amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Note in tema di ricomposizione dei rapporti concessori

di Pasquale La Selva

(Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia)

Sommario

1. Revisione del Piano Economico Finanziario e posizioni giuridiche soggettive connesse: inquadramento del problema; 2. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza n. 239/2021 della Corte costituzionale; 3. Concetti giuridici indeterminati di valore e clausole generali: considerazioni sulla posizione di interesse legittimo riconosciuta in giurisprudenza; 3.1 Obbligo o dovere di negoziazione delle condizioni della concessione; 4. Concetti giuridici indeterminati empirici: considerazioni per il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo; 5. Accesso al fatto e ricerca della verità: il ruolo del giudice amministrativo nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati.

Abstract

The identifying criterion of the concession relationship understood as the traditional trilateral relationship between the granting administration, the concessionaire and the recipients of the public service, although it still has an independent value, has certainly changed with the advent of European Union law, which by not distinguishing the different positions subjective legal rights of the citizen as known to us, tends to generalize the traditional categories of authorizations and concessions, reducing them all to forms of ex ante control that the authority exercises before the start of a given activity in order to guarantee the correct application of the market competition rules.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Revisione del Piano Economico Finanziario e posizioni giuridiche soggettive connesse: inquadramento del problema

Il criterio identificativo del rapporto concessorio inteso come tradizionale rapporto trilaterale tra amministrazione concedente, concessionario e destinatari del pubblico servizio, per quanto abbia ancora un autonomo valore, è sicuramente mutato con l'avvento del diritto dell'Unione europea, che non distinguendo le diverse posizioni giuridiche soggettive del cittadino come da noi conosciute, tende a generalizzare le categorie tradizionali delle autorizzazioni e delle concessioni[1], riconducendole tutte a forme di controllo *ex ante* che l'autorità esercita prima dell'inizio di una data attività[2] al fine di garantire la corretta applicazione delle regole della concorrenza sul mercato[3].

Due sono gli elementi che attualmente caratterizzano il "nuovo" istituto della concessione dopo le modifiche introdotte dal diritto dell'Unione europea: il mantenimento dell'equilibrio del Piano Economico Finanziario (PEF) della commessa e l'assunzione, in capo al concessionario, del rischio operativo durante l'esecuzione della prestazione.

Mentre è diffusamente riconosciuto che il rischio operativo – ossia il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi – costituisce ormai elemento indefettibile delle concessioni[4], maggiori

[1] Sul tema si può rinviare a V. FERRARO, La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE, in Riv. it. dir. pubbl. com., n. 3-4/2014, 835-866.

[2] La direttiva servizi 2006/123/CE, infatti, definiva "regime di autorizzazione" qualsiasi "procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio". Per una ricostruzione delle direttive europee in materia di servizi nella sua accezione più ampia si rinvia sempre a F. FRACCHIA, Servizi pubblici, cit., 413-419.

[3] Sul diritto dell'Unione europea "nemico" della discrezionalità amministrativa in materia di servizi pubblici si veda M. RAMAJOLI, Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno liberalizzatore comunitario, in Dir. Amm., n. 4/1993, 593, secondo la quale il diritto comunitario si rivolgerebbe principalmente alle imprese e di conseguenza anche il concessionario di pubblico servizio viene considerato dall'Ordinamento europeo quale imprenditore che opera in un determinato mercato; per F. FRACCHIA, Servizi pubblici, cit., 421 ed E. PICOZZA, Alcune osservazioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano, in Studi in memoria di F. Piga, Vol. 1, Milano, 1992, 741, il principio che ispira la disciplina europea è quello della realizzazione degli obiettivi prefissati dalla norma mediante la partecipazione di tutti gli attori del gioco della concorrenza che hanno posizioni paritarie, tra cui rientra anche l'amministrazione, la quale può pertanto ricorrere allo strumento del contratto.

[4] Sul tema del rischio operativo quale elemento caratterizzante la concessione dopo le modifiche del diritto UE è sufficiente rinviare a quella giurisprudenza che, nel tentativo di distinguere la "nuova" concessione dall'appalto, aveva, in un primo momento, attribuito rilevanza alla struttura del rapporto che intercorre tra due soggetti (stazione appaltante e appaltatore) nel caso dell'appalto di servizi ed invece tra tre soggetti (amministrazione concedente, concessionario e utente) nel caso della concessione di servizi, per poi individuare, in un secondo momento, nel solo rischio economico l'elemento qualificante la concessione. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624; Id., Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22; Cass. Civ., Sez. Un., 20 aprile 2017, n. 9965; Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811.

ISSN 2036-7821

problemi applicativi e interpretativi reca il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario, ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria[5], se posto in relazione alla posizione giuridica soggettiva del concessionario.

Il tema del riequilibrio del piano economico finanziario è stato introdotto dal Legislatore italiano, in sede di recepimento della disciplina europea in materia di concessioni, al fine di contemperare la scelta del Legislatore europeo di costruire l'istituto esclusivamente attorno al tema del rischio operativo (quasi aleatorio) del concessionario[6]. La *ratio* di tale integrazione normativa si rinviene, pertanto, nella necessità di mantenere la continuità e qualità del pubblico servizio reso salvaguardando, in qualche misura, l'interesse pubblico[7].

L'art. 165 del Codice dei contratti pubblici dispone, pertanto, che l'equilibrio economico finanziario rappresenta il primo presupposto per una corretta allocazione dei rischi; nondimeno, allorquando si verifichino fatti non riconducibili al concessionario che incidono sul mantenimento dell'equilibrio, è possibile revisionare il PEF al fine di rideterminarne le condizioni di equilibrio, ferma la permanenza dei rischi operativi in capo al concessionario[8].

Il venir meno dell'equilibrio originario causa non pochi problemi quando l'attività oggetto di concessione sia da qualificarsi come attività di pubblico servizio[9]. Non solo

---

[5] Art. 3, comma 1, lett. fff), D.Lgs. n. 50/2016.

[6] Secondo G. GRECO, Le concessioni, di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016), in Riv. it. dir. pubbl. com., n. 3-4/2018, 519, il Legislatore italiano in sede di recepimento avrebbe così evitato l'assunzione da parte della concessione di caratteri di aleatorietà "tali da contrastare con l'interesse (pubblico) all'esecuzione dell'opera e alla relativa gestione, nonché allo svolgimento del servizio". Per E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela, in Riv. giur. ed., n. 4/2022, 288, le soluzioni normative interne all'ordinamento volte alla salvaguardia del rapporto concessorio tendono a sfumare, "sino quasi al punto di restare pressoché soltanto nominale" la centralità dell'allocazione del rischio operativo. Di trasferimento del rischio operativo come trasferimento della "posizione economica complessiva della Amministrazione" parla F. GOISIS, Il rischio ecomomico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali, in Dir. Amm., n. 4/2015, 746, al quale si può rinviare anche per una disamina più ampia sul concetto della trilateralità dei rapporti concessori.

[7] Tutt'oggi la concessione resta lo strumento principale per lo svolgimento di attività di pubblico servizio. Non a caso F.G. SCOCA, La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici, in F. ROVERSI-MONACO (a cura di), Le concessioni di servizi pubblici, Roma, 1987, 25-26 rileva come la gestione di un servizio pubblico può essere affidata a terzi mediante appalto e concessione, ma quest'ultima è storicamente la più utilizzata.

[8] Art. 165, c. 6, Codice dei contratti pubblici.

[9] Come osservano R. VILLATA, S. VALAGUZZA, Pubblici servizi, Torino, 2021, 132, le concessioni di diritto unionale hanno maggiore estensione e non coincidono necessariamente con le concessioni di pubblico servizio di diritto interno, nelle quali, invece, si assume come necessario il soddisfacimento dei bisogni della collettività, soprattutto in ipotesi di fallimento del mercato nell'erogazione di taluni servizi. La natura sostanzialmente contrattuale delle concessioni di diritto UE ha indotto la dottrina a concludere che il problema di distinguere tale istituto dalle tradizionali concessioni di pubblico servizio rappresenta "un problema più di sostanza, attinente a diversità di istituti, di principi, di norme fondamentali". Così N. MARZONA, Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno – diritto comunitario, in Riv. it. dir. pubbl. com., n. 2/1991, 436; della stessa A. si veda anche Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno, in V.

ISSN 2036-7821

il concessionario, ma anche la pubblica amministrazione si troverà costretta ad affrontare ulteriori costi non previsti e che non riusciranno ad essere coperti dai ricavi previsti nel PEF in condizioni normali di mercato[10]. Così, dinanzi alla concretizzazione del rischio operativo, in tali circostanze ciò che assume maggior valore per l'amministrazione è il rischio di non poter più assicurare alla collettività un adeguato standard di qualità dei servizi resi.
Proprio sulla rideterminazione delle condizioni di equilibrio del PEF – e sul connesso tema della revisione del canone di concessione – sul quale possono incidere "fatti non riconducibili al concessionario" la dottrina e la giurisprudenza hanno assunto, di volta in volta, posizioni contrastanti, in particolare con riferimento alla posizione giuridica soggettiva del concessionario che avanza richiesta di revisione. La determinazione della posizione giuridica soggettiva nell'ambito del diritto soggettivo, ovvero dell'interesse legittimo, costituisce un momento successivo rispetto all'attività cognitiva del fatto della pubblica amministrazione, e si determina solo se si riesce a comprendere se l'attività dell'amministrazione che segue l'istanza di revisione sia una vera e propria valutazione discrezionale, o se si tratti di mera applicazione al caso concreto di nozioni tecniche o scientifiche, che talvolta possono anche presentare margini di opinabilità.
Sul tema della revisione del piano economico finanziario e del canone di concessione è da ultimo intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 239 del 7 dicembre 2021, che offre importanti spunti di riflessione che vale la pena di approfondire al fine di indagare sulla posizione giuridica soggettiva del concessionario che avanza istanza di revisione del piano economico finanziario o del canone di concessione.

2. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 239/2021
La vicenda prende le mosse dalla domanda di un concessionario di pubblico servizio di distribuzione del gas naturale di accertare e dichiarare il diritto di non dover riconoscere all'amministrazione il canone di concessione dopo il termine di scadenza del contratto e, in subordine, di vederselo comunque rideterminato. Sicché, il Collegio arbitrale presso la Camera arbitrale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 453, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, in materia di pubblico servizio di distribuzione del gas naturale. La norma censurata chiarisce che la previsione di cui all'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000, in virtù della quale il gestore uscente resta obbligato a

---

ANGIOLINI, N. MARZONA, Diritto comunitario, diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi, Padova, 1990, 101. In maniera più succinta è G. GRECO, Le concessioni, cit., 509, il quale osserva che "la concessione è configurata ad immagine e somiglianza dell'appalto". In giurisprudenza rileva Cass., SS.UU., 8 luglio 2019, n. 18267 in cui si rileva che "la distanza tra le figure dell'appalto e della concessione, su impulso del diritto eurounitario, si è andata riducendo fino a dissolversi, costituendo ormai entrambe contratti a titolo oneroso".

[10] Per un recente studio sul tema si può rinviare a E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento, cit., 281-308.

