale, essendo sufficiente una indicazione dello scopo perseguito³²⁷. Se visto attentamente, l'obbligo di motivazione non sembrerebbe rappresentare un vincolo alla discrezionalità sul contenuto, o sull'*an*, ma preminentemente un mezzo per giungere al fine corrispondente alla verifica dell'*iter* logico percorso

³²⁴ V. *infra*, § 4.3.

³²⁵ Si veda Corte Giust. U.E., sent. 12 settembre 2002, causa T-89/00, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2002:213, par. 65 ss.

³²⁶ V. MENDES, *Bounded discretion in EU law: a limited judicial paradigm in a changing EU*, cit., p. 467.

³²⁷ Corte Giust. U.E., causa T-89/00, ult. cit., par. 66. L'onere è comunque più gravoso di quando previsto dalla legge italiana sul procedimento, che esenta gli atti generali dalla motivazione (L. 7 agosto 1990, n. 241, cit., art. 3).

dall'agente. L'unico aspetto della discrezionalità che ne risulta limitato è invero il *quomodo*, poiché vi sarà un vincolo procedimentale (a giudicare dalla giurisprudenza non precisissimo nella sua consistenza).

Un ulteriore principio che assume particolare importanza è quello che impone alla pubblica Amministrazione europea di condurre un esame accurato ed imparziale di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie. Inoltre, deve essere assicurato il diritto di ogni interessato a «far valere il proprio punto di vista»³²⁸.

I principi qui visti, nel complesso, perseguono l'obiettivo di fare sì che le decisioni siano più corrette. Inoltre, stante la limitatezza del controllo giurisdizionale esercitabile sul contenuto dell'atto, limitato in sostanza alla ricerca di un errore manifesto, la previsione di tali principi che disciplinano il procedimento sono ancora di più indispensabili. Il Tribunale, nel caso *ATC contro Commissione*, evidenzia quindi come l'esercizio del potere discrezionale possa essere controllato dal giudice mediante un esame del rispetto delle regole e dei principi sul procedimento, la cui violazione è un indice di una scorretta formazione della volontà amministrativa³²⁹. Difatti, la mancata considerazione di tutti gli interessi rilevanti o l'incorretta valutazione dei fatti implicano un esercizio del potere non corretto. Il Giudice sicché ottiene la possibilità di valutare un atto discrezionale con maggiore incisività senza sconfinare nel sindacato di merito, in principio preclusogli³³⁰.

4.3. I Principi sostanziali che guidano e limitano le scelte discrezionali

Quelli di natura sostanziale costituiscono l'essenza dei limiti incidenti sulla discrezionalità amministrativa e la loro osservanza si può evincere dall'atto amministrativo stesso [cioè l'*an*, ossia se l'atto è adottato, il *quando* dell'azione e

³²⁸ Corte Giust. C.E., sent. 21 novembre 1991, causa C-269/90, *Technische Universität München contro Hauptzollamt München-Mitte*, ECLI:EU:C:1991:438, par. 14.

³²⁹ Corte Giust. U.E., sent. 16 settembre 2013, causa T-333/10, *Animal Trading Company (ATC) BV e altri contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2013:451, par. 84.

³³⁰ Sul punto, cfr. MENDES J., *Discretion, care and public interests in the EU administration: probing the limits of law*, in *Comm. mark. law rev.*, 2016, n. 53, p. 419, 434.

il contenuto (*quid*)] senza che ci sia bisogno di perscrutare le modalità di svolgimento del procedimento, oltre che dalla comparazione con altri atti amministrativi. Diversi sono i principi che impattano sull'esercizio della discrezionalità: nel nostro caso l'attenzione è concentrata su quelli di proporzionalità e legittimo affidamento.

Il principio di proporzionalità, sviluppatosi in Germania, ambisce a garantire che vi sia una corrispondenza tra mezzi e fini³³¹. I primi, sicché, devono essere in grado di consentire il perseguimento dell'obiettivo voluto e, al contempo, non incidere sugli altri interessi pubblici e privati più di quanto sia necessario per raggiungere la finalità prefissata; in altre parole il sacrificio degli altri interessi deve essere il minore possibile per il perseguimento di quello che si intende massimizzare. Quello ivi descritto rappresenta un limite all'esercizio della discrezionalità da parte dell'Amministrazione, cosicché essa sarà vincolata non solamente all'osservanza di quanto stabilito dalla norma attributiva del potere, ma dovrà pure agire secondo dei canoni di proporzionalità, giacché la Corte di giustizia dell'UE può verificare la correlazione proporzionale tra l'atto emanato e il fine dell'azione.

Il principio di proporzionalità concerne sia l'attribuzione dei poteri che il loro esercizio, ed è consacrato nell'articolo 5 TUE³³², il quale stabilisce che «il contenuto e la forma dell'azione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati»³³³. La Corte di Giustizia UE ha da tempo sviluppato modello di giudizio sulla proporzionalità strutturato in tre passaggi³³⁴. Innanzitutto l'atto esaminando deve essere idoneo al conseguimento del fine che l'amministrazione si prefigge di realizzare. Dopodiché, l'atto in concreto adottato deve rappresentare il minor sacrificio – o la misura meno restrittiva – che permetta di raggiungere l'obiettivo. Infine, l'esame della proporzionalità *stricto sensu*, non

³³¹ Sull'elaborazione del concetto di proporzionalità, in breve, v. J. SCHWARZE, *European administrative law in the light of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2012, vol. 18, n. 2, p. 285, 288.

³³² In allegato al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è stabilito anche un apposito protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, che si riferisce però alla redazione degli atti legislativi e è meno rilevante ai fini della presente trattazione.

³³³ Sul punto, v. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., p. 356 e 357.

