



Università degli Studi di Milano - Bicocca

**Scuola di Dottorato
in Scienze Giuridiche**

Curriculum in Diritto amministrativo

**La discrezionalità tecnica: natura e
sindacabilità da parte del giudice
amministrativo**

Gianluca De Rosa

Matricola: 760988

XXVII Ciclo - a.a. 2011/2012

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

Indice.

Parte I. Il dibattito dottrinale sulla discrezionalità tecnica.

<i>1. Introduzione.</i>	6
<i>2. Il dibattito sulle valutazioni tecniche della p.a: Cammeo e Presutti.</i>	15
<i>3. L'assimilazione della discrezionalità tecnica a quella amministrativa.</i>	25
<i>4. La ricostruzione di Massimo Severo Giannini e l'evoluzione successiva.</i>	28
<i>5. La dottrina successiva a Giannini.</i>	35
<i>5.1. Segue. La posizione di Ledda.</i>	50

5.2. Le dottrine che individuano un potere riservato di valutazione tecnica. 57

5.3. Le critiche alle tesi che individuano una riserva di amministrazione. 68

5.4. La tesi che muove dall'analisi delle modalità di produzione degli effetti giuridici. 77

5.5. Le tesi che ripropongono l'attualità della locuzione "discrezionalità tecnica", e la posizione che propone il superamento della tradizionale tripartizione dell'attività amministrativa, riconducibile all'attività di "accertamento amministrativo". 81

Parte II. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

1. I tipi di sindacato praticabili sulle valutazioni tecniche. 89

2. L'evoluzione della giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche prima della sentenza 601/99 del Consiglio di Stato. 94

<i>3. La sentenza 601/1999.</i>	99
<i>4. Gli orientamenti della giurisprudenza nazionale successivi alla 601/99.</i>	110
<i>4.1. Distonia tra il controllo enunciato e quello praticato, e labilità della distinzione tra controllo estrinseco e controllo intrinseco forte.</i>	111
<i>4.2. Il rifiuto del sindacato sostitutivo.</i>	114
<i>4.3. L'orientamento minoritario favorevole alla sostituzione giudiziale.</i>	123
<i>5. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Cenni alla giurisprudenza comunitaria.</i>	140
<i>6.1. La giurisprudenza amministrativa nazionale nei diversi settori dell'ordinamento che comportano valutazioni tecniche. Le autorità amministrative indipendenti.</i>	160
<i>6.2. La verifica delle offerte anomale negli appalti pubblici.</i>	179

<i>6.3. I concorsi pubblici.</i>	187
<i>6.4. Il settore dei beni culturali e paesaggistici. Cenni alla materia ambientale ed urbanistica.</i>	196
<i>6.5. Il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle infermità.</i>	205

Parte III. E' possibile un sindacato sostitutivo?

<i>1. Critica delle dottrine che configurano la valutazione tecnica come un potere riservato alla p.a.</i>	213
<i>2. Critica delle dottrine che individuano fattispecie in cui valutazioni tecniche e amministrative sarebbero inscindibilmente fuse.</i>	219
<i>3. Per una configurazione della sostituzione giudiziale come regola residuale di tipo generale. Con l'eccezione delle prove orali dei concorsi e degli esami.</i>	223
<i>4. Conclusioni.</i>	233
Bibliografia	235

Parte I. Il dibattito dottrinale sulla discrezionalità tecnica.

SOMMARIO: *1. Introduzione. - 2. Il dibattito sulle valutazioni tecniche della p.a: Cammeo e Presutti. - 3. L'assimilazione della discrezionalità tecnica a quella amministrativa. - 4. La ricostruzione di Massimo Severo Giannini. - 5. La dottrina successiva a Giannini. - 5.1. Segue. La posizione di Ledda. - 5.2. Le dottrine che individuano un potere riservato di valutazione tecnica. - 5.3. Le critiche alle tesi che individuano una riserva di amministrazione. - 5.4. La tesi che muove dall'analisi delle modalità di produzione degli effetti giuridici. - 5.5. Le tesi che ripropongono l'attualità della locuzione "discrezionalità tecnica", e la posizione che propone il superamento della tradizionale tripartizione dell'attività amministrativa, riconducibile all'attività di "accertamento amministrativo" .*

1. Introduzione.

Tra i problemi che più hanno affaticato dottrina e giurisprudenza vi è senza dubbio quello relativo alla natura delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione -designate anche con la locuzione "discrezionalità tecnica"- e quello, connesso, del sindacato esperibile su di esse dal giudice amministrativo.