ISSN 2036-7821

proseguire la gestione del servizio fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento, è da intendersi nel senso che il gestore uscente resta obbligato, anche dopo la scadenza prevista nel contratto e durante il regime di proroga, al pagamento del canone di concessione[11].

Secondo il Collegio la disposizione censurata produce talune problematiche relative alla portata potenzialmente illimitata della gestione *ex lege* del servizio, in quanto si porrebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza e di certezza del diritto, nonché con i principi di legittimo affidamento del gestore del servizio e di certezza dei rapporti giuridici. Sussiste, in effetti, il rischio che l'inerzia della pubblica amministrazione nel bandire una nuova procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione del servizio possa ragionevolmente rappresentare un problema per il gestore uscente in regime di proroga, che si troverebbe obbligato a svolgere il servizio *sine die* e in condizioni antieconomiche.

La Corte costituzionale, malgrado dichiari inammissibile la questione di legittimità costituzionale della disposizione censurata, riconosce tuttavia che la proroga *ex lege*, al ricorrere di determinate circostanze, potrebbe effettivamente determinare un irragionevole squilibrio delle prestazioni contrattuali, e che per ovviare a tali possibili conseguenze negative l'ordinamento prevede appositi strumenti, e segnatamente, l'attivazione dei poteri sostitutivi previsti dallo stesso art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000, nonché i rimedi processuali avverso il silenzio della pubblica amministrazione, con contestuale domanda di risarcimento del danno patito dal concessionario.

Il Giudice delle leggi offre così ben tre spunti di riflessione a partire dai quali è possibile muovere la presente indagine: il primo, certamente più rilevante nell'economia del presente lavoro, si riferisce alla possibilità (prevista dall'art. 165 del Codice dei contratti pubblici) per il concessionario di chiedere e ottenere la revisione del piano economico finanziario; il secondo spunto di riflessione è collegato all'attivazione (ove prevista per legge, come nel caso del servizio di distribuzione del gas) dei poteri sostitutivi; il terzo ed ultimo spunto consente di riflettere, infine, sulla portata del sindacato generale di legittimità del giudice amministrativo e sull'accesso di quest'ultimo al fatto.

[11] L'art. 1, comma 453, della L. n. 232/2016 così dispone: "l'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si interpreta nel senso che il gestore uscente resta obbligato al pagamento del canone di concessione previsto dal contratto. Le risorse derivanti dall'applicazione della presente disposizione concorrono al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica da parte degli enti locali". A sua volta, la norma oggetto di interpretazione autentica (art. 14, c. 7, d.lgs. n. 164/2000) così dispone: "gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta, avvia la procedura di gara".

ISSN 2036-7821

3. Concetti giuridici indeterminati di valore e clausole generali: considerazioni sulla posizione di interesse legittimo riconosciuta in giurisprudenza

Il primo dei tre argomenti oggetto d'indagine non può che prendere le mosse dal dettato normativo. L'art. 165, comma 6 del Codice dei contratti pubblici dispone, in maniera non dissimile rispetto all'art. 192 del nuovo Codice (D.Lgs. n. 36/2023) le cui disposizioni produrranno efficacia a partire dal prossimo 1 luglio, che "il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio"[12].

La disposizione citata riconduce inequivocabilmente nell'area della mera possibilità – e non già della certezza – la fattispecie della revisione del piano economico finanziario, subordinandola ad un concetto giuridico indeterminato, ossia al verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario.

Una interpretazione sistematica della norma non darebbe adito a dubbi in quanto la mera possibilità del concessionario di ottenere la revisione può concretizzarsi in certezza solo all'esito di una manifestazione di volontà dell'amministrazione, specie se tale volontà si estrinseca all'esito di una attività interpretativa di un concetto giuridico indeterminato.

Spetta tuttavia determinare – e ciò genera non poche complessità – se l'indeterminatezza del concetto giuridico di "fatti non riconducibili al concessionario" (e comunque di "eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili", secondo la formulazione lessicale impiegata dal nuovo Codice) vada ascritta alla categoria dei concetti empirici o descrittivi, o a quella dei concetti normativi o di valore[13]. La scelta dell'una o dell'altra interpretazione è dirimente in quanto nel

[12] Nel nuovo Codice dei contratti pubblici la revisione del contratto di concessione si colloca in una disposizione a parte (art. 192), rubricata "Revisione del contratto di concessione", il cui comma 1 così dispone: "Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa". La nuova disposizione modifica in parte quella precedente, puntualizzando le condizioni e i limiti dell'istituto conformemente a quanto previsto dall'art. 43 della Direttiva 2014/23/UE sulla modifica dei contratti di concessione. In tema di veda C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Vol. I, Napoli, 2023, 941.

[13] È nota la distinzione, in origine operata da W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, Berlin, 1931 tra concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (unbestimmte Rechtsbegriffe) e concetti attributivi di potere discrezionale (unbestimmte Begriffe). Per C.H. ULE, Verwaltungsprozeβrecht, Mu◎nchen, 1983, 9, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono ad una sola interpretazione e i concetti normativi, che invece conducono a soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide. La teoria di Jellinek è stata ripresa, in Italia, da F. LEVI, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, Torino, 1967,

ISSN 2036-7821

primo caso l'attività interpretativa dell'amministrazione ricadrebbe nell'alveo delle valutazioni tecniche, mentre nel secondo caso in quella della discrezionalità c.d. "pura".

Tuttavia, prima di tentare di individuare la corretta accezione del concetto giuridico in questione, è opportuno operare una chiarificazione preliminare sulla relazione tra i concetti giuridici indeterminati, noti nel diritto pubblico, e le clausole generali, note, invece, nel diritto privato. In un diritto amministrativo che "fugge" sempre più spesso nel diritto privato, l'operazione di distinzione[14] delle due categorie è nondimeno utile per evitare una sovrapposizione dell'attività interpretativa dell'amministrazione con l'attività interpretativa del giudice, e ciò in quanto, sia per i concetti giuridici indeterminati, sia per le clausole generali, secondo le teorie civilistiche più accreditate e che meglio si sono occupate del tema è presente un momento interpretativo (e talvolta valutativo e poi integrativo nell'ipotesi delle clausole generali) del dato indeterminato della norma.

Se il tentativo di operare una distinzione è utile alla presente indagine, d'altro canto non sembra invece proficuo avventarsi, in questa sede, nella individuazione di parametri univoci per la separazione dei concetti giuridici indeterminati dalle clausole generali, atteso che entrambi presentano un elevato grado di indeterminatezza che sbiadisce la linea distintiva delle due categorie[15]. Ciò che

253-259, il quale aggiunge che "la distinzione tra «concetti» descrittivi e di valore è, già su un piano teorico, meno netta di quanto appare a prima vista. È stato dimostrato che il giudizio di valore, portato su un soggetto o su un comportamento, può avere come parametro una norma ovvero un interesse e che in questo secondo caso non è, a stretto rigore, corretto considerare il giudizio sul rapporto tra fatto ed interesse come di valore: invero non solo l'oggetto, ma anche il criterio del giudizio appartiene al mondo della realtà". Per una recente ricostruzione della dottrina tedesca sul tema si veda invece E. FERRERO, Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni, in Dir. proc. amm., n. 3/2014, 759-790, mentre, per una visione d'insieme sul tema dei concetti indeterminati si veda S. PERONGINI, Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale, in P.A. Pers. e Amm., n. 1/2018.

[14] In tema si veda a K. ENGISCH, Introduzione al pensiero giuridico, Milano, 1970, 170 e ss., il quale distingue i concetti giuridici indeterminati, i concetti normativi, i concetti di discrezionalità e le clausole generali. Vale la pena riportare i criteri distintivi individuati dall'A. in quanto hanno rappresentato la base di partenza delle elaborazioni dottrinali successive. Secondo Engisch i concetti indeterminati sono concetti il cui ambito ed il cui contenuto sono molto incerti (170), mentre le clausole generali sono una forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica (193). L'A., citando un passaggio dell'opera di H.C. NIPPERDEY, Die Generalklausel im künftigen Recht der uderlaubten Handlungen, München, 1940, spiega che sono possibili due sistemi di regolamentazione legislativa: "o si elencano singole fattispecie […] o si costruisce una fattispecie unitaria". Da qui le teorie successive che hanno identificato le clausole generali come tecnica legislativa volta ad evitare elencazioni di singole fattispecie riferibili alla norma. Più in generale si veda anche A. DI MAJO, Clausole generali e diritti delle obbligazioni, in Riv. crit. dir. priv., 1984, 539 e ss; ID., Delle obbligazioni in generale, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile, Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 305 e ss., invece, opera una distinzione tra clausole generali, concetti indeterminati elastici, concetti normativi e disposizioni normative che attribuiscono ai giudici poteri di libero apprezzamento.

[15] Nella dottrina civilistica si è in un primo momento osservato che le clausole generali sarebbero forme della fattispecie che in virtù della loro generalità possono disciplinare un ampio numero di casi ovviando

ISSN 2036-7821

sembra solamente utile rilevare, per ora, è che le clausole generali – la cui interpretazione comporta, secondo la più recente elaborazione della dottrina prettamente civilistica, un giudizio sul valore – sembrerebbero essere sostanzialmente assimilabili a quelli noti nel diritto amministrativo come concetti giuridici indeterminati normativi o, per l'appunto, di valore[16].

Ma la dottrina civilistica che si è occupata di concetti giuridici indeterminati e clausole generali fonda da sempre le proprie teorie muovendo dall'attività interpretativa del giudice, mentre nel diritto amministrativo il primo interprete della norma, nonché il primo soggetto chiamato ad applicarla, è proprio la pubblica amministrazione. È così opportuno ricordare che mentre l'attività interpretativa della norma astratta operata dalla pubblica amministrazione costituisce attività di mera applicazione senza coinvolgere l'interesse pubblico[17] (e ove ciò accada, avviene nei

---

all'inconveniente della fattispecie di costruzione casistica, mentre i concetti indeterminati sarebbero concetti dall'ambito incerto, da cui si distinguono i concetti normativi, ossia nozioni legali che per essere applicate al caso singolo hanno bisogno di una valutazione dell'interprete idonea ad integrarne il contenuto; così A. GUARNERI, Clausole generali, in D. disc. priv. sez. civ., Vol. II, 1988, 403. Altra dottrina ha identificato le clausole come una tecnica legislativa caratterizzata da forte indeterminatezza che consente l'ingresso, nel mondo del diritto, di principi extra-legislativi; così A DI MAJO, Clausole generali e diritti delle obbligazioni, in Riv. crit. dir. priv., 1984, 539 e ss. Secondo S. RODOTÀ, Le clausole generali, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), I contratti in generale, Vol 1, Torino, 1991, 403, non vi sarebbe una autonoma distinzione tra le due categorie, ma l'A. contrappone ad una indeterminatezza involontaria, che deriva dalla formulazione equivoca della norma, una indeterminatezza intenzionale, che accosta alla fattispecie delle clausole generali. Secondo B. RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung, Frankfurt am Main, 1973, 211 e L. CAIANI, I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, Padova, 1954, l'indeterminatezza delle clausole generali si muoverebbe, a differenza dei concetti (la cui indeterminatezza è dovuta dalla formulazione linguistica della norma), sul piano del valore. Chi ha criticato questa ultima impostazione ha attribuito rilievo al ruolo del giudice osservando che "quando ricorre una clausola generale il giudice concorre a formulare la norma, mentre nel caso di concetti indeterminati si limita a riscontrare il ricorrere nel fatto concreto dell'elemento (elastico) indicato nella fattispecie"; così C. CASTRONOVO, Problema e sistema del danno da prodotti, Milano, 1979, 107. La linea è stata mantenuta da A. BELVEDERE, Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme, in Politica del diritto, 1988, 635, che parla di "attività di produzione normativa del giudice […] condizionata ed indirizzata da un'attività interpretativa, esercitata sul termine che indica la clausola generale e volta ad individuare la ratio della disciplina che deve essere posta". Successivamente, G. D'AMICO, Note in tema di clausole generali, in In Iure Praesentia, 1989, 434 e ss., tenta di riassumere gli ultimi approdi individuando i tratti distintivi delle clausole generali nella colleganza con i giudizi di valore e con l'attività del giudice, in quanto la mera indeterminatezza linguistica non basterebbe. Per altre ed ulteriori teorie che hanno introdotto nuove dizioni in luogo di quella di clausole generali si può rinviare a E. FABIANI, voce Clausola generale, in Enc. Dir., Annali V, Milano, 2012, 183-253.