³³⁴ Si veda, ad es., Corte Giust. U.E., sent. 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health SA contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2002:209, par. 413.

sempre considerato dalla CGUE, richiede all'Amministrazione prima e al giudice poi di verificare se il sacrificio imposto agli altri interessi rilevanti non sia eccessivo rispetto alla soddisfazione del fine³³⁵. In pratica, la proporzionalità è un corollario del più ampio principio di ragionevolezza, che proprio nell'ultimo dei passaggi evidenziati si esplica nella sua massima estensione: nell'ambito di tutte le possibili soluzioni, l'atto discrezionale prescelto dell'Amministrazione può spaziare nel perimetro della ragionevolezza; se il limite è oltrepassato, si sarà agito oltre il confine delle soluzioni discrezionalmente possibili e l'atto potrà essere annullato ai sensi dell'art. 263 TFUE.

L'operatività del summenzionato principio è emblematica, e frequentemente utilizzato, per comprendere l'immanenza di alcuni principi nello svolgimento di qualsiasi attività discrezionale; l'Amministrazione dovrà dunque vagliare sia i vincoli posti dalla specifica norma attributiva del potere che tutti quegli altri che trascendono le regole positive racchiuse in una singola norma attributiva.

Un altro principio la cui applicazione limita la discrezionalità della Commissione è quello del legittimo affidamento, che è stato ricavato come parte del più ampio principio di certezza del diritto³³⁶. Il principio in parola, riconosciuto da decenni dalla Corte di giustizia UE³³⁷, richiede che le Amministrazioni tengano in considerazione l'affidamento che i soggetti privati possono avere riposto nella direzione di certe loro azioni sul presupposto di un precedente comportamento, ivi incluse le decisioni amministrative³³⁸. Il vincolo derivante dal legittimo affidamento è probabilmente più arduo da cogliere rispetto a quello visto in precedenza, dal momento che le corti devono bilanciare la sua osservanza con l'esigenza delle autorità di perseguire un fine pubblico, tenendo presente che quest'ultima missione può infrangere le aspettative dei privati. Anche per la valutazione del principio di legittimo affidamento tre elementi vanno esaminati

³³⁵ Sulle ragioni e casistica della mancata considerazione della proporzionalità *stricto sensu*, cfr. CRAIG, *EU administrative law*, cit., p. 653 ss.

³³⁶ X. GRUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa law, Groninga, 2006, p. 202.

³³⁷ V. ad esempio Corte Giust., sent. 3 maggio 1978, causa 112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1978:94, par. 19.

³³⁸ La protezione del legittimo affidamento ha trovato risposte positive anche nella giurisprudenza italiana, specialmente per opera di quella europea. Sull'argomento, cfr. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 111.

secondo la CGUE. Segnatamente, l'affidamento può sorgere sia da atti che da comportamenti della p.A, purché questi siano chiari e non presentino coefficienti di ambiguità; le aspettative devono essere legittime, poiché in caso di un affidamento che un privato non potrebbe avere valutando le situazioni con diligenza, il principio di legalità è ritenuto prevalente; per ultimo si devono ponderare gli interessi in gioco, e quindi quanto un legittimo affidamento dei privati possa impedire alla Amministrazione di seguirne di antipodici per realizzare un comune interesse europeo. Il discorso sul legittimo affidamento verrà ripreso nel prossimo paragrafo, in tema di autovincolo all'esercizio della discrezionalità.

Si nota quindi come il potere discrezionale debba essere esercitato mantenendo un'attenzione particolare al rispetto dei principi generali dell'ordinamento europeo. L'importanza di questi si palpa quando la norma attributiva del potere non pone particolari limiti (o come qualcuno li nomina, standards) al cospetto dei quali verificare se l'azione discrezionale si è svolta correttamente e questi devono comunque essere osservati per via del loro carattere generale. Il percorso da una concezione di discrezionalità libera e insindacabile come visto al capitolo 1 (§ 3) intesa in Francia nel 1800 ad una più moderna che non è indifferente al controllo delle corti che tutelano i diritti (e gli interessi) dei cittadini, passa anche e soprattutto attraverso l'elaborazione di alcuni principi sul corretto e ragionevole esercizio della discrezionalità.

5. Il cosiddetto autovincolo della discrezionalità come strumento anticipazione della scelta

Al pari che nei diritti nazionali, anche in seno al diritto dell'Unione europea ci si è soffermati sulle modalità concrete della formazione della volontà delle Amministrazioni e su come questa si svolgesse in relazione ai poteri discrezionali, specie quando di dimensioni rilevanti. Nello specifico, a fronte dei vantaggi che l'ampiezza della discrezionalità realizza, assicurando all'agente una flessibilità in ordine alla decisione più opportuna nel caso concreto per realizzare il pubblico interesse, vi sono al contempo delle esigenze, principalmente di legalità, sottese alla tutela della posizione degli amministrati che stimolano una riduzione del margine

di scelta mediante la predeterminazione di parte della determinazione finale³³⁹. Questa tendenza è atta ad assicurare una maggiore trasparenza e prevedibilità dell'azione, garantite in ultima istanza dalla possibilità del giudice di utilizzare la scelta di predeterminazione come parametro di controllo del provvedimento finale.³⁴⁰ Così, come è stato detto, viene recuperata in parte quella legalità amministrativa che viene inesorabilmente sacrificata nel momento stesso in cui un potere discrezionale è conferito³⁴¹.

Allorquando la scelta di predeterminazione è compiuta dalla stessa Amministrazione chiamata ad emanare l'atto finale si può parlare di "autovincolo" della discrezionalità. Tramite queste scelte la discrezionalità non viene espunta né complessivamente ridotta; in realtà l'operazione implica piuttosto un'anticipazione della scelta discrezionale ad una fase anteriore rispetto a quando la decisione sul caso singolo deve essere presa. Tuttavia, l'esito della procedura è una limitazione della discrezionalità sulla scelta finale, la quale risulta anche maggiormente prevedibile in virtù della pubblicazione dell'atto di predeterminazione che permette agli Stati e ai privati di avere contezza dell'azione.

Infinite possono essere le forme e i contenuti dell'autovincolo, ma è da notare come talune volte un'Amministrazione non sia vincolata dalla legge a restringere il proprio margine discrezionale futuro, talune altre invece la legge obbliga l'autorità a predisporre delle forme di predeterminazione (dispone in questo senso l'art. 12 della legge 1990, n. 241 con riguardo alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e altri vantaggi economici).