La perdurante vivacità del dibattito dottrinale e pretorio sul tema ne testimonia la cruciale importanza, e, in effetti, l'analisi dei limiti del sindacato sulla

discrezionalità tecnica permette di vagliare tutta una serie di questioni fondamentali per il diritto amministrativo, quali la natura e il ruolo della pubblica amministrazione; i rapporti tra i poteri dello Stato; il ruolo del giudice amministrativo nella tutela delle posizioni giuridiche individuali; i rapporti tra tecnica e diritto e lo statuto epistemologico delle scienze applicate nel corso delle valutazioni tecniche, nonché la natura logica delle operazioni intellettuali necessarie per dette valutazioni.

Più modestamente, il presente lavoro vorrebbe fornire una ricostruzione delle linee fondamentali del predetto dibattito, senza trascurare di offrire qualche spunto ricostruttivo.

Preliminarmente, non appare inutile una sintetica ricognizione delle categorie giuridiche di cui si discuterà, secondo l'impostazione consolidatasi in questo momento storico, nonché un primo accenno alla problematiche che si andranno ad affrontare¹.

Com'è noto, nel disciplinare l'attività della pubblica amministrazione, la legge può fissare limiti puntuali, tali da non lasciare alcun margine di scelta al pubblico apparato, individuando così in modo preciso sia il fine da perseguire che i mezzi da utilizzare -si parla in questi casi di attività amministrativa "vincolata".

Oppure può limitarsi a stabilire quale sia l'interesse pubblico cui mirare, lasciando che sia la p.a. a

¹ Si veda, per una sintetica ma completa esposizione della tematica, R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 97-152.

decidere il mezzo migliore per raggiungerlo. In tali ipotesi si parla di attività amministrativa “discrezionale” o di “discrezionalità amministrativa”.

In base alla definizione ormai accettata² la discrezionalità amministrativa si sostanzia in una ponderazione comparativa, compiuta dalla pubblica amministrazione, tra l’interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (interesse primario) e gli interessi secondari (privati, pubblici, collettivi) che vengono in rilievo nello svolgimento dell’attività degli apparati pubblici.

A seguito di tale attività comparativa, la p.a. sceglie la soluzione più idonea a far sì che l’interesse pubblico primario venga conseguito con il minor sacrificio possibile degli interessi secondari, in base al principio del minimo mezzo.

La dottrina ha evidenziato come la discrezionalità amministrativa consti di due momenti: il *giudizio* (individuazione, nel corso di apposita istruttoria, dei fatti e degli interessi rilevanti, nonché analisi degli stessi) e la *scelta*, cioè l’adozione, sulla base dei risultati prodotti dall’istruttoria, della determinazione finale³.

Il momento della scelta tuttavia, è libero solo in parte.

² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72 ss, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 483 ss.

³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 54-56.

La discrezionalità amministrativa deve infatti rispettare due tipi di regole: quelle di legittimità e quelle di merito.

Quanto a quelle *di legittimità*, esse sono: (a) tutte quelle traibili dalla fonte del diritto che disciplina il potere amministrativo; (b) quei limiti al potere che si ritengono immanenti nel nostro ordinamento, quali il rispetto dell'interesse pubblico primario, la ragionevolezza, l'imparzialità, la completezza dell'istruttoria, il già citato principio del minimo mezzo.

Le regole *di merito* invece, sono regole (non giuridiche ma) di buona amministrazione⁴, che servono ad orientare i pubblici poteri verso la scelta più *opportuna*.

Poiché, a differenza di quanto avviene per le regole di legittimità, il merito è insindacabile dal giudice amministrativo (se non nelle tassative ipotesi di giurisdizione estesa al merito oppure tramite ricorso amministrativo gerarchico o in opposizione), se ne trae che il merito è la parte libera della discrezionalità amministrativa: una volta che la p.a. abbia rispettato le regole di legittimità che presiedono al potere esercitato, non potrà dunque esserle rimproverato di aver adottato un provvedimento (legittimo ma) inopportuno, solo perché esisteva una possibile soluzione alternativa, altrettanto legittima.

⁴ C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136.

L'unico tipo di controllo che il giudice amministrativo può svolgere sul potere discrezionale è quello di legittimità, ciò che si spiega con la riserva, in capo ai pubblici apparati, dell'esercizio della funzione amministrativa (regola che si fonda a sua volta sul principio di separazione dei poteri).

Su un piano diverso e distinto rispetto alla discrezionalità amministrativa –nonostante il nome simile- si colloca la c.d. “discrezionalità tecnica”.

A seguito di una complessa evoluzione (culminata a livello giurisprudenziale con la sentenza del Consiglio Stato 9 aprile 1999, n. 601), con tale locuzione si è arrivati ad intendere quell'attività amministrativa che consiste (non già nella comparazione tra interesse pubblico primario ed interessi secondari, cui segua una scelta tra possibili misure alternative volte alla cura dell'interesse pubblico, bensì) nel mero *esame di fatti che costituiscono i presupposti per l'adozione del provvedimento, mediante l'uso di regole tecniche (cui la norma giuridica rinvia) che appartengano a scienze diverse da quella giuridica, e che abbiano natura di scienze non esatte* -cioè non idonee, ove applicate, a fornire un'unica risposta corretta.