[16] Tanto che la più recente dottrina amministrativistica non si crea il problema di distinguere necessariamente le clausole generali dai concetti giuridici indeterminati, ma ne fa una questione eminentemente lessicale in cui i concetti sarebbero, secondo un'espressione invalsa nel diritto amministrativo, proprio le clausole generali note nel diritto privato. Sul punto si veda M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo, Pisa, 2021, 9.

[17] Come osserva F.G. SCOCA, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 4/2000, 1046 e 1053, uno dei meriti di Giannini è quello di aver sottratto la discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa. L'A. osserva che la "rivoluzione gianniniana" (il riferimento all'opera è M.S. GIANNINI, L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione, Milano, 1939) ha posto al centro della nozione di discrezionalità l'interesse pubblico, superando definitivamente le tesi che la rapportavano al completamento, all'integrazione o all'interpretazione della norma da applicare,

ISSN 2036-7821

limiti delle norme attributive dei poteri e del principio di legalità), l'attività interpretativa del giudice – di carattere integrativa in funzione ausiliaria del Legislatore – si connota, invece, per la presenza di momenti di creatività; ma è proprio a causa di tale creatività integrativa della norma che le elaborazioni civilistiche sono, per certi versi, inidonee ad essere trasportate nel diritto amministrativo e non rendono sovrapponibile il ruolo del giudice con il ruolo dell'amministrazione[18], e ciò sia perché, in quest'ultima disciplina, l'agire amministrativo non è pienamente libero[19] e pertanto non può andare oltre le norme attributive, e sia perché all'attività interpretativa del giudice si interpone sempre l'attività interpretativa dell'amministrazione[20]. La questione, dunque, non attiene più alla catalogazione delle diverse forme di indeterminatezza della norma, ma direttamente alla loro interpretazione e dunque all'accesso e alla conoscibilità del fatto, che talvolta può comportare la mera applicazione di un precetto normativo o l'applicazione di regole tecniche, talaltra può riguardare una più ampia valutazione sull'interesse pubblico[21].

---

sicché, "le valutazioni discrezionali finiscono di essere considerate vicende normative o questioni di diritto e assumono la loro effettiva identità di questioni di fatto, di ricerca del modo migliore di cura dell'interesse pubblico".

[18] Dello stesso avviso non è S. COGNETTI, Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma, in AA.VV., Scritti per Franco Gaetano Scoca, Vol. 1, Napoli, 2020, 1020, il quale ritiene che, in tema di attività interpretativa della norma, nel "rapporto fra legge e amministrazione valgono le medesime considerazioni relative al rapporto fra legge e giudice".

[19] Ad esempio, F. LEVI, L'attività conoscitiva, cit., 253 – il cui importante studio gode ancora oggi di una notevole attualità – precisa che anche nell'ipotesi di concetti che necessitano di essere integrati mediante giudizi puramente soggettivi sul valore, il giudizio dell'amministrazione non può superare certi limiti che costituiscono "la sostanza della discrezionalità". L'A. nelle pagine successive spiega che "il concetto indeterminato non vincola del tutto l'amministrazione né le conferisce una vera libertà ma crea un certo margine entro il quale il giudizio sulla corrispondenza dei fatti alla descrizione normativa della fattispecie può essere tanto positivo quanto negativo" (258). Più di recente, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Diritto amministrativo e clausole generali, cit., 50, discorrendo di discrezionalità del giudice e dell'amministrazione, rilevano che "in ambito pubblicistico la presenza di clausole generali chiama in gioco anzitutto i limiti del potere di integrazione valutativa". Gli A. osservano, infatti, che l'interpretazione delle clausole generali nel diritto amministrativo assume una dimensione diversa da quella del diritto privato, in cui il giudice, ossia l'interprete principale delle norme "non si limita a compiere un'attività di interpretazione degli enunciati normativi, ma svolge un'attività di integrazione, al punto che si parla di supplenza del giudice rispetto al legislatore" (49).

[20] Il problema è posto in evidenza da M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Diritto amministrativo e clausole generali, cit., 41, in cui gli A. osservano che "nel diritto amministrativo, la sussunzione del fatto concreto nella clausola generale posta a livello di fattispecie normativa è operata in prima battuta da un soggetto (la pubblica amministrazione) che è di norma esterno ai rapporti interprivati regolati da clausole generali e rispetto al quale il giudice opera per così dire in seconda battuta. Questo introduce un elemento di complessità che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali".

[21] F. LEVI, L'attività conoscitiva, cit., 262 e 264, ove osserva che vi sono casi in cui le categorie indeterminabili non indicano delle tipologie di fatti, ma concorrono "alla descrizione dell'interesse pubblico"; pertanto, "quando la fattispecie di un potere comprende delle categorie indeterminabili o vaghe, l'attività conoscitiva dell'organo amministrativo – momento necessario dell'esplicazione del potere medesimo – tende ad accertare dei fatti non in quanto sono previamente descritti dalla legge, bensì in quanto sono in qualche modo connessi con l'interesse pubblico".

ISSN 2036-7821

Ciò chiarito, chi si è occupato di interpretare il concetto giuridico di "fatti non riconducibili al concessionario" di cui ci si occupa in questa sede ha offerto utili indicazioni: ed invero, una prima indicazione proviene proprio dalla Corte costituzionale in commento, che riconduce nei "fatti non riconducibili al concessionario" i ritardi dell'amministrazione nell'avvio della nuova gara; in altra circostanza, l'imprevedibilità è stata collegata al fenomeno del dissesto di un Comune[22], mentre altri "fatti" sono stati ritenuti, più in generale, gli eventi di forza maggiore[23], tra cui rientrerebbe, da ultimo, anche la pandemia da Covid-19.

Da un certo punto di vista il concetto del "verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario" ha, come si può intuire, una portata talmente ampia che potrebbe potenzialmente riferirsi a qualunque fenomeno della realtà. Se così fosse, sembrerebbe ragionevole sostenere (non ad avviso di chi scrive per le ragioni che di seguito verranno esposte) che il concetto giuridico indeterminato in questione, contenendo un elemento di soggettività, sarebbe da qualificarsi come un concetto normativo, atteso che involve un giudizio di valore talmente astratto da presentare – nei limiti delle norme attributive e del principio di legalità – margini di opinabilità in quanto connesso alla sensibilità soggettiva dell'interprete.

Al giudizio di valore dell'amministrazione sembrerebbe conseguenzialmente logico collegare una attività interpretativa riconducibile all'area della discrezionalità amministrativa. L'amministrazione, nel compiere una attività di sussunzione del caso concreto al concetto giuridico indeterminato contenuto nella norma e tenendo conto del bilanciamento tra gli interessi in gioco, dovrà compiere una scelta, e dovrà valutare dunque se, al verificarsi di una moltitudine di fenomeni tutti eterogenei tra di loro, sarà più ragionevole concedere la revisione e garantire la continuità del servizio, o non concederla e attendersi eventualmente la risoluzione del contratto (ove possibile), che comporterà inevitabilmente l'obbligo di indire una nuova gara con ulteriori costi a carico della collettività.

Anche la giurisprudenza non si è sottratta all'impegno di provare a fare chiarezza nella complessità del quadro delle nuove concessioni amministrative interpretando i concetti giuridici contenuti nelle norme e riconoscendo in capo al concessionario,

[22] Come rileva T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 15 novembre 2022, n. 2941, in www.giustizia-amministrativa.it.

[23] Sul punto, con le Linee Guida n. 9 recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", l'Autorità Nazionale Anticorruzione riteneva, fino a qualche tempo fa, che gli eventi di forza maggiore, che dovevano essere tassativamente inseriti nel contratto, davano "diritto a una revisione del PEF". Tali eventi erano: scioperi; guerre o atti di ostilità; esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche; fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità; indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto e, infine, impossibilità, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento. Come si vedrà meglio nelle pagine successive, con l'aggiornamento provvisorio, nel luglio 2022, delle menzionate Linee Guida, è scomparsa la dizione "danno diritto a una revisione del PEF" ed è stata sostituita dalla più mite "possono dare diritto a una revisione del PEF".

ISSN 2036-7821

nella maggior parte dei casi – e al netto di qualche deviazione – una posizione giuridica di interesse legittimo alla revisione.

In sede contenziosa, invero, è accaduto che i concessionari di pubblico servizio abbiano a più riprese invocato una vera e propria posizione di diritto soggettivo alla revisione del PEF o del canone. Secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza l'art. 165, comma 6, del Codice dei contratti pubblici non garantisce ai concessionari il diritto soggettivo alla revisione delle condizioni concessorie[24] – ma tuttalpiù un onere di avviare trattative per trovare un accordo, in assenza del quale si può recedere dal contratto – così come non sussiste alcun doveroso adeguamento automatico della tariffa, atteso che il rapporto concessorio, proprio perché dipendente da canoni, prezzi o tariffe praticate nei confronti degli utenti del servizio, dipende dalla curva della domanda del servizio e si espone alle dinamiche del mercato[25].

Dalla lettura della giurisprudenza maggioritaria che riconosce in capo al concessionario una generale posizione giuridica di interesse legittimo, sembrerebbe dedursi un ulteriore elemento a fondamento della tesi volta al riconoscimento dell'accezione normativa o di valore del concetto giuridico indeterminato contenuto nella norma, ma in altri casi sporadici è stato di converso riconosciuto, seppur con riferimento al periodo di proroga della concessione, un obbligo di negoziazione del PEF fondando l'assunto sul principio di eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità *ex* art. 1374 c.c. e sui più ampi principi di buona fede e correttezza[26]. Tale (impropriamente definito) "obbligo" di negoziazione del PEF "impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo"[27].

L'assunto desta qualche perplessità nella misura in cui a fronte di un obbligo, quale l'obbligo di rinegoziazione dell'amministrazione, non può che riconoscersi un diritto soggettivo – che rappresenta il "concetto centrale del diritto privato"[28] – all'altra parte del rapporto giuridico[29], e dunque al concessionario; pertanto, malgrado si parli con una certa contraddizione di una posizione di interesse legittimo del concessionario (dipendente proprio da questioni eminentemente tecniche come

[24] T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. II, 9 dicembre 2021, n. 1153, in www.giustizia-amministrativa.it.