Teoricamente, in qualsiasi ordinamento giuridico si può porre il tema dell'autovincolo della discrezionalità, e la Corte di giustizia UE ha da tempo constatato la centralità del tema anche nell'ordinamento europeo. La Corte ha sicché definito "autolimitazione" la prefissione di criteri per orientare il proprio potere discrezionale di irrogare ammende, giustificando l'azione con istanze di

³³⁹ Si consulti MATTARELLA, *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, cit., p. 25.

³⁴⁰ Così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, ESI, Napoli, 1997, p. 295.

³⁴¹ v. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 124.

trasparenza ed oggettività³⁴². Secondo la ricostruzione del Tribunale, sarebbero da reputarsi atti di autovincolo tutti quelli adottati esercitando un potere discrezionale miranti a limitare la discrezionalità della futura azione amministrativa³⁴³. Nel diritto europeo gli atti di predeterminazione possono avere varie forme, quali orientamenti, comunicazioni, linee guida, etc³⁴⁴. Essi possono essere di due categorie, ossia “interpretativi”, quando fungono da direttive interpretative di una certa disposizione giuridica, o “di orientamento”, quando invece l’effettivo obiettivo è di predefinire il futuro esercizio della discrezionalità da parte dell’Amministrazione³⁴⁵. Sulla natura dei primi possono aprirsi dei dibattiti, poiché la loro funzione è meramente quella di fornire una interpretazione di concetti indeterminati, come nell’esempio della comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuti di Stato cui si è accennato al § 2.2.2. Il preminente carattere interpretativo di questa si desume dal fatto che la CGUE può contemplare una diversa interpretazione dei concetti esaminati dalla Commissione; non a caso in essa si precisa che a fare fede siano innanzitutto le pronunce giurisprudenziali e che in alcun modo l’interpretazione di alcuni concetti datane dall’Amministrazione può precludere una autonoma valutazione della Corte di giustizia o del Tribunale³⁴⁶. In aggiunta, alcune disposizioni sono un riepilogo della dominante giurisprudenza della Corte e quindi non aggiungono alcunché di nuovo al diritto applicabile (di maggior interesse, eventualmente, potrebbero essere le interpretazioni che la p.A. dà delle massime giurisprudenziali di applicazione incerta)³⁴⁷. Dunque la comunicazione può intensificare la certezza solo relativa all’operato della Commissione e non sul comportamento del giudice. Nonostante ciò, riprendendo qui gli argomenti esposti sopra, se si ammette che anche nella interpretazione di certi concetti possono avere

³⁴² Corte Giust. U.E., sent. 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd e altri contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2004:118, par. 157.

³⁴³ v. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 422.

³⁴⁴ Sulla funzione delle comunicazioni, si veda G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell’attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, n. 3, p. 399, 417 ss.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 425.

³⁴⁶ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, cit., par. 5.

³⁴⁷ Sul punto, BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 439.

rilievo delle valutazioni di interesse pubblico, dobbiamo allora concludere che quelle stime possono anche condizionare l'emanazione degli atti di orientamento.

Più rilevanti possono essere le predeterminazioni vere e proprie, costituenti atti discrezionali che si interpongono tra l'atto normativo (di diritto primario o derivato) e quello provvedimentale. Queste tipologie di atti, essendo quindi svolgimento di una norma superiore, devono essere con essa compatibili³⁴⁸. Cionondimeno, quando la norma attributiva del potere è silente sulla opportunità di esercitare un'azione di predeterminazione, in linea di principio l'Amministrazione avrà discrezionalità anche sulla scelta dell'adozione dell'atto (discrezionalità vertente quindi sull'*an*)³⁴⁹. Così, restando sul tema degli aiuti di Stato, l'applicazione dell'art. 107, par. 3 TFUE sugli aiuti a finalità regionale non impone alcuna scelta anticipatoria della discrezionalità; tuttavia la Commissione ha deciso di adottare una comunicazione per esternare i suoi orientamenti³⁵⁰. Diversamente, altre volte l'atto di autolimitazione sarà discrezionale sotto altri profili, segnatamente il contenuto, ma non si avrà un margine per decidere se sia opportuno agire vincolando il futuro esercizio del potere. Per citare un esempio rilevante, si pensi al regolamento del Consiglio con il quale alla BCE vengono attribuiti poteri riguardanti la vigilanza prudenziale degli istituti di credito, che impone alla Banca centrale di emanare «orientamenti e raccomandazioni» affinché possa decidere in concreto in maniera conforme ad essi³⁵¹.

Ad ogni modo, l'atto di limitazione non potrà eliminare del tutto il potere discrezionale da esercitarsi nel caso concreto. Se infatti si assume che la norma attributiva del potere voglia lasciare all'Amministrazione l'adozione di una decisione che tenga conto dell'atteggiamento degli interessi rilevanti nel caso concreto, sarebbe ingiustificato ammettere che un atto di applicazione generale possa erodere per intero tutto il margine di discrezionalità amministrativa riducendo

³⁴⁸ Così il Tribunale, Corte Giust. U.E., sent. 30 aprile 1998, causa T-16/96, *Cityflyer Express Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1998:78, par. 57; in cui viene ammessa la predeterminazione discrezionale purché sia compatibile con i Trattati.

³⁴⁹ Si veda Corte Giust. U.E., sent. 30 aprile 1998, causa T-214/95, *Het Vlaamse Gewest (Regione fiamminga) contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1998:77, par. 89.

³⁵⁰ *Comunicazione della commissione. Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale*, G.U.U.E., 2021, n. C 153/1.

³⁵¹ *Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, G.U.U.E., 2013, n. L 287/63, art. 4, comma 3.

l'attività di emanazione del provvedimento ad una mera applicazione meccanica dell'atto predeterminante³⁵².