In ragione della natura non esatta delle discipline scientifiche in questione, il risultato prodotto dalla loro applicazione è –in misura variabile- comunque *opinabile*, indipendentemente dal fatto che sia *attendibile*, cioè indipendentemente dal fatto che tali discipline siano state applicate correttamente.

E' proprio tale opinabilità che ha condotto spesso gli studiosi e la giurisprudenza a confondere la

valutazione tecnica con la discrezionalità amministrativa: l'opinabilità comporta un'insopprimibile incertezza circa l'esito dell'apprezzamento tecnico. Ecco perché –si è sostenuto e ancora si sostiene- la valutazione tecnica avrebbe in sé qualcosa di “discrezionale” che la accomuna alla discrezionalità amministrativa. Per tale ragione la valutazione tecnica è stata spesso ritenuta riservata alla p.a: se il criterio da applicare è opinabile, ciò significa infatti che l'amministrazione deve scegliere, e deve farlo, si è argomentato, in base al parametro del pubblico interesse⁵. Da tale ricostruzione deriva anche il nome che è stato dato alle valutazioni tecniche: “discrezionalità” tecnica, locuzione ancora oggi utilizzata da dottrina e giurisprudenza, nonostante entrambe ne abbiano ampiamente riconosciuto l'improprietà.

Dottrina e giurisprudenza qualificano questo tipo di esame dei fatti -oltre che con l'espressione “discrezionalità tecnica”- con le locuzioni “valutazioni tecniche” o “apprezzamenti tecnici”.

Un esempio concreto di discrezionalità tecnica è la valutazione che la p.a. fa di un candidato ad un pubblico concorso: essa si basa sull'applicazione delle regole tecniche relative alla disciplina che viene utilizzata come criterio di selezione, ma sfocia inevitabilmente in giudizi che hanno un margine

⁵ V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 39; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 365 ss; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 410-11.

insopprimibile di soggettività. Lo stesso può dirsi per la decisione se apporre o meno un vincolo su un immobile di particolare pregio artistico.

Le fattispecie cc.dd. di discrezionalità tecnica sono caratterizzate da modalità legislative particolari: la norma che regola il potere non descrive compiutamente il fatto, ma impiega i cc.dd. “concetti giuridici indeterminati”⁶ (quali “pericolosità”,

⁶ La locuzione “concetto giuridico indeterminato” deriva dalla dottrina tedesca. Secondo l’autorevole ricostruzione di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 1-3, 96 ss., in estrema sintesi, la dottrina tedesca dei concetti giuridici indeterminati (*unbestimmter Rechtsbegriff*) riguarda quegli aspetti dell’azione amministrativa che: (a) non sono compiutamente regolati dalla legge e quindi importano un apprezzamento opinabile della p.a., tuttavia diverso dalla ponderazione di interessi (*Ermessen*) che costituisce la discrezionalità pura; (b) sono condizionati al rispetto di regole diverse da quelle giuridiche. Il fenomeno designato con la locuzione “concetti giuridici indeterminati” è in qualche misura omogeneo a quello che in Italia viene designato con la locuzione “discrezionalità tecnica”. Tuttavia, in Germania, la giurisprudenza ritiene che di regola i concetti giuridici indeterminati siano pienamente conoscibili dal giudice, in quanto idonei a condurre ad un’unica decisione “giusta”. Ciò non significa che la regola non soffra eccezioni, enucleate in via pretoria: (a) i casi in cui è praticamente impossibile ripetere la situazione in cui si è svolta la valutazione tecnica (succede ad es. nelle prove d’esame); (b) i casi in cui la valutazione è compiuta da un organo la cui composizione ha particolari caratteristiche di qualificazione tecnica, indipendenza o pluralismo; (c) i casi di decisioni pianificatorie o “di prognosi” – con quest’ultima locuzione si designano i concetti giuridici indeterminati che comportino previsioni su

“salubrità”, “particolare pregio”), che per essere concretizzati ed applicati necessitano il ricorso alle scienze non esatte del cui lessico fanno parte.

Si distingue dalla discrezionalità tecnica il c.d. “accertamento tecnico”, situazione che si verifica quando la valutazione di fatto che la p.a. è chiamata a compiere si svolge non già in base a criteri tratti da scienze inesatte, ma secondo le regole delle scienze *esatte*. Proprio in ragione dell’assenza di qualsivoglia margine di opinabilità nelle scienze impiegate, non si dubita che le fattispecie di accertamento tecnico siano sottoponibili a sindacato giudiziale pieno e sostitutivo.