[25] T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 18 marzo 2020, n. 3371; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 25 ottobre 2017, n. 1600; Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2926, in www.giustizia-amministrativa.it.

[26] T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 21 gennaio 2022, n. 429, mentre di obbligo di negoziazione più in generale parla T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 2 aprile 2021, n. 1090 in www.giustizia-amministrativa.it.

[27] T.A.R. Campania, n. 429/2022, cit., che costruisce tale ragionamento sulla base di altre pronunce tra cui Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478; Id., 20 luglio 2020, n. 4636; Id., Sez. IV, 30 novembre 2016, n. 5032, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[28] A. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig, 1910, 53.

[29] F. ROMANO, voce Obbligo, in Enc. Dir., XIV, Milano, 1965, 500-508, racconta come si sia pervenuti, nel tempo, allo schema mentale del processo conoscitivo di carattere antitetico proprio ragionando sulla dicotomia obbligo-diritto soggettivo.

ISSN 2036-7821

prezzi, tariffe e andamento dei mercati) e di obblighi dell'amministrazione, sembra opportuno svolgere, sul punto, qualche ulteriore riflessione in quanto funzionale all'indagine.

3.1 Obbligo o dovere di negoziazione delle condizioni della concessione

Le pronunce giurisprudenziali che nel riconoscere una generale posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo alla revisione riconoscono, nel contempo, anche una sorta obbligo alla rinegoziazione, potrebbero essere foriere di equivoci e spostare interamente il rapporto giuridico concessorio dal campo del diritto pubblico a quello del diritto privato[30], con evidenti problemi di compatibilità rispetto alla disciplina in materia di accordi amministrativi[31], che nel nostro ordinamento trova applicazione anche per le concessioni[32]; gli accordi consentono, infatti, di disporre dell'oggetto

[30] Nella più recente giurisprudenza di legittimità si espone il rischio, nella materia degli accordi tra amministrazione e privati, di confondere la disciplina dei contratti con le specifiche forme contrattuali previste dall'art. 11 della L. 241/1990 e, di conseguenza, travisare (come di fatto è accaduto) il petitum sostanziale delle domande del ricorrente. In un caso posto all'attenzione della Corte di Cassazione, è stato rilevato che la Corte territoriale ha "erroneamente ravvisato un «obbligo» della pubblica amministrazione e una corrispondente situazione giuridica di «diritto soggettivo» […] all'attuazione dell'«accordo» nei termini «concordati» che inerivano, invece, all'esercizio di potestà pubbliche intrinsecamente condizionanti la soddisfazione di aspettative della società propriamente qualificabili in termini di interesse legittimo"; da ciò il riconoscimento, dinanzi all'esercizio di poteri pubblicistici nella materia degli accordi, della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo del soggetto privato. Cfr. Cass., SS.UU., 5 febbraio 2021, n. 2738 con note di F. MACARIO, Accordi con la pubblica amministrazione e tutela della parte privata: tra diritti soggettivi e interessi legittimi, in Foro it., n. 7-8/2021, 2474-2483 e M.L. VACCARELLA, Accordi di programma con clausola compromissoria: fonte di diritti soggettivi o di interessi legittimi?, in Giur. it., n. 7/2022, 1631-1636.

[31] In materia di accordi appare doveroso il richiamo a E. STICCHI DAMIANI, Attività amministrativa consensuale e accordi di programma, Milano, 1992; R. FERRARA, voce Intese, convenzioni e accordi amministrativi, in Dig. disc. Pubbl., Vol. 8, Torino, 1993; E. BRUTI LIBERATI, Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati), Milano, 1996; dello stesso A. voce Accordi pubblici, in Enc. dir., Milano, 2001; S. CIVITARESE MATTEUCCI, Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa, Torino, 1997; F. FRACCHIA, L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere, Padova, 1996; G. MANFREDI, Accordi e azione amministrativa, Torino, 2001; C. MAVIGLIA, Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto, Milano, 2002; G. GRECO, Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto, Torino, 2003.

[32] Sin dai primi anni successivi alla pubblicazione della L. n. 241/1990 si sono inquadrate le concessioni di pubblico servizio negli accordi sostitutivi. La stessa Camera arbitrale per i contratti pubblici istituita presso l'ANAC, con lodo definitivo n. 4/2018 ricorda che le concessioni di pubblico servizio risultano pacificamente ascrivibili agli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni di cui all'art. 11, L. n. 241/1990. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327 e, da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 1 giugno 2020, n. 5823, mentre in dottrina G. GRECO, Accordi amministrativi, cit., 158, ma si veda anche G. PERICU, L'attività consensuale della pubblica amministrazione, in AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. 2, Bologna, 1993, 1374. Risulta particolarmente interessante poi la ricostruzione di F. PELLIZZER, Le concessioni di opera pubblica, caratteri e principi di regime giuridico, Padova, 1990, 376, il quale ravvede nella contrapposizione tra il "regime degli atti dei soggetti privati e quindi dell'autonomia, e regime degli atti propri del potere amministrativo e quindi della discrezionalità" il punto nodale di superamento delle difficoltà di conciliare il regime proprio dell'atto amministrativo con lo schema di estrinsecazione consensuale della volontà dell'amministrazione mutuata dal diritto comune. Secondo l'A., superando la rigida e antinomica visione dell'inconciliabilità delle diverse manifestazioni di volontà (di diversa natura) dell'amministrazione e del concessionario, è possibile armonizzare il

ISSN 2036-7821

pubblico mediante le forme contrattuali disciplinate dall'art. 11 della L. n. 241/1990 senza tuttavia ricondurre il rapporto giuridico a schemi integralmente privatistici[33].
È pertanto necessario distinguere opportunamente il concetto di obbligo, richiamato dalla giurisprudenza citata, dal concetto di dovere. Nella teoria generale del diritto la distinzione tra dovere ed obbligo vede il dovere giuridico come una situazione soggettiva enunciata dall'ordinamento senza che sia individuato un beneficiario di essa che si possa considerare titolare di un diritto correlativo[34], mentre l'obbligo si riferisce a quei doveri che costituiscono i termini di un rapporto giuridico con singole cose o persone e risultano collegati a diritti soggettivi altrui[35].
Calando tale assunto nella realtà del rapporto tra amministrazione e concessionario (o anche nel più generale rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino)

---

fenomeno (aderendo, in definitiva, alla visione pubblicistica del "contratto di diritto pubblico"). Si veda anche E. BRUTI LIBERATI, Consenso e funzione, cit., 15, secondo il quale la ricostruzione giuridica dei rapporti concessori può essere vista in senso unitario in cui sono configurabili accordi tra pubblica amministrazione e privati assoggettati ad una regolamentazione combinata di norme privatistiche e regole pubblicistiche.

[33] L'osservazione è di F. LIGUORI, Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata, Napoli, 1996, 170. Anche F. LEDDA, Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi, in Dir. Amm., n. 3/1996, 398-399, rileva che lo strumento dell'accordo "presta un servizio alla funzione amministrativa" mediante una attività non necessariamente collegata all'autorità, ma normativamente individuata da uno scopo del cui conseguimento il soggetto affidatario è responsabile. Ancor prima F. LEDDA, Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico), Torino, 1964, ivi provvisoriamente pubblicato e ora in Scritti giuridici, Padova, 2002, 52, ben prima della codificazione del contratto di diritto pubblico nella legge federale tedesca del 1976 e della codificazione degli accordi sostitutivi nella legge 241/1990, puntualizzava che "tra contratto e provvedimento v'è una ben netta differenza: mentre il contratto compone gl'interessi in giuoco, il provvedimento realizza o quanto meno assicura la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi dei singoli, in una situazione di conflitto attuale o potenziale". Successivamente, F. MERUSI, Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme, in Dir. Amm., n.1/1993, mentre parla di "composizione paritaria e negoziale degli interessi nei contratti amministrativi" (32) in cui tendenzialmente sembra protendere per la natura privatistica dell'accordo, evidenzia comunque come "almeno per i contratti di diritto amministrativo, l'art. 11 ha segnato il de profundis per la teoria dell'atto doppiato o del c.d. doppio grado dell'azione amministrativa, uno pubblicistico e l'altro, necessariamente connesso, privatistico" (35). L'A. riconosce comunque che "la disponibilità della sopravvenienza da parte della Pubblica Amministrazione rappresenta l'ineliminabile indice inferiore della superiorità gerarchica dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato" (39). Più essenziale è invece A. ROMANO, La concessione di un pubblico servizio, in AA.VV., La concessione di pubblico servizio, Milano, 1955, 71-72 il quale, nel sostenere la natura interamente pubblicistica della concessione di gestione di pubblico servizio, non esclude per contro che "norme, o meglio, principi del diritto privato delle obbligazioni e dei contratti" siano applicabili agli accordi "secondo la previsione dell'art. 11, secondo comma, della L. n. 241 del 1990".

[34] Secondo E. BETTI, voce Dovere giuridico, in Enc. Dir., cit., 53, il dovere giuridico, storicamente, ha trovato la sua evoluzione nella filosofia stoica, secondo la quale la virtù consiste nel vivere secondo natura. Poiché l'uomo non vive isolato ma in comunione, compiendo il suo dovere si ritiene che egli attui la propria e l'altrui felicità, nella quale si identifica la giustizia sociale. Il pensiero è ripreso da Cicerone, che nella sua elaborazione della dottrina stoica traduce il termine "dovere" con il termine officium, ossia le azioni che si compiono per qualche possibile motivo. La nozione di doverosità è giunta poi ai giorni nostri nei seguenti termini: il comportamento doveroso è il comportamento socialmente utile, come ci ricorda S. TUCCILLO, Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere, Napoli, 2016, 16, alla cui opera si può rinviare per una disamina più ampia sul tema della doverosità dell'esercizio della funzione da parte della pubblica amministrazione.

[35] S. ROMANO, Frammenti di un dizionario giuridico (ristampa), Milano, 1983, 104-105.

ISSN 2036-7821

sembrerebbe potersi affermare che l'obbligo giuridico coincida con l'obbligo di procedere – che costituisce il momento in cui, a fronte di una istanza, nasce un rapporto giuridicamente significativo tra il singolo cittadino e la pubblica amministrazione – mentre il dovere giuridico coincida con il dovere di provvedere, atteso che la manifestazione del potere dell'amministrazione non rileva esclusivamente sul piano del singolo rapporto interno tra cittadino istante e pubblica amministrazione, ma su di un piano più ampio che ora investe l'interesse della collettività e degli eventuali controinteressati.

Posto che secondo la giurisprudenza sopra richiamata nel rapporto concessorio l'amministrazione rimane titolare di un potere d'*imperio*, sembrerebbe dunque che più che di obbligo di negoziare, si sarebbe dovuto parlare di dovere di negoziare, per certi versi più vicino al dovere di provvedere dell'amministrazione a seguito dell'istanza di revisione del PEF avanzata dal privato concessionario. Allo stesso modo, quanto all'applicazione dei principi civilistici sopra richiamati, questi sembrerebbero essere più orientati all'interpretazione secondo un canone di buona fede e correttezza del contratto che disciplina il rapporto concessorio.