Perché l'autovincolo della discrezionalità possa assolvere alla sua funzione è necessario che ad esso sia attribuita efficacia vincolante e che quindi venga applicato dalla Amministrazione chiamata ad assumere una decisione nel caso concreto. Gli atti contenenti le limitazioni sono infatti generalmente atti di *soft-law*, la cui valenza deve essere in relazione al contesto nel quale essi si inseriscono³⁵³. La situazione non presenta difficoltà di sorta in quelle ipotesi nelle quali è la norma attributiva del potere a considerare la possibilità/obbligatorietà che una predeterminazione si frapponga tra essa e l'atto finale produttivo di effetti vincolanti nei riguardi dei terzi. Il regolamento del Consiglio sulla vigilanza della BCE appena illustrato, ad esempio, dispone che il provvedimento deve essere compatibile con la misura di orientamento, dimodoché ogni violazione dell'atto interposto equivale a una violazione del regolamento.

Quando però simili previsioni non sono rintracciabili, allora sovengono i principi generali del diritto europeo quali costrizioni che rendono effettivo il limite. In particolare, si dovrà tener conto dei principi di legittimo affidamento e di parità di trattamento³⁵⁴. Come si è avuto modo di vedere, l'Amministrazione può deviare dagli atti ingeneranti un legittimo affidamento solo fornendo una adeguata giustificazione; sarà dunque richiesto un bilanciamento tra gli interessi e principi confliggenti: il motivo imperativo di interesse generale deve essere estremamente rilevante per soverchiare quello di protezione dell'affidamento privato e della certezza del diritto. Infatti, pochi dubbi possono sorgere sul fatto che un atto con la quale una Amministrazione dichiara esplicitamente di voler esercitare anticipatamente parte della discrezionalità conferitale dalla norma per assicurare una prevedibilità della scelta (e quindi certezza) possa generare un legittimo

³⁵² V. Corte Giust. U.E., sent. 27 novembre 2003, cause riunite T-331/00 e T-115/01, Laurence Bories e altri contro Commissione delle Comunità europee, ECLI:EU:T:2003:317, par. 72.

³⁵³ v. L.A.J. SENDEN, *Soft law in the European Community. Its relationship to legislation*, Wolf Legal Publishers, Nimega, 2003, p. 104. Nella dottrina francese si parla di atti informali; sul punto Y. GAUDEMET, *Les actions administratives informelles*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n. 2, p. 645.

³⁵⁴ V. *supra*. Si veda Corte Giust. U.E., sent. 24 marzo 1993, causa C-313/90, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques (CIRFS) e altri contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1993:111, par. 44 e 45.

affidamento. Quindi si tratta solo di indagare se i motivi imperativi di interesse generale sono tali da rendere giustificato lo scostamento dall'atto di vincolo. Applicare le linee guida o altri atti di simile valore sono in certi casi e non in altri, ovviamente, oltre a pregiudicare la certezza del diritto declinata nel principio di legittimo affidamento è in grado di compromettere anche la parità di trattamento³⁵⁵. Specie in ambiti come quello della concorrenza, la parità di trattamento è imprescindibile per il funzionamento del sistema e pertanto solo in casi del tutto eccezionali gli atti in esame possono non essere applicati. Se altrimenti l'Amministrazione trascura quanto disposto in via generale in precedenza, l'atto finale risulterà viziato e censurabile in sede giurisdizionale.

Pertanto nemmeno il giudice europeo può prescindere dall'applicare l'atto di autolimitazione; muovendo dalla considerazione che l'atto è discrezionale, ne è implicita l'insindacabilità dell'atto di predeterminazione e dell'atto applicativo se al primo conforme, purché le regole riguardanti l'esercizio della discrezionalità esaminate nel corso di tutto l'elaborato siano osservate. Ricapitolando, il provvedimento finale potrà essere annullato solo in caso di violazione delle norme sulla procedura o sulla motivazione, di inesattezza materiale dei fatti, di errore manifesto di apprezzamento, di sviamento di potere e, soprattutto, di disallineamento all'atto di predeterminazione³⁵⁶. Si scorge qui una differenza rimarchevole rispetto agli atti generali interpretativi di cui sopra. Se quelli possono essere in via generale trascurati dal giudice che fornisce una interpretazione dissonante, gli atti orientativi della discrezionalità, come tali, sono insindacabili nel merito se non contrastanti con i Trattati³⁵⁷.

L'autovincolo della discrezionalità è quindi uno strumento che incrementa la prevedibilità delle scelte discrezionali ed è di fondamentale importanza in aree in cui la discrezionalità è consistente. Questi strumenti, discrezionali, vengono spesso utilizzati per esprimere le politiche della Commissione, e non a caso alcuni di questi

³⁵⁵ Corte Giust., sent. 30 gennaio 1974, causa 148/73, *Coniugi Louwage contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1974:7, par. 12.

³⁵⁶ Corte Giust. U.E., sent. 12 dicembre 1996, causa T-380/94, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AIUFFASS) e Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1996:195, par. 56.

³⁵⁷ *Ibid.*, par. 57.

hanno durata quinquennale (il parametro temporale è congruo per l'attuazione di una certa strategia politica). Ciò detto, questi tipi di atti modificano in parte il rapporto tra discrezionalità e vincolatezza nei casi concreti, ma rimangono comunque frutto di scelte discrezionali, tanto che possono essere modificati o eliminati (discrezionalmente) senza limiti sostanziali ulteriori rispetto a quello di legittimo affidamento e con relativa agilità³⁵⁸. In questo modo, il vero limite all'esercizio del potere discrezionale nel suo insieme rimane eteroimposto dai Trattati o da altri atti vincolanti.

³⁵⁸ Per un approfondimento sulla rilevanza dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento sui *policy changes*, v. CRAIG, *EU Administrative law*, cit., p. 625 ss.

Conclusioni

Le ricerche sviluppate lungo questo elaborato portano a riflettere sulla centralità della discrezionalità delle amministrazioni dell'Unione europea, dimostrando come il tema non riguardi solo il diritto amministrativo nazionale.

L'evoluzione del sistema amministrativo europeo sollecita lo studio della materia da più angolazioni. L'esecuzione del diritto che l'Unione affida alle proprie amministrazioni costituisce quindi un elemento di assoluto rilievo per il progresso dell'integrazione. Lo studio della discrezionalità non fa che accrescere questa percezione. Infatti, l'affidamento dell'attuazione del diritto sovranazionale alle pubbliche Amministrazioni europee (proprie dell'Unione europea) ha ripercussioni notevoli sulla vita dei cittadini.

