

NESTA EDIÇÃO:

DA NATUREZA CONTRATUAL DA AUTORIZAÇÃO FERROVIÁRIA PREVISTA NA
LEI 14.273/2021 E SEUS IMPACTOS NA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE
MEDIANTE DESAPROPRIAÇÕES E SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 30

ANO 8 • n. 30 • Jul.-Set. • 2024

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 8 • ISSUE 30 • JULY-SEPT. • 2024

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**

Revista
dos Tribunais

Qualis
A1

 Thomson
Reuters™

CLAUSOLE GENERALI E DIRITTO AMMINISTRATIVO

GENERAL CLAUSES AND ADMINISTRATIVE LAW

MARCELLO CLARICH

Dottorato di Ricerca in Legislazione e Diritto Bancario presso l'Università di Siena.

Ordinario di diritto amministrativo presso Sapienza Università di Roma.

marcello.clarich@uniroma1.it

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-6450-6145>].

DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.30.clarich>].

Recibido: 03.04.2024. Received: April 3rd, 2024.

Aprovado: 05.05.2024. Approved: May 5th, 2024.

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

RIEPILOGO: Abstract: Si tratta di uno studio sul tema delle clausole generali, o concetti giuridici indeterminati, di elementare importanza per i problemi fondamentali nella dinamica tra autorità dello Stato e libertà dei cittadini e nei rapporti tra giudice e amministrazione. A tal fine si mette in relazione alla discrezionalità, si stabiliscono le origini del discorso e si rinvigorisce il tema della legalità sostanziale.

PAROLE CHIAVE: Clausole Generali – Concetti Giuridici Indeterminati – Riservatezza – Legalità Sostanziale – Decisione Amministrativa.

ABSTRACT: This is a study on the topic of general clauses, or indeterminate legal concepts, of elementary importance for the fundamental problems in the dynamics between State authority and citizens' freedom and in the relationships between judges and administration. To this end, it is related to discretion, the origins of the discussion are established and the theme of substantial legality is reinvigorated.

KEYWORDS: General Clauses – Indeterminate Legal Concepts – Confidentiality – Substantial Legality – Administrative Decision.

SUMÁRIO: 1. Il problema e un esempio. 2. Clausole generali e discrezionalità. 3. Alle origini della discussione. 4. Clausole generali e recupero della legalità sostanziale. 5. Spunti conclusivi. 6. Riferimenti.

una decisione amministrativa solo “*if it is so unreasonable that no reasonable person acting reasonably could have made it*”⁵³.

In definitiva, l'equilibrio tra giudice e amministrazione nell'applicazione delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati si colloca in tutti gli ordinamenti in un punto intermedio tra i due estremi della totale insindacabilità delle valutazioni operate dall'amministrazione, incompatibile con il principio dello Stato di diritto, e della piena sostituibilità con quelle operate dal giudice, incompatibile con il principio di separazione dei poteri. Il punto non si presta a essere fissato in modo univoco, ma la sua collocazione varia in funzione di fattori quali le tradizioni giuridiche dei singoli ordinamenti, la materia, le situazioni giuridiche coinvolte (in particolare i diritti fondamentali), la tipologia di poteri attribuiti all'amministrazione (di regolazione, individuali, sanzionatori, ecc.), il tipo di apparato amministrativo, lo stesso ruolo del giudice con gli strumenti conoscitivi di cui dispone.

Non presenta questo tipo di problemi l'applicazione delle clausole generali in campo civile (o anche penale), perché, come già osservava Enrico Presutti, per necessità logica “*la definizione dei rapporti concreti sulla base della norma giuridica è e non può non essere di esclusiva competenza del giudice*”⁵⁴.

Nel diritto amministrativo, nella sussunzione del fatto concreto nella clausola generale posta a livello di fattispecie normativa interviene un soggetto, assente nei rapporti di diritto privato e rispetto al quale il giudice opera per così dire in seconda battuta. E ciò introduce un elemento di complessità di non poco conto e che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali.

6. RIFERIMENTI

- A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 2012.
 C. H. ULE, *Unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, Monaco 1955.
 C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
 D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
 D. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.
 D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in “*Das Archiv des öffentlichen Rechts*” 82, 1957.

53. Cfr. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 223* sul quale P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, VIII ed., 2016, pag. 638 e seg.

54. Cfr. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 223* sul quale P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, VIII ed., 2016, pag. 638 e seg; E. PRESUTTI, *op. cit.*, c. 51 secondo il quale “*se ciò così non fosse, nel disaccordo delle parti dovrebbe spettare ad una di esse lo stabilire in modo obbligatorio per il caso concreto in quale grado o misura la utilità, l'attributo, il carattere contemplati dalla norma*”.

- E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Aalen, 1964 (ristampa della prima edizione del 1886).
- E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*. Tecnica politica e democrazia, Torino, 2019.
- E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, Parte IV, col. 10.
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911.
- F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000.
- F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica* (1989), in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002.
- F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in AAVV, *Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*, Milano, 1983.
- F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.
- G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007.
- J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996.
- L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo italiano*, Bari, 2001.
- M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pag. 86 e seg.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014.
- M. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2015.
- M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- M. T. RODI, *I "concetti giuridici indeterminati" – comparazione tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto*, Tesi di dottorato XXV Ciclo, Luiss "Guido Carli", 2014.
- M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995.
- N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. Tar*, 2002.
- O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwaltungsrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1955.
- O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, VIII ed., 2016.
- P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in "Archiv für die civilistische Praxis", 1914.
- P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.
- P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites, de José Manuel Sérvulo Correia – *RDAI* 25/237-264.