Invero, una ulteriore posizione più mite di altra giurisprudenza ha proprio osservato che a fronte di una istanza di revisione del PEF da parte di un concessionario l'amministrazione ha il dovere di adottare un provvedimento espresso che concluda il procedimento in questione; laddove non si raggiunga un accordo, anche parziale, sulla revisione, "riprendono vigore i generali principi dell'azione amministrativa autoritativa, gravando comunque sull'autorità amministrativa concedente l'obbligo di provvedere"[36]. In maniera ancora più chiara, lo stesso Collegio arbitrale che aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità in commento ha poi osservato – cogliendo proprio la differenza tra i concetti di obbligo e di dovere – che "non può ricavarsi la vigenza di un obbligo di revisione delle condizioni economico-finanziarie della concessione né, dunque, un diritto in tal senso del concessionario, ma unicamente l'esistenza di un meccanismo […] che attribuisce al concedente il potere, con evidenti risvolti doverosi, di procedere, su richiesta del concessionario o anche d'ufficio, alla revisione del contenuto del contratto al fine ristabilire le originarie condizioni dell'equilibrio economico-finanziario, modificato da fatti imprevedibili"[37].

[36] Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2019, n. 5022; Id., 29 maggio 2017, n. 2521, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso segno è M. CALCAGNILE, Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione, in Dir. amm., n. 3/2020, 600, secondo il quale non esiste un obbligo di concludere l'accordo sul riequilibrio del PEF, ma le parti sono tenute a interloquire per verificare se sussistano i presupposti per il raggiungimento di un accordo, riconoscendo all'amministrazione la facoltà di "valutare, in relazione all'interesse pubblico concreto da perseguire, se accordare o meno le misure di riequilibrio proposte e/o auspicate dall'impresa concessionaria".

[37] ANAC, Camera Arbitrale per i contratti pubblici, lodo n. 4/2018.

ISSN 2036-7821

Stando a questo primo filone interpretativo pare, in definitiva, che al concessionario cui si attribuisce tutto sommato la titolarità di una posizione di interesse legittimo, più che riconoscere un diritto soggettivo alla revisione del PEF si possa riconoscere, tuttalpiù, un diritto ad essere ascoltati[38] nell'ambito di un procedimento apposito. Il riconoscimento di siffatto diritto costituirebbe, infatti, l'unica certezza nella trappola dell'antieconomicità dell'operazione[39].

4. Concetti giuridici indeterminati empirici: considerazioni per il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo

Volgendo nuovamente l'attenzione all'interpretazione del concetto giuridico indeterminato di "fatti non riconducibili al concessionario" bisogna considerare, tuttavia, che seppur questo abbia una estensione potenzialmente illimitata, il concetto in analisi trova la sua circoscrizione (e dunque è rilevante) in una scienza specifica, ossia quella economica[40].

Il concetto giuridico è, invero, collegato alla questione centrale del rischio operativo, che deve permanere anche dopo l'eventuale revisione. Nondimeno, se si prova a vagliare il concetto giuridico da una diversa angolazione, contestualizzando la sua precisa collocazione all'interno del dettato normativo, possono emergere rilievi interessanti.

L'art. 165, comma 6, del Codice dei contratti (norma che ora si rinviene all'art. 192, comma 3) prevede anche che, ai fini della tutela della finanza pubblica e del mantenimento dell'allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale o finanziate con contributi a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, l'amministrazione

[38] L'orientamento è in linea con autorevole dottrina, tra cui A. AMORTH, L'incidenza della svalutazione monetaria sui contratti e sulle convenzioni di diritto pubblico, in Riv. dir. comm., nn. 1-2/1958, 20, tra i primi a rilevare che "la revisione dei prezzi non fa nascere nei contraenti obbligati verso le Amministrazioni pubbliche un vero e proprio diritto alla modifica del prezzo originariamente convenuto, giacché se il contraente ha diritto a presentare la propria richiesta di revisione e di indicare l'ammontare dell'aumento, l'accoglimento della richiesta è rimesso ad un apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione, sottratto per la sua sostanza al sindacato del giudice". L'Autore ebbe cura di aggiungere alle proprie riflessioni (che come meglio si vedrà nel prosieguo, forse oggi meriterebbero qualche rivisitazione) che "il provvedimento che nega od accoglie in misura diversa la richiesta non può venire impugnato altro che per vizi di legittimità, non mai per il merito".

[39] Specie in regime di proroga, come nel caso delle concessioni di pubblico servizio di distribuzione del gas naturale.

[40] Sulla rilevanza delle valutazioni tecniche complesse effettuate dalla pubblica amministrazione nelle attività economiche si veda S. AMOROSINO, Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche, in P.A. Pers. e Amm., n. 1/2018.

ISSN 2036-7821

aggiudicatrice rimane titolare della facoltà di sottoporre la revisione alla previa valutazione del Nucleo di consulenza[41].

La norma, dunque, sembra restringere il campo d'azione dell'attività discrezionale dell'amministrazione alle sole opere che non siano di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato atteso che, in queste circostanze, la revisione del PEF dipende dalla previa valutazione del NARS, che si qualifica come organismo tecnico di consulenza e supporto alle attività del CIPESS[42].

Il Nucleo di consulenza in questione nel rendere parere esercita, sulla base della documentazione tecnica trasmessa dall'amministrazione (tra cui rileva la predisposizione di una relazione sull'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario), i propri poteri di verifica soffermandosi in particolare sui "presupposti (e quindi su un dato puramente fattuale n.d.r.) che hanno determinato la revisione del piano economico-finanziario"[43].

Ma ciò che sembra ridurre "l'area reale della legittimità dell'azione amministrativa"[44] è l'intervento regolatorio di un ulteriore organismo tecnico, ossia l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che con le Linee Guida n. 9 precisa che la revisione del PEF è finalizzata ad assicurare le condizioni di equilibrio economico-finanziario (che sussiste solo nel rispetto di diversi indicatori tecnico-economici) nei limiti di quanto necessario alla neutralizzazione dei fattori che hanno determinato il disequilibrio[45].

---

[41] Facoltà che non pare invece desumersi dalla nuova formulazione dell'art. 192 del D.Lgs. n. 36/2023, il cui campo di applicazione si limiterà alle sole opere di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato.

[42] Il NARS, istituito con delibera CIPE dell'8 maggio 1996, n. 81, si occupa, ai sensi del D.P.C.M. 25 novembre 2008, di predisporre le linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità e di curarne il monitoraggio derivante dall'applicazione delle stesse; di esprimere pareri e formulare proposte in materia tariffaria e di regolamentazione economica dei settori di pubblica utilità e degli obblighi di servizio pubblico; di predisporre annualmente una relazione al CIPE sull'attività svolta e sugli esiti delle verifiche eseguite. Per le proprie attività il NARS può avvalersi del supporto informativo della Banca d'Italia, dell'ISTAT e degli altri Istituti del Sistema statistico nazionale.

[43] Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità, Linee Guida n. 1/2022 recanti "Valutazione delle revisioni del PEF ex art. 165 comma 6 e 182 comma 3 d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i." approvate nella seduta deliberativa del NARS del 13 gennaio 2022, punti 3.1 e 5.1.

[44] Così V. Cerulli Irelli, Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in Dir. proc. amm., n. 4/1984, 488, a proposito dell'apprezzamento del fatto dal punto di vista tecnico.

[45] Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018 e aggiornate provvisoriamente nel luglio 2022. L'Autorità espone che il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario è garantito solo in caso di rispetto di alcuni indicatori, tra cui: il Tasso Interno di Rendimento di Progetto (Internal Rate of Return - TIR); il Valore Attuale Netto di Progetto (Net Present Value – VAN o NPV); gli indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico (come il VAN); gli indicatori della sostenibilità finanziaria del progetto, quali il DSCR (Debt Service Cover Ratio) e il LLCR (Long Loan Life Cover Ratio). Le Linee Guida contengono, inoltre, diverse formule matematiche che relazionano gli indicatori sopra menzionati al fine di calcolare il rischio gravante sull'equilibrio economico-finanziario.

ISSN 2036-7821

L'ANAC, mediante la redazione di una "matrice dei rischi"[46], circoscrive i "fatti non riconducibili al concessionario" ad alcuni eventi elencati nelle Linee guida, ricordando che il Codice dei contratti pubblici consente alle amministrazioni di adire il NARS per la revisione del PEF, al quale si aggiunge comunque il supporto gratuito e non vincolante reso dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica[47].

Dato l'elevato grado di tecnicità degli strumenti economici che il NARS e il DIPE maneggiano per verificare i presupposti che hanno alterato l'equilibrio economico-finanziario, si potrebbe già rilevare che la valutazione dell'amministrazione di non adire questi organi tecnici ricomprenda in sé un momento tecnico-valutativo del fatto, sindacabile in sede giurisdizionale, atteso che vi è in gioco la tutela della finanza pubblica, strettamente connessa al mantenimento dell'allocazione dei rischi.

In definitiva, l'obiettiva verificabilità dei fatti che hanno causato il disequilibrio[48], la costante implementazione del catalogo di ciò che può essere ricondotto al concetto giuridico indeterminato di "fatti non riconducibili al concessionario" o di "eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili", l'elevata capacità tecnica degli organismi che intervengono quando in gioco vi è la finanza pubblica e la peculiarità degli strumenti tecnico-economici utilizzati per valutare il "fatto" che produce il disequilibrio economico-finanziario, ci consentono di accostare l'attività valutativa dell'amministrazione all'area delle valutazioni tecniche[49].

---

[46] Che, come osserva E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento, cit., 289, diventa il documento di verifica della corretta allocazione dei rischi tra le parti.

[47] Gli eventi non imputabili all'operatore economico che, secondo le Linee Guida n. 9 dell'ANAC, producono una alterazione dell'equilibrio economico-finanziario sono: il rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili; il rischio di finanziamento, ossia di mancato reperimento delle risorse finanziarie a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti; il rischio finanziario, che si concretizza in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento; il rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti; il rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti (parti sociali) che influenzino negativamente costi e tempi della consegna e, infine, il rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese. A tutti questi eventi si aggiungono le cause di forza maggiore, già elencate alla nota n. 24.

[48] Ad esempio, E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento, cit., 293, intuisce che la revisione dei fatti costituisce l'esito di un percorso esplorativo entro cui le parti sono tenute al rispetto del principio di buona fede; superata tale fase di verifica delle sopravvenienze turbative che costituirebbe "attività numerabile", "dovrebbe essere possibile pervenire in termini oggettivanti ad una intesa che ripristini l'equilibrio economico finanziario".