La discrezionalità amministrativa europea, si è visto, è molto ampia e diffusa con riguardo agli atti di applicazione generale e, alla luce della somiglianza tra atti amministrativo-regolamentari ed atti legislativi, non sempre è facilmente percepibile come distinta dalla discrezionalità legislativa. In alcune ipotesi, tuttavia, la discrezionalità anche nell'adozione di atti generali può essere significativa. Una dimostrazione di quanto detto la si ottiene considerando l'attenzione rivolta dalle Amministrazioni europee alla autolimitazione della discrezionalità. Infatti, gli sforzi profusi nello svolgimento di questa singolare attività sarebbero del tutto inutili se le Amministrazioni stesse, e come si è avuto modo di vedere, in casi rari anche il legislatore, considerassero il proprio potere discrezionale ristretto e sufficientemente oggettivo – che è il contrario della discrezionalità, per sua natura soggettiva – e prevedibile da parte degli amministrati.

Considerata comunque la preminenza dell'attività discrezionale svolgentesi mediante l'emanazione di atti generali, sembrerebbe opportuno constatare come il principale elemento dell'atto sul quale la discrezionalità di esercita sia quello relativo al contenuto (*quid*). Cionondimeno, anche gli altri elementi sono riscontrabili nella discrezionalità europea e spesso anche compresenti.

Tuttavia, in molte delle fattispecie nelle quali la pubblica Amministrazione detiene un margine di apprezzamento non sussiste comunque un vero potere discrezionale. Sono questi i casi, assai diffusi, di discrezionalità tecnica. Sebbene il margine di valutazione tecnica non sia stato approfondito perché esulante dall'oggetto della tesi, in diverse occasioni, scrutando i confini della discrezionalità amministrativa, ci si è imbattuti in ipotesi di discrezionalità tecnica. Ciò non deve sorprendere, dato che le Amministrazioni comunitarie non godono di una rilevante legittimazione democratica. Al contrario, molti organi traggono la propria legittimazione dalla loro speciale competenza tecnica: è quindi giocoforza che le scelte da queste compiute non possono che essere attinenti innanzitutto alle materie di loro conoscenza; per citare alcuni esempi, si considerino le agenzie e le autorità indipendenti viste da ultimo. A più riprese si è comunque dato atto del filo indiretto che talune volte lega la discrezionalità politica a quella tecnica.

Conclusivamente, pare d'uopo ricordare quanto l'esercizio del potere discrezionale a livello europeo, in precedenza assolutamente marginale quando l'esecuzione amministrativa era realizzata dalle Amministrazioni nazionali, si riverberi sull'incisività dell'integrazione europea. Le limitazioni di sovranità implicate in modo naturale dal consolidamento del diritto sovranazionale si attuano anche sotto il profilo del diritto amministrativo e non soltanto attraverso una normazione comune che lasci impregiudicate le modalità di applicazione del diritto da parte delle p.A. nazionali, consentendo loro di agire discrezionalmente. All'opposto, l'esistenza di una discrezionalità in capo agli agenti unionali rafforza lo sviluppo in senso federale europeo.

Così, allorché un atto discrezionale deve essere adottato, il titolare del potere è un soggetto il cui precipuo fine è quello di tutelare un interesse comunitario e che deve agire per massimizzare quest'ultimo anche a fronte degli (eventualmente) incompatibili interessi nazionali i cui portatori possono essere gli Stati stessi nei procedimenti amministrativi di istituzioni, organi e organismi europei. In aggiunta, l'esercizio accentrato della discrezionalità assicura, a scapito di una maggiore vicinanza con il caso concreto, una uniformità decisionale e, non ultima, di sindacato.

Quindi, possiamo asserire che anche nel modo di atteggiarsi degli interessi europei in un bilanciamento soggettivo con tutti gli altri interessi coinvolti possa scorgersi un importante risvolto per il processo di integrazione europea.

Bibliografia

ANGIULI A., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Cacucci, Bari, 1988

BALEY D. - JOHN L.E., *Bellamy & Child: European union law of competition*, 8^a ed., online, Oxford University Press, Oxford, 2018

BASSAN F., *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in *Banca imp. soc.*, 2017, n. 3, p. 383

BASSI F., *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Giuffrè, Milano, 1963

BATTINI S., *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, nel volume a cura di M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018

BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1984

BERNATZIK E., *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*, Manz, Vienna, 1886

BONNARD R., *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1923, n.1., p. 363

BORRIELLO F., *Il sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e l'applicazione del test di ragionevolezza da parte del Consiglio di Stato in prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi*, tesi di dottorato in diritto amministrativo, Università degli studi di Napoli Federico II, 2019

BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, tomo I, 6^a ed., Giuffrè, Milano, 2011

CASSESE S., *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, n. 5, p. 987

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, 6^a ed., Garzanti, Milano, 2000

CASSESE S., *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, n. 3, p. 469

CASSESE S., *European administrative proceedings*, in *Law and contemporary problems*, 2004, n. 68, 1, p. 21

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, n. 4, p. 463

CERULLI IRELLI V., *Dalle agenzie europee alla autorità europee di vigilanza*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012

CHAMON M., *Limits to delegation under Article 290 TFEU: The specificity and essentiality requirements put to the test*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, vol. 25, n. 2, p. 231

CHITI E., *Le agenzie europee*, tesi di dottorato di ricerca in diritto, Istituto universitario europeo, 2000, <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/4598>

CHITI E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova, 2002

CHITI E., *In the aftermath of the crisis – the EU administrative system between impediments and momentum*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2015, n. 17, p. 311

CHITI E., *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, nel volume a cura di M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018

CHITI E. - DELLA CANANEA G., *L'attività amministrativa*, nel volume a cura di G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2011

CHITI M.P., *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, nel volume diretto da M. P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte gen., vol. I, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2007