Tornando alle valutazioni tecniche, la legge può disporre che a seguito di esse la pubblica amministrazione sia vincolata ad adottare un dato provvedimento. Ma una norma può anche prevedere che la p.a., dopo aver valutato i fatti in base a criteri tecnico-scientifici, rimanga libera di scegliere quale provvedimento sia più opportuno al fine di perseguire

sviluppi della situazione di fatto che non consentono soluzioni univoche (è il caso della formula “le esigenze della circolazione”), e che si ritengono riservati a organi composti da esperti in grado di formulare simili giudizi prognostici. Su tale argomento si vedano inoltre, H. EHMKE, “Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo, Napoli, 2011; G. ADAMO, *Il processo amministrativo tedesco visto da vicino*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella repubblica federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXV, Padova, 1996, 260-346.

l'interesse pubblico. Questa seconda categoria di casi è qualificata come discrezionalità *mista*, perchè la discrezionalità amministrativa si affianca, per così dire, alla discrezionalità tecnica.

Come già accennato tuttavia, a differenza della discrezionalità amministrativa, che si compone di due segmenti (giudizio e scelta), quella tecnica si esaurisce in un giudizio: a seguito di quel giudizio potrà essere esercitata una scelta -e alla discrezionalità tecnica seguirà allora la discrezionalità amministrativa- ma è solo tale scelta ad essere esercizio di potere discrezionale.

In altre parole, il segmento valutativo (discrezionalità tecnica) e quello decisorio (discrezionalità amministrativa) appaiono ontologicamente diversi e cronologicamente distinti⁷: a dispetto della confusione ingenerata dall'uso del termine "discrezionalità" per ambedue i casi, l'uno è un momento di valutazione del fatto, l'altro è ponderazione di interessi, e cioè genuino esercizio di potere amministrativo in senso stretto, cioè discrezionale.

Ciò che dottrina e giurisprudenza sono arrivate a sottolineare è infatti che, nonostante l'opinabilità dei risultati delle valutazioni tecniche, dette valutazioni non sono scelte, ma appunto *valutazioni di fatto sulla base di regole tecniche*, e non dovrebbero quindi essere confuse con la discrezionalità "pura", quella *amministrativa*, che consiste in una *scelta*.

⁷ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 1401.

E' sul trattamento giurisprudenziale delle valutazioni tecniche tuttavia che si gioca oggi la partita più importante.

Anche se la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono arrivate a distinguere chiaramente tra discrezionalità amministrativa e tecnica, per quanto riguarda il sindacato giudiziale sulla seconda il dibattito è ben lungi dall'essere concluso: si registrano infatti soluzioni variegate –e, come si vedrà, non sempre coerenti con le conclusioni raggiunte circa la natura della “discrezionalità tecnica”.

E' necessario comunque ripercorre il dibattito sulla natura delle valutazioni tecniche.

2. Il dibattito sulle valutazioni tecniche della p.a.: Cammeo e Presutti.

Occorre prendere le mosse dal pensiero di Francesco Cammeo⁸, e della sua teoria della “norma imprecisa”, dichiaratamente influenzata dalla dottrina tedesca sui

⁸ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristampa a cura di G. MIELE, Padova, 1960; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911.

concetti giuridici indeterminati (Bernatzik, Tezner, Mayer)⁹.

E' stato notato che Cammeo ha in realtà elaborato due diverse versioni della propria ricostruzione¹⁰.

L'Autore muove dalla tradizionale tripartizione dell'attività amministrativa, che può: (a) essere regolata da norme *precise*, che assumono quale presupposto dell'esercizio del potere un fatto semplice (quale l'età oppure la cittadinanza), e in tale caso si ha un'attività vincolata; oppure (b) muoversi in un ambito lasciato libero dalla norma (o regolato da una norma "*lata ed indeterminata*"¹¹), e in tali casi si tratta di discrezionalità amministrativa; oppure ancora (c) essere regolata da norme imprecise, che disciplinano fatti "complessi", suscettibili di una valutazione opinabile.

Ebbene, secondo la prima delle due versioni della teoria della norma imprecisa di Cammeo, quello che

⁹ F. CAMMEO, *La competenza*, cit., 278. Su tali dottrine vedasi D. DE PRETIS, *Valutazione*, cit.

¹⁰ E' un'osservazione di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 7 ss. Ritiene invece che le teorie del Cammeo siano riconducibili ad unità V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 490 in nota 92.

¹¹ F. CAMMEO, *La competenza*, cit., 277 secondo cui norme che usano locuzioni quali "*in caso di pubblica utilità*" o "*per ragioni di sicurezza o ordine pubblico*" in realtà "*nulla più fanno e nulla più precisano