[49] Sui temi della c.d. "discrezionalità tecnica" si può rinviare, senza pretesa di esaustività, a E. PRESUTTI, Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in Giur. it., 1910, IV, 44 ss., nonché I limiti del sindacato di legittimità, Roma-Milano-Napoli, 1911; O. RANELLETTI, Principii di diritto amministrativo, Napoli, 1912; P. VIRGA, Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica, in JUS riv. sc. giur., n. 1/1957, 95 e ss.; F. CAMMEO, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1960; V. BACHELET, L'attività tecnica della pubblica amministrazione, Milano 1967; N. DANIELE, Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo, in Scritti in memoria di A. Giuffrè, Milano 1967, 295 e ss.; F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica, in Dir. proc. amm., n. 4/1983; C. MARZUOLI, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1985; D. DE PRETIS, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, Padova, 1995; F. LIGUORI, Attività liberalizzate e compiti della

ISSN 2036-7821

Volgendo dunque lo sguardo, secondo un diverso punto di vista, al concetto giuridico indeterminato in questione non più come un concetto di valore, ma di tipo empirico, pare sia possibile ritenere che la norma rinvii a quelle che in sostanza sarebbero nozioni tecniche o scientifiche che in sede di applicazione alla fattispecie concreta possono presentare, talvolta, margini di opinabilità e che non richiedono, dunque, l'esercizio di poteri discrezionali. Questa seconda via interpretativa che si fonda su criteri concordanti ed omogenei è avvalorata sia dalla presenza di organi appositi (NARS, DIPE, CIPESS e ANAC in sede regolatoria) chiamati, in talune circostanze, a rendere il loro giudizio tecnico nell'ambito del procedimento, sia perché l'attività di apprezzamento che l'amministrazione compie – come pure suggerisce la formulazione linguistica del concetto vagliato – attiene al "fatto" (non riconducibile al concessionario), e non si estende mai fino all'interesse pubblico.
Da questo punto di vista sembrerebbe pertanto che l'attività di accertamento del fatto che l'amministrazione compie dopo aver interpretato un concetto giuridico indeterminato che rinvia a nozioni tecniche e a fenomeni fattuali, sia una attività in cui vi è un giudizio che richiede l'applicazione di conoscenze elaborate dalla disciplina dell'economia, ma è assente una scelta[50]; in altri termini, nell'accertare il fatto che ha determinato il disequilibrio del piano economico-finanziario, l'amministrazione formulerebbe un giudizio cui segue non una scelta di carattere discrezionale sull'interesse pubblico che si muove nell'ambito delle scienze giuridiche, ma una mera applicazione di regole elaborate nelle scienze economiche.
Quanto invece al grado di opinabilità delle soluzioni cui l'amministrazione addiviene all'esito della interpretazione del concetto giuridico e della valutazione del fatto che ha determinato il disequilibrio, sembrerebbe che la diversità delle soluzioni dipenda non tanto da una scelta volitiva, ma da fatti interni alla singola scienza o tecnica[51]. Anche la giurisprudenza, accogliendo le critiche della dottrina[52], ha ormai da tempo

amministrazione, Napoli, 1999; A. GIUSTI, Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, Napoli, 2007; A. MOLITERNI (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento, Napoli, 2021.

[50] L'assenza di una scelta conseguente ad un giudizio nelle valutazioni tecniche quale elemento distintivo dalla discrezionalità amministrativa è una teoria, tutt'oggi ancora valida e accolta in dottrina, elaborata da M.S. GIANNINI, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981, 268. Interessante è poi l'immagine che offre A.M. SANDULLI, Diritto amministrativo, cit., 594, il quale osserva che "la c.d. discrezionalità tecnica è prossima più alla discrezionalità del giudice che alla discrezionalità amministrativa, essendo svincolata dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda".

[51] G. GUARINO, voce Atti e poteri amministrativi, in Dizionario amministrativo, Vol. I, 1983, 207, il quale osserva che "è possibile, e spesso naturale, che in relazione ad una medesima questione i tecnici pervengano a soluzioni divergenti". Anche per F. CINTIOLI, voce Discrezionalità tecnica (dir. amm.), in Enc. Dir., 2008, 472, l'opinabilità delle regole è tratto distintivo della "discrezionalità tecnica"; egli rileva che in essa "sono dominanti due caratteri: il primo consiste nell'esser basata su regole non giuridiche, ma tecniche; il secondo nell'esser basata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili".

[52] G. VACIRCA, Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo, in Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato, Vol. III, Roma, 1981, 1573; V. CERULLI IRELLI, Note in tema di

ISSN 2036-7821

riconosciuto la distinzione tra "discrezionalità tecnica" e merito amministrativo e, di conseguenza, tra opinabilità e opportunità[53].

Si è fatta strada così l'idea che mentre l'opportunità, propria delle valutazioni di merito, è una scelta tra più soluzioni per la cura di un interesse pubblico, l'opinabilità di alcuni giudizi tecnici è, invece, espressione soggettiva di un giudizio tecnico relativo al fatto, non all'interesse pubblico[54]. La tecnica – come è stato anche di recente ribadito – è altro rispetto alla discrezionalità e al merito: "l'una è giudizio sul fatto mentre l'altra è volontà-scelta tra interessi"[55].

Se dunque si qualifica l'attività dell'amministrazione come una attività caratterizzata da valutazioni tecniche sembrerebbe potersi riconoscere al concessionario che presenta istanza di revisione del PEF una diversa posizione, questa volta di diritto soggettivo[56], e ciò alla stregua di quell'insegnamento della dottrina ormai condivisibile secondo il quale la discrezionalità tecnica, nella valutazione giuridica, debba considerarsi nella sostanza attività vincolata[57].

Quello che inizialmente sembrava un elevato grado di opinabilità degli apprezzamenti compiuti sull'interesse pubblico ora sembra essere riferito, invece, al

---

discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in Dir. proc. amm., 1984, 463 e ss.; A. AZZENA, Spunti per una riflessione su regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, in Studi in ricordo di E. Capaccioli, Milano, 1988, 599; F. SALVIA, Attività amministrativa e discrezionalità tecnica, in Dir. proc. amm., 1992, 685 e ss.; G. SALA, Potere amministrativo e principi dell'ordinamento, Milano, 1993, 214 e ss.; A. CAIROLA, Discrezionalità tecnica e imparzialità, in Dir. proc. amm., 1997, 469 e ss.; F.G. SCOCA, Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità, in Potere discrezionale e controllo giudiziario, Milano, 1998, 107 e ss.; F. LIGUORI, Attività liberalizzate, cit., 160 e ss.

[53] Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che la discrezionalità tecnica "ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perchè opinabile -in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito".

[54] Così F.G. SCOCA, E. FOLLIERI, L'attività amministrativa e la sua disciplina, in F.G. SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2017, 188-189.

[55] Come osserva F. LIGUORI, Le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti e giudice amministrativo, in C. ACOCELLA (a cura di), Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti, Napoli, 2022, 235.

[56] Perviene alla medesima conclusione, ma attraverso un ragionamento diverso che si muove sulla deducibilità di molteplici principi civilistici applicabili alle concessioni di pubblico servizio F. CINTIOLI, Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario, in Il diritto dell'economia, n. 3/2020, 13-34. Parla di "diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario" anche A. RICCIO, Eccessiva onerosità, in F. GALGANO (a cura di), Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna, 2010, 23.

[57] In questi termini G. GUARINO, voce Atti e poteri, cit., 207; anche A.M. SANDULLI, Diritto amministrativo, Vol. 1, Napoli, 1989, 594, spiega che nella discrezionalità tecnica "la scelta (del comportamento da tenere) alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore"; si veda anche F. LIGUORI, Attività liberalizzate, cit., 248 e 274.

ISSN 2036-7821

fatto (che è in sé inopinabile[58]) sicché quella che inizialmente sembrava una valutazione discrezionale, vista in questa ottica, pare attenuarsi fino a degradare l'attività interpretativa dell'amministrazione da scelta discrezionale – sempre nei limiti circoscritti dalla norma – a mera interpretazione del precetto, alla quale segue tuttalpiù una attività di sussunzione.
La valutazione sui "fatti non riconducibili al concessionario" – seppur opinabile – che l'amministrazione compie non attiene dunque all'interesse pubblico, ma è collegata agli esiti incerti derivanti dall'applicazione della regola tecnica.
Occorre tuttavia compiere un ulteriore passo in avanti e precisare che malgrado sia dimostrabile, sul piano teorico, che nell'attività cognitiva dei fatti non riconducibili al concessionario non vi sia un esercizio di poteri puramente discrezionali, è nondimeno opportuno separare la fase cognitiva del fatto dalla successiva fase valutativa operata dall'amministrazione, la quale dovrà pur sempre scegliere la soluzione più ragionevole tra il concedere la revisione del PEF e garantire la continuità del pubblico servizio, oppure non concedere la revisione perché troppo dispendiosa e avviare una nuova gara per l'individuazione di un nuovo concessionario. Dalla separazione del momento dell'accesso al fatto (seppur caratterizzato da un grado di elevata tecnicità) dal successivo momento di valutazione della migliore scelta volta alla tutela dell'interesse pubblico che sacrifichi il meno possibile tutti gli altri interessi coinvolti, non pare possa ricavarsi la sussistenza di un obbligo di revisione delle condizioni economico-finanziarie della concessione né, dunque, un diritto in tal senso del concessionario, ma unicamente l'esistenza di un meccanismo che attribuisce al concedente il potere, con evidenti risvolti doverosi, di procedere, su richiesta del concessionario o anche d'ufficio, alla revisione del contenuto del contratto al fine ristabilire le originarie condizioni dell'equilibrio economico-finanziario, modificato da fatti imprevedibili.
Il ritorno dell'interesse pubblico nella fase conclusiva del rapporto giuridico garantisce, pertanto, il diritto all'avvio del procedimento, ma non il diritto alla sua favorevole conclusione[59].

5. Accesso al fatto e ricerca della verità: il ruolo del giudice amministrativo nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati

Se poche e semplici considerazioni possono effettuarsi sui poteri sostitutivi nel settore del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale in quanto trattasi di

[58] Ma, come puntualizza F. LIGUORI, Attività liberalizzate, cit., 219, ad essere opinabile può essere tuttalpiù la sua valutazione in rapporto alla indeterminatezza della proposizione normativa che lo contempla.

[59] Con la precisazione che l'art. 192 del nuovo Codice sulla revisione dei contratti di concessione, ispirandosi al nuovo principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9, sembrerebbe riconoscere complessivamente al concessionario anche il diritto a ottenere quantomeno una risposta.

ISSN 2036-7821

una attività doverosa[60] secondo la quale le Regioni si sostituiscono alle amministrazioni inadempienti solo ai fini dell'avvio della nuova gara, qualche considerazione merita invece la terza soluzione proposta dalla Corte costituzionale in commento, ossia l'attivazione dei rimedi giurisdizionali avverso il silenzio con annessa tutela risarcitoria. La soluzione proposta dalla Consulta – alla quale si ritiene possibile accostare anche la tutela di annullamento dell'eventuale provvedimento di dinego espresso alla revisione del PEF o delle tariffe – apre la strada al sindacato del giudice amministrativo sull'attività di interpretazione e sussunzione operata dall'amministrazione, e dunque alla possibilità di ottenere una tutela piena ed effettiva.

L'accertamento dei fatti non riconducibili al concessionario che possono incidere sull'equilibrio economico-finanziario costituisce il primo presupposto per l'emanazione del provvedimento; nell'attuale prospettiva, tale attività di accertamento del fatto, semplice o complesso che sia, deve ormai ritenersi pienamente controllabile in sede di sindacato di legittimità in quanto trattasi di attività di carattere obiettivo che comporta un mero riscontro del dato della realtà[61]; il potere, per essere esercitato, dovrà in primo luogo fondarsi sulla sussistenza dei presupposti contemplati nella norma.