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2011

CLARICH M., *Manuale di giustizia amministrativa*, ed. provv., Il Mulino, Bologna, 2020

CLARICH M., *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, a cura di M. CLARICH e M. RAMAJOLI, ETS, Pisa, 2021

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, 5^a ed., il Mulino, Bologna, 2022

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Lezioni di diritto amministrativo*, 3^a ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2012

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, 9^a ed., Giappichelli, Torino, 2020

CRAIG P., *Subsidiarity: a political and legal analysis*, in *Journ. comm. mark. studies*, 2012, n. 50, 1, p. 72

CRAIG P., *EU Administrative Law*, 3^a ed., Oxford University Press, New York, 2018

CRAIG P. - DE BÚRCA G., *EU law: text, cases, and materials*, 7^a ed., Oxford University Press, New York, 2020

DE LUCA P., *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *P.A. persona e amm.*, 2018, n. 2, p. 115

DE LUCIA L., *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2019

DE LAUBADÈRE A. - GAUDEMET Y. - VENEZIA J.-C., *Traité de droit administratif*, tomo I, 14^a ed., L.G.D.J., Parigi, 1996

DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, nel volume a cura di G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007

DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, n. 3, p. 399

DELLA CANANEA G., *I principi fondamentali*, nel volume a cura di G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2011

DELLA CANANEA G. - FRANCHINI C., *I principi dell'Amministrazione Europea*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2017

DI GASPARE G., *Introduzione*, in *La discrezionalità amministrativa, profili comparati*, atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995, Giuffrè

DI PASCALE A., *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017

DONATI F., *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione europea*, relazione tenuta al Convegno “Il Diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990” (Università degli Studi Roma Tre, 10 novembre 2010)

DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Bloomsbury publishing, Londra, 2013

EHMKE H., “Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo, trad. it. Editoriale scientifica, Napoli, 2011

FOLLIERI E., *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, nel volume a cura di F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, 6^a ed., Giappichelli, Torino, 2019

FONDERICO G., *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2022, <https://biblioteca.giappichelli.it>

FRANCHINI C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1993

FRANCHINI C., *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, nel volume a cura di M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018

FRITZSCHE A., *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Comm. mark. law rev.*, 2010, n. 47, p. 361

GALETTA D.U., *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018

GALLIGAN D.J., *Discretionary powers: legal study of official discretion*, Oxford University Press, New York, 1990

GAUDEMET Y, *Les actions administratives informelles*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n. 2, p. 645

GERBER D.J., *The transformation of the European community competition law*, in *Harvard int. law journ.*, 1994, n. 35, 1, p. 97

GIANFRANCESCO E., *The European Commission*, nel volume a cura di H.-J. BLANKE e S. MANGIAMELI, *The Treaty on European Union (TEU). A commentary*, Springer, Berlino, 2013

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939

GIANNINI M.S., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 1993

GIANNINI M.S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, n. 4, p. 979

GIRAUD E., *Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, in *Revue générale d'administration*, 1924, n. 47, p. 193

GRASSO A. - MARZANATI A. - RUSSO A., *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, nel volume diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., vol. I, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2007

GRUSSOT X., *General Principles of Community Law*, Europa law, Groninga, 2006

HART H.L.A., *The concept of law*, 2a ed., Oxford University Press, New York, 1961

HAURIOU A., *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges en hommage à Carré de Malberg*, Dalloz, Parigi, 1933

HAURIOU M., *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administrative*, 2^a ed., Larose & Forcel, Parigi, 1893

HAURIOU M., *La fin de la catégorie des actes discrétionnaires*, Note sous *Conseil d'Etat, 31 janvier 1902*, *Grazietti, S. 1903.3.113*, in *Rev. générale du droit on line*, 2015, n. 15694, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15694

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. Einaudi, Torino, 1952

KREUSCHITZ V. - NEHL H.P., *Rationales for state aid rules*, nel volume a cura di H.C.H. HOFMANN e C. MICHEAU, *State aid law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016

LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo II, libro IV, 10^a ed., Berger - Levrault, Parigi - Nancy, 1896

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 2^a ed., Utet, Torino, 1973

LOUIS F. - VALLERY A., *State aid and the financing of public services: A comment on the Altmark judgment of the Court of Justice*, in *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*, 2003, n. 29, <https://law.bepress.com/wilmer/art29>

LUCHENA G., *Il controllo degli aiuti di Stato e la tutela della concorrenza*, in G. LUCHENA e B. RAGANELLI, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2022

MACCHIA M., *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune»*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo*

europo. *Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012

MACCHIA M., *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, nel volume a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI e L. TORCHIA, *La tecnificazione*, negli studi a cura di L. FERRARA e D. SORACE, *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016

MARTINI S., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*, in *La discrezionalità amministrativa, profili comparati*, atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995, Giuffrè

MATTARELLA B.G., *Le funzioni*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018

MATTARELLA B.G., *Procedimenti e atti amministrativi*, nel volume a cura di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2018

MATTARELLA B.G., *Law and discretion. A public law perspective on the EU*, nel volume a cura di J. MENDES, *EU executive discretion and the limits of law*, Oxford University Press, Oxford, 2019

MAYER F.F., *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, Laupp, Tubinga, 1862

MENDES J., *Discretion, care and public interests in the EU administration: probing the limits of law*, in *Comm. mark. law rev.*, 2016, n. 53, p. 419

MENDES J., *Administrative discretion in the EU: comparative perspectives*, nel volume a cura di S. ROSE-ACKERMAN, P. L. LINDSETH e B. EMERSON, *Comparative administrative law*, 2^a ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2017

MENDES J., *Bounded discretion in EU law: a limited judicial paradigm in a changing EU*, in *Mod. law rev.*, 2017, n. 80, 3, p. 443

MENDES J., *Executive discretion in the EU and the outer boundaries of law*, nel volume a cura di J. MENDES, *EU executive discretion and the limits of law*, Oxford University Press, Oxford, 2019

MICHOUD, L., *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'université de Grenoble*, 1913, n. 25, 3, p. 429

MODUGNO F., *Ordinamento, diritto, Stato*, nel volume a cura di F. MODUGNO, *Diritto Pubblico*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2015

MORBIDELLI G., *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, n. 1

MUNARI F., *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2015, n. 4., 72

NAPOLITANO G., *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, n. 1., p. 3

ORTLEP R. - WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Judicial protection*, nel volume di AA.VV., *Europeanisation of public law*, 2^a ed., Europa law, Groninga, 2015

PAOLANTONIO N., *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, in *La discrezionalità amministrativa, profili comparati*, atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995, Giuffrè

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, ESI, Napoli, 1997

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007

POLICE A., *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, nel volume di AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022

PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Soc. ed. libraia, Milano, 1911

RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Pierro, Napoli, 1912

RODI M.T., *I “concetti giuridici indeterminati”*, tesi di dottorato di ricerca in diritto ed economia, Luiss, 2014, <https://iris.luiss.it/handle/11385/200946>, 2 settembre 2022

ROMAGNOSI G.D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*. 3^a ed., Guasti, Prato, 1835

ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2020

SADDEMI M., *La vaghezza delle norme attributive del potere amministrativo. Analisi giuridica e linguistica pragmatica*, tesi di dottorato di ricerca in diritto pubblico, giustizia penale e internazionale, Università degli studi di Pavia, 2018, <https://iris.unipv.it/retrieve/handle/11571/1242289/242390/tesi%20dottorato%20marzi%20saddemi%20def.pdf>, 2 settembre 2022

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, 15^a ed., Jovene, Napoli, 1989

SAVINO M., *Il nuovo esecutivo europeo: dalla bicefalia alla polisindonia*, nel volume a cura di M.P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012

SCHOLTEN M. - VAN RIJSBERGEN M., *The ESMA - short selling case. Erecting a new delegation doctrine in the EU upon the Meroni - Romano remnants*, in *Legal issues of economic integration*, 2014, n. 41, 4, p. 389

SCHÜTZE R., *“Delegated” legislation in the (new) European Union: a constitutional analysis*, in *Mod. law rev.*, 2011, n. 74, 5, p. 661

SCHWARZE J., *European administrative law*, 1^a ed. rev., Sweet and Maxwell, Londra, 2006

SCHWARZE J., *European administrative law in the light of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2012, vol. 18, n. 2, p. 285

SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, n. 4, p. 1045

SENDEN LAJ., *Soft law in the European Community. Its relationship to legislation*, Wolf Legal Publishers, Nimega, 2003

SERRIGNY, D., *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Durand, Parigi, 1865

SORACE D., *La nuova base costituzionale europea per la pubblica amministrazione*, nel volume a cura di M. P. CHITI e A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012

SPASIANO M.R. - ZITO A., *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, nel volume a cura di F.G. COCCA, *Giustizia amministrativa*, 8^a ed., Giappichelli, Torino, 2020

STICCHI DAMIANI S., *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Giappichelli, Torino, 2006

STOLLEIS M., *A history of public law in Germany, 1914-1945*, Oxford University Press, Oxford, 2004

TRIDIMAS T., *The general principles of EU law*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2006

VAN DEN BRINK T. - VAN MEERTEN H., *EU executive rule-making and the second Directive on institutions for occupational retirement provision*, in *Utrecht law rev.*, 2016, vol. 12, n. 1, p. 75

VEDEL G., *Droit administratif*, 5^a ed., Presses universitaires de France, Parigi, 1973

VENEZIA J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1958

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 5^a ed., Cacucci, Bari, 2017

VILLATA R. - RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2017

WALINE M., *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1930, n. 1, p. 197

WISH R. - BAILEY D., *Competition law*, 10^a ed., Oxford University Press, New York, 2021

WYMEERSCH E., *The single supervisory mechanism or "SSM", part one of the Banking Union*, National Bank of Belgium, working paper, 2014, n. 255, Bruxelles

Fonti normative

1. Unione europea

Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio firmato a Parigi il 18 aprile 1951

Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea firmato a Roma il 25 marzo 1957

Trattato che istituisce la Comunità europea (versione consolidata 2006), G.U.U.E., 2006, n. C 321 E/1

Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, G.U.U.E., 2007, n. C 306/1

Versione consolidata del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, G.U.U.E., 2012, n. C 326/47

Versione consolidata del trattato sull'Unione europea, G.U.U.E., 2016, n. C 202/1

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, G.U.U.E., 2016, n. C 202/389

Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, G.U.C.E., 2001, n. L 145/43

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, G.U.C.E., 2003, L 1/1

Regolamento (CE) n. 58/2003 del Consiglio, del 19 dicembre 2002, che definisce lo statuto delle agenzie esecutive incaricate dello svolgimento di alcuni compiti relativi alla gestione dei programmi comunitari, G.U.C.E., 2003, n. L 11/1

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), G.U.U.E., 2004, n. L 24/1

Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione, G.U.U.E., 2010, n. L 331/12

Regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/79/CE della Commissione, G.U.U.E., 2010, n. L 331/48

Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/77/CE della Commissione, G.U.U.E., 2010, n. L 331/84

Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, G.U.U.E., 2011, n. L 55/13

Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, G.U.U.E., 2013, n. L 287/63

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 Testo rilevante ai fini del SEE, G.U.U.E., 2014, n. L 187/1

Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010, G.U.U.E., 2014, n. L 225/1

Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, G.U.U.E., 2015, n. L 248/9

2. Ordinamenti nazionali

Legge 25 maggio 1976, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*

Legge 19 marzo 1991, *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*

Sherman act, risoluzione del Congresso degli Stati Uniti del 2 luglio 1890

L. 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*)

Giurisprudenza

1. Corte di giustizia dell'Unione europea

Corte Giust., sent. 12 giugno 1958, causa 13/57, *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie, Gußstahlwerk Carl Bönnhoff KG, Gußstahlwerk Witten AG, Ruhrstahl AG ed Eisenwerk Annahütte Alfred Zeller contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, ECLI:EU:C:1958:10

Corte Giust., sent. 13 giugno 1958, causa 9/56 *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, ECLI:EU:C:1958:7