In particolare, l'attività dell'amministrazione, quando ha a che fare con la tecnica, sembrerebbe comporsi di tre fasi: conoscenza del fatto, interpretazione della norma nei suoi frangenti di indeterminatezza empirico-descrittiva nei limiti della legalità e, infine, applicazione della stessa attraverso una attività di sussunzione del fatto concreto mediante esercizio di un potere non discrezionale. Nei tre stadi evolutivi dell'azione amministrativa descritti, l'accesso al fatto e l'attività interpretativa della norma (di cui già si è detto) non costituiscono attività riservata dell'amministrazione, ma, essendo attività prive di apprezzamenti valutativi sui pubblici interessi, sono pienamente conoscibili[62]. Resta tuttavia da articolare qualche ulteriore considerazione sulla terza fase, ossia sull'esercizio dei poteri decisionali nella fase di sussunzione del fatto concreto alla norma e sulla sua eventuale ripercorribilità – in termini di sindacato intrinseco – da parte del giudice amministrativo.

---

[60] E dunque sostanzialmente vincolata, a fronte della quale si può riconoscere una posizione giuridica di diritto soggettivo.

[61] G. De Giorgi Cezzi, La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo, Napoli, 2003, spiega che nella ricostruzione del fatto non è generalmente riconosciuto alcun margine di discrezionalità.

[62] Ad esempio, V. Cerulli Irelli, Note in tema di discrezionalità amministrativa, cit., 478, riconosce una differenza tra l'attività amministrativa di attuazione della legge che è in teoria pienamente conoscibile e l'attività amministrativa discrezionale non è in teoria conoscibile nella sua interezza. Più di recente, M. Clarich, M. Ramajoli, Diritto amministrativo e clausole generali, cit., 57, ci ricordano che l'attività interpretativa può essere controllata in maniera completa utilizzando i criteri dell'ermeneutica giuridica e si differenzia dall'attività discrezionale, sindacabile mediante la tecnica dell'eccesso di potere e una valutazione di tipo estrinseco in termini di ragionevolezza.

ISSN 2036-7821

Appare utile ricordare che, quanto ai primi due stadi evolutivi proposti, la dottrina maggioritaria, superata la visione secondo la quale l'accesso pieno al fatto era riconosciuto nelle sole ipotesi di giurisdizione di merito – oggi consentito anche nella giurisdizione generale di legittimità[63] – ormai da tempo propende verso un ulteriore superamento di quelle tesi[64] che, nel tentativo di giustificare le ragioni della limitata sindacabilità delle valutazioni tecniche[65], riconoscevano in capo all'amministrazione una forma di creatività del momento valutativo e la permanenza di un'area di riserva[66].

Già qualche tempo fa autorevole dottrina avvertiva che nelle controversie aventi ad oggetto apprezzamenti tecnici appariva "non solamente necessaria ma improcrastinabile l'introduzione di strumenti – come la consulenza tecnica – che consentano al giudice il diretto accertamento e apprezzamento dei fatti rilevanti"[67]. Prendeva già forma, così, l'idea che non vi sarebbe alcuna riserva sull'ammissibilità del sindacato giudiziario sugli apprezzamenti tecnici, anche se contenenti, talvolta, margini di opinabilità.

Sulla base di tali approdi, l'attuale posizione prevalente della dottrina è nel senso che l'accertamento e la conseguente valutazione dei fatti operata dall'amministrazione non dovrebbe più godere di una "attendibilità privilegiata"[68]. L'accesso pieno al fatto

[63] Sulla non sostanziale separazione netta tra giurisdizione di legittimità e di merito nell'attualità è sufficiente il rinvio a F.G. SCOCA, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo, in Dir. proc. amm., n. 3/2015, 847-872; F. LIGUORI, Sulla sopravvivenza della giurisdizione di merito, in G. LEONE (a cura di), Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte, Vol. 2, Napoli, 2019, 857-878.

[64] C. MARZUOLI, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1985, 277, secondo il quale "la valutazione tecnica è il tramite dell'imposizione (o della prevalenza) di certi valori rispetto ad altri"; D. DE PRETIS, Valutazione amministrativa, cit., 235, che parla di attribuzione normativa alle amministrazioni di uno spazio valutativo "nuovo ed originale", ma che allo stesso tempo ammette un controllo pieno sulla veridicità dei fatti osservando che "laddove dunque il fatto viene contemplato dalla norma come condizione per il compimento di una certa attività – fosse anche discrezionale –, la sua qualificazione, così come il suo accertamento, costituiscono compiti amministrativi rispetto ai quali l'amministrazione stessa non dispone di regola di poteri di scelta. Sicché la relativa attività qualificatoria e di accertamento […] dovrebbe potere essere pienamente sindacata davanti al giudice amministrativo e ogni suo eventuale errore dovrebbe costituire una violazione della legge, giacché l'errore si risolverebbe appunto in una difformità dell'attività amministrativa rispetto a quanto previsto dalla norma" (402-403).

[65] A. MOLITERNI, Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento, in A. MOLITERNI (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche, cit., 11.

[66] A. TRAVI, Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni, in Dir. pubbl., n. 2/2004, 459, sostiene che il principio di legalità "non consente di configurare un 'potere' per il solo fatto che la competenza a provvedere spetti all'amministrazione". Da qui il riconoscimento per il giudice amministrativo, nelle controversie tecnico-scientifiche, la possibilità di ripercorrere e verificare l'operato dell'amministrazione senza interferenze.

[67] F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario, cit., 426. L'A. osserva che il fatto che gli apprezzamenti tecnici siano seguiti o preceduti da ponderazioni di interessi "non esclude certo la possibilità di una loro verifica in sede giudiziaria: tale verifica lascia del tutto impregiudicata la scelta propriamente discrezionale, in quanto ha per oggetto soltanto le premesse o le conseguenze necessarie della stessa scelta" (433-434).

[68] Espressione utilizzata da A. TRAVI, Il giudice amministrativo, cit., 445, sulla suggestione di F. BENVENUTI, Per un diritto amministrativo paritario, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova, 1975, 807 e ss., il cui

ISSN 2036-7821

da parte del giudice amministrativo consentirebbe, dunque, di ripercorrere interamente il percorso logico della valutazione tecnica mediante la quale l'amministrazione ha dato contenuto ai concetti giuridici indeterminati di matrice tecnica[69] e di spingersi fino a ricercare una soluzione di "maggiore attendibilità"[70], senza con ciò assistere ad una invasione del potere giurisdizionale nel campo dell'azione valutativa della pubblica amministrazione[71] trattandosi, in sostanza, di attività complessivamente vincolata.

I recenti approdi della dottrina già bastano per riconoscere in capo al giudice amministrativo la facoltà di accedere pienamente al fatto, ivi compreso il fatto non riconducibile al concessionario che ha provocato il disequilibrio, ma l'indagine sul disvelamento della posizione giuridica soggettiva del concessionario non si arresta in questo punto.

Recentemente si è parlato, in dottrina e anche in giurisprudenza, di sindacato del giudice amministrativo sulla soluzione di "maggiore attendibilità", che costituirebbe l'approdo definitivo per l'affermazione di un sindacato intrinseco, esteso anche all'esercizio dei poteri amministrativi nel terzo stadio evolutivo dello schema di azione amministrativa proposto, ossia quello della sussunzione. Tale sindacato pare possa avvenire (almeno sul piano teorico) proprio grazie alla graduale affermazione nel processo amministrativo dei mezzi istruttori come la verificazione e la consulenza tecnica[72], mediante i quali sarebbe consentita la piena acquisizione degli elementi necessari per comprendere il significato e il valore di un dato fatto, non di valutarlo; la verificazione e la consulenza tecnica d'ufficio sarebbero, in altri termini, strumenti utili per scoprire la verità[73] che talvolta si cela dietro l'incertezza della tecnica.

---

auspicio è quello di perseguire l'obiettivo di un "processo amministrativo paritario", nel quale l'amministrazione non goda di un'attendibilità privilegiata, ma per il giudice sia semplicemente "parte".

[69] Così A. MOLITERNI, Le disavventure della discrezionalità, cit., 16.

[70] Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943; Id., 1 ottobre 2019, n. 6565; Id., 15 luglio 2019, n. 4990, in www.giustizia-amministrativa.it.

[71] A. SANDULLI, La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova 1998, 407 e ss.; per F. SALVIA, Considerazioni su tecnica e interessi, in Dir. pubbl., n 2/2002, 622, con l'ingresso della consulenza tecnica d'ufficio, è ammissibile un controllo giurisdizionale diretto ma limitato alla plausibilità, con esclusione della sostituzione del giudizio dell'amministrazione con quello del giudice.

[72] Che, almeno per la c.t.u., riveste ancora i caratteri dell'eccezionalità atteso che, come osserva A. TRAVI, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2021, 281, all'art. 19, comma 1 e all'art. 63, comma 4, del Codice del processo amministrativo compare l'espressione "se indispensabile". Sempre lo stesso A, nello scritto Il giudice amministrativo, cit., 460 osserva che il rifiuto della consulenza tecnica è "in realtà il rifiuto di un controllo ordinato con i 'tecnici'" e che "la conseguenza di questo rifiuto è un impoverimento della risposta istituzionale alla domanda di tutela del cittadino". Il sapere giuridico nondimeno appartiene tanto all'amministrazione quanto al giudice, ed è per questo che anche il giudice abbisogna dell'integrazione istruttoria ad opera dei consulenti tecnici, proprio come l'amministrazione talvolta abbisogna di organi tecnici. Sullo scetticismo del giudice amministrativo circa l'utilizzo della c.t.u. si rinvia a S. MIRATE, Offerte anomale e CTU: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo, in Urb. e app., n. 2/2007, 183-193.

[73] Il tema delle "verità amministrative" è indagato da E. CARLONI, Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo, Milano, 2011.

ISSN 2036-7821

Il giudice amministrativo, dopo aver conosciuto la verità dei fatti e interpretato le norme, le dovrà poi applicare, e tale attività consiste in una attività di controllo su dati fattuali, ancorché complessi e dunque opinabili, che non pare possa sfociare in una forma di sostituzione del giudice amministrativo con l'attività interpretativa dell'amministrazione[74].

Anche se è ormai diffusamente riconosciuto il pieno accesso al fatto anche mediante strumenti come la verificazione e la c.t.u., ciò non basta tuttavia per riconoscere in capo al giudice la piena possibilità di individuare una soluzione di maggiore attendibilità tecnica tra quelle proposte dalle parti; si rende pertanto necessaria qualche ulteriore notazione conclusiva. Si può partire dal considerare che, dinanzi ai concetti giudici indeterminati di tipo empirico, anche l'attività del giudice amministrativo, al pari di quella dell'amministrazione, sembrerebbe comporsi di tre fasi (accesso al fatto-interpretazione-sussunzione), ma mentre la pubblica amministrazione incontra gli anzidetti limiti interpretativi, il giudice in sede interpretativa ha, in aggiunta, la possibilità di "completare" la norma. È necessario dunque chiarire se tutti i passaggi mediante i quali l'amministrazione giunge all'esercizio di un potere (sostanzialmente vincolato) in sede di sussunzione sia – per usare un termine diffuso in dottrina – "falsificabile" dal giudice amministrativo nell'esercizio del suo potere decisorio. In altri termini, sdoganato il dogma dell'inaccessibilità del giudice alla verità dei fatti, è da comprendere se il quadro attuale oggi è in grado di restituire elementi validi per ricomprendere nel sindacato del giudice anche l'esercizio dei poteri amministrativi in campi d'azione a connotazione puramente tecnica.