Corte Giust., sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:1

Corte Giust., sent. 15 luglio 1964, causa 6/64 *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66

Corte Giust., sent. 17 settembre 1970, causa 25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contro Köster, Berodt & Co*, ECLI: ECLI:EU:C:1970:115

Corte Giust., sent. 14 marzo 1973, causa 57/72, *Westzucker GmbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker*, ECLI:EU:C:1973:30

Corte Giust., sent. 30 gennaio 1974, causa 148/73, *Coniugi Louwage contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1974:7

Corte Giust., sent. 30 ottobre 1975, causa 23/75, *Rey Soda contro Cassa Conguaglio Zuccheri*, ECLI:EU:C:1975:142

Corte Giust., sent. 3 maggio 1978, causa 112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1978:94

Corte Giust., sent. 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris Holland BV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1980:209

Corte Giust., sent. 14 maggio 1981, causa 98/80, *Giuseppe Romano contro Institut national d'assurance maladie-invalidité*, ECLI:EU:C:1981:104

Corte Giust. C.E., sent. 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1987:283

Corte Giust., sent. 8 marzo 1988, cause riunite 62 e 72/87, *Exécutif régional wallon e SA Glaverbel contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1988:132

Corte Giust., sent. 24 ottobre 1989, causa 16/88, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1989:397

Corte Giust. C.E., sent. 21 febbraio 1990, cause riunite da C-267/88 a C-285/88, *Gustave Wuidart e altri contro Laiterie coopérative eupenoise, société coopérative, e altri*, ECLI:EU:C:1990:79

Corte Giust. C.E., sent. 13 novembre 1990, causa C-331/88, *The Queen contro The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*, ECLI:EU:C:1990:391

Corte Giust. C.E., sent. 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161

Corte Giust. C.E., sent. 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd contro Consiglio delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1991:186

Corte Giust. C.E., sent. 21 novembre 1991, causa C-269/90, *Technische Universität München contro Hauptzollamt München-Mitte*, ECLI:EU:C:1991:438

Corte Giust. U.E., sent. 24 marzo 1993, causa C-313/90, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques (CIRFS) e altri contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1993:111

Corte Giust. U.E., sent. 5 ottobre 1994, cause riunite C-133/93, C-300/93 e C-362/93, *Antonio Crispoltoni e altri contro Fattoria Autonoma Tabacchi e Donatab Srl*, ECLI:EU:C:1994:364

Corte Giust. U.E., sent. 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1995:160

Corte Giust. U.E., sent. 12 dicembre 1996, causa T-380/94, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AIUFFASS) e Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1996:195

Corte Giust. U.E., sent. 30 aprile 1998, causa T-214/95, *Het Vlaamse Gewest (Regione fiamminga) contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1998:77

Corte Giust. U.E., sent. 30 aprile 1998, causa T-16/96, *Cityflyer Express Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:1998:78

Corte Giust. U.E., sent. 11 febbraio 1999, causa C-390/95 P, *Antillean Rice Mills NV, European Rice Brokers AVV e Guyana Investments AVV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1999:66

Corte Giust. U.E., sent. 16 maggio 2000, causa 83/98 P, *Repubblica francese contro Ladbroke Racing Ltd e Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2000:248

Corte Giust. U.E., sent. 12 settembre 2000, causa C-180/98, *Pavel Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428

Corte Giust. U.E., sent. 22 novembre 2001, causa C-110/97, *Regno dei Paesi Bassi contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2001:620

Corte Giust. U.E., sent. 6 dicembre 2001, causa C-269/99, *Carl Kühne GmbH & Co. KG e altri contro Jütro Konservenfabrik GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2001:659

Corte Giust. U.E., sent. 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI: ECLI:EU:T:2002:20

Corte Giust. U.E., sent. 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2002:143

Corte Giust. U.E., sent. 14 maggio 2002, causa T-126/99, *Graphischer Maschinenbau GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2002:116

Corte Giust. U.E., sent. 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health SA contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2002:209

Corte Giust. U.E., sent. 12 settembre 2002, causa T-89/00, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2002:213

Corte Giust. U.E., sent. 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2002:264

Corte Giust. U.E., sent. 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in presenza di Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, ECLI:EU:C:2003:415

Corte Giust. U.E., sent. 27 novembre 2003, cause riunite T-331/00 e T-115/01, *Laurence Bories e altri contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2003:317

Corte Giust. U.E., sent. 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd e altri contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2004:118

Corte Giust. U.E., sent. 14 luglio 2005, causa 41/03 P, *Rica Foods (Free Zone) NV contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2005:456

Corte Giust. U.E., sent. 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Regno di Svezia contro Commissione delle Comunità europee e altri*, ECLI:EU:C:2007:802

Corte Giust. U.E., sent. 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost SA e La Poste contro Union française de l'express (UFEX) e altri*, ECLI:EU:C:2008:375

Corte Giust. U.E., sent. 29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione europea contro Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, ECLI:EU:C:2010:376

Corte Giust. U.E., sent. 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2012:516

Corte Giust. U.E., sent. 16 settembre 2013, causa T-333/10, *Animal Trading Company (ATC) BV e altri contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2013:451

Corte Giust. U.E., sent. 22 gennaio 2014, causa C-270/12 *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2014:18

Corte Giust. U.E., conclusioni A.G. Cruz Villalón 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a. contro Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:7

Corte Giust. U.E., sent. 16 luglio 2015, causa C-88/14, *Commissione europea contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2015:499

Corte Giust. U.E., sent. 8 ottobre 2015, cause T-659/13 e T-660/13, *Repubblica ceca contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2015:771

2. Corti nazionali

Attorney General v London County Council [1902] A.C. 165

Conseil d'État, sent. 4 aprile 1914, *Gomel*

Cons. Stato, IV sez., sent. 9 aprile 1999, n. 601

Bundesverwaltungsgericht, sent. 16 dicembre 1971, 39 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts [BVerwGE]

Bundesverfassungsgericht, sent. 8 agosto 1978, 49, *Kalkar I* [BVerfG]