Parte della dottrina civilistica, cogliendo l'irrilevanza di delineare una classificazione dei vari livelli di indeterminatezza delle norme, osserva che dovrebbe porsi l'accento, piuttosto, sul collegamento tra clausole generali e giudizi di valore che in alcuni casi sarebbe talmente forte che questi ultimi non si limiterebbero "a condizionare l'individuazione di comportamenti descritti in enunciati legislativi […] ma

[74] Secondo F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario, cit., 434, il giudice, di fronte al margine di dubbio che le valutazioni tecniche presentano, deve sottoporre a verifica diretta le operazioni tecniche compiute dall'amministrazione e verificare l'attendibilità delle sue valutazioni; qualora l'operazione tecnica ripercorsa dal giudice risulti attendibile al pari di quella compiuta dall'amministrazione, ma comunque opinabile, "la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore" ed il primo non potrà sostituire la propria valutazione con quella effettuata dal secondo. A. TRAVI, Il giudice amministrativo, cit., 459, osserva che non vi è sostituzione del giudice con l'attività dell'amministrazione solo se questa adotta soluzioni finali "equivalenti", ma il giudizio di equivalenza è possibile solo se la valutazione di ordine tecnico-scientifico sia stata previamente verificata dal giudice. Di recente F. LIGUORI, Le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, cit., 245, osserva che nel sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche è inconfigurabile qualsiasi rischio di sostituzione allorquando siano assodati i presupposti applicativi della norma che eliminano ogni spazio di valutazione dei pubblici poteri; "si tratta di un controllo che ricade esclusivamente su dati fattuali (tra i quali rientrano anche le valutazioni tecniche complesse) e che perciò non può trasmodare in sostituzione nell'assunzione della decisione, essendo questa diretta conseguenza della corretta rappresentazione dei fatti".

ISSN 2036-7821

costituiscono la fonte esclusiva di tale individuazione"; ci si troverebbe, pertanto, dinanzi ad un "fenomeno di produzione normativa e non a semplici differenze quantitative nell'ambito di una problematica di tipo sempre interpretativo". In tali ipotesi dovrebbe riconoscersi, così, "l'esistenza in capo al giudice di un potere di creare norme, che per quanto circoscritto e variamente condizionato, […] non è dissimile da quello del legislatore ordinario"[75].

La posizione riportata è forte, e per quanto vada presa con la dovuta cautela in quanto vanifica gli sforzi della dottrina precedente di distinguere tra concetti giuridici indeterminati e clausole generali (o, nel diritto amministrativo, tra concetti empirici e concetti normativi), rappresenta la migliore descrizione del ruolo del giudice dinanzi alle formulazioni indeterminate delle norme, ossia di un giudice – ormai non solo ordinario, ma anche amministrativo – titolare del potere di integrare e completare le norme mediante la propria attività interpretativa (e se l'assunto può risultare opinabile, altrettanto non può dirsi con riferimento all'ormai incontestabile "ruolo creativo del diritto da parte del giudice amministrativo"[76]).

Proprio questo potere integrativo e di completamento della norma imprecisa, di cui non può essere titolare in via esclusiva la pubblica amministrazione, avvalora ancora di più le tesi che auspicano un sindacato pieno delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione che pare possa spingersi sino alla ricerca di una soluzione di maggiore attendibilità – o quantomeno alla maggiore attendibilità limitatamente alla soluzione proposta dal ricorrente rispetto a quella proposta dall'amministrazione, senza proporne una terza – nella dialettica tra ricorrente e amministrazione che si instaura in sede contenziosa, senza con ciò correre i rischi di sostituzione dell'attività del giudice nell'attività valutativa della pubblica amministrazione.

Attraverso l'attività interpretativa della norma imprecisa, e sulla scorta della titolarità del potere di integrare la stessa – anche attraverso gli strumenti istruttori – pare possibile riconoscere una cognizione "di maggiore attendibilità" del giudice amministrativo che non si limiti solo al fatto, ma che si estenda sino all'esercizio di un potere tutto sommato vincolato. La questione, così prospettata, poggerebbe le basi sul dato incontrovertibile che nell'attuale assetto il giudice amministrativo è, in un modo o in un altro, soggetto di ultima istanza chiamato ad applicare la legge.

Dunque anche il giudice amministrativo – e non solo il giudice ordinario – è titolare del potere di completare la norma imprecisa interpretando i concetti giuridici indeterminati; questa circostanza, unitamente al recente riconoscimento per legge di

[75] A. BELVEDERE, Le clausole generali, cit., 632.

[76] L'espressione è di S. CASSESE, Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo, in Giorn. dir. amm., n. 3/2020, 342, il quale descrive l'insolita tripolarità giudice-legislatore-esecutivo che si riferisce alle funzioni del giudice amministrativo.

ISSN 2036-7821

un "diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali"[77] in caso di sopravvenienze che possano alterare l'originario equilibrio del contratto, pare possano contribuire alla graduale emancipazione delle teorie che auspicano una tutela di tipo intrinseco che ammette la ricerca di una soluzione di maggiore attendibilità tra quelle prospettate dalle parti. Si può notare come il riconoscimento, anche in giurisprudenza, di siffatte teorie renderebbe addirittura superfluo ricercare elementi volti a qualificare la posizione dei concessionari di pubblico servizio che presentano istanza di revisione come una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, atteso che l'implementazione del ricorso a taluni strumenti per la conoscenza della verità dei fatti e il riconoscimento definitivo delle prerogative del giudice amministrativo garantirebbero, in ogni circostanza, una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, volta all'ottenimento del bene della vita.

La ricostruzione proposta, però, ha un fondamento esclusivamente teorico sia perché non tiene conto delle peculiarità che la tecnica intercetta, in concreto, nei diversi e molteplici settori disciplinati dal diritto[78], sia perché il superamento dell'attuale sindacato intrinseco ma debole sulle valutazioni tecniche – e cioè quel sindacato mediante il quale il fatto deve essere oggetto di accesso pieno in cui il giudice può utilizzare la stessa strumentazione tecnica di cui si serve l'amministrazione, ma che tuttavia si pone ancora in termini di eccezione – a favore di un sindacato volto all'individuazione di una soluzione di maggiore attendibilità, non ha ancora trovato compiuta attuazione in giurisprudenza[79], nel senso di una definitiva affermazione del

[77] Così dispone il nuovo art. 9, recante "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", dello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato.

[78] Si pensi a quello delle autorità indipendenti, nelle quali è ancora difficile separare il momento valutativo del fatto dal momento decisionale, in cui talvolta vi possono essere componenti di politicità, che rendono complicata l'individuazione del confine tra sindacato pieno sul fatto e sindacato sulle scelte discrezionali. Di politicità della regolazione economica parla S. DE NITTO, Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in A. MOLITERNI (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche, cit., 228; ma anche altri settori, come quello ambientale, sono contrassegnati da forte politicità delle decisioni. Sul punto si veda, nello stesso volume, il contributo di M. CROCE, La portata del sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche in materia di ambiente, spec. 111. Su di un piano più ampio si può segnalare A. GIUSTI, Contributo allo studio, cit., 232, la quale osserva che "quando l'amministrazione si trovi a dover dare attuazione ad una norma imprecisa, ad un concetto giuridico indeterminato che postuli il necessario ricorso a conoscenze specialistiche, occorre verificare fino a che punto il dato tecnico rimanga nella cognizione dei fatti e quanto, invece, riesca a permeare il momento decisionale vero e proprio. Nonostante, astrattamente, i momenti della opinabilità e della opportunità siano sempre separabili, è difficilmente contestabile, in concreto, l'esistenza di ipotesi in cui è la stessa tecnica a foggiare l'interesse pubblico".

[79] Emblematiche sono due recenti pronunce che sembrano sufficienti a riassumere il quadro attuale: Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 757, in www.giustizia-amministrativa.it, spiega che il sindacato sugli atti della pubblica amministrazione, per essere pieno ed effettivo, debba estendersi anche all'accertamento dei fatti (anche attraverso verificazioni e c.t.u.) operato sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in "arbitrio specialistico", ma tale sindacato non può spingersi "fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione", sicché, il giudice amministrativo "non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta

ISSN 2036-7821

ruolo del giudice amministrativo e del suo potere giudiziario quale unico potere (nella dimensione tripartita) preposto alla determinazione in concreto dei concetti giuridici indeterminati mediante applicazione del diritto.

Proprio come bisogna fare i conti con la realtà quando il giudice assume un ruolo creativo del diritto[80], altrettanto pare debba valere tuttavia nell'ipotesi della c.d. "discrezionalità tecnica", il cui sempre più ampio riconoscimento negli usi[81] fa riaffiorare tutto sommato l'esigenza di mantenere in vita se non una categoria che, per quanto in realtà, come detto impropria[82], almeno trova un limite avvertito ancora, in molte ipotesi, come necessario.

gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto" (Cons. Stato, Sez. VI, n. 6696/2021; Sez. II, n. 7772/2021; Sez. VI n. 249/2022); con maggiore concretezza è la seconda pronuncia, Cass. civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6462, la quale osserva che "la verifica della corretta applicazione di una clausola generale non è sindacato di discrezionalità, ma controllo (anche se limitato) di legittimità, per cui il suo esercizio (e cioè la concreta applicazione della regola al caso concreto) non pone un problema di sindacato della discrezionalità amministrativa"; la pronuncia, tuttavia, se da un lato ricorda (come già statuito da Cass. civ., SS.UU., 18 gennaio 2001, n. 5) che il controllo sull'applicazione di concetti giuridici indeterminati o clausole generali, ritenendosi che il controllo giurisdizionale di legittimità comporta, oltre alla verifica sulla corretta interpretazione, anche quella sulla applicazione", distinguendo così la discrezionalità dall'interpretazione della norma, finisce pur sempre per limitare tale sindacato ad una forma di mero controllo che non può andare al di là della ragionevolezza.

[80] S. CASSESE, Il contributo dei giudici, cit., 342.

[81] M.S. GIANNINI, Istituzioni, cit., 267, parlava con tono critico della c.d. "discrezionalità tecnica" come una "espressione scorretta ma ormai entrata nell'uso".

[82] Già Errico Presutti, riconoscendo che la tecnica è altro rispetto alla discrezionalità, concepiva la tecnica come retaggio dello Stato di polizia, che sarebbe poi scomparsa con il completamento della transizione allo Stato di diritto. Per una lettura recente sul pensiero di Presutti e sulla categoria della tecnica come categoria "a tempo" si può rinviare a F. LIGUORI, La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo», in Nomos, n. 1/2022.

ISSN 2036-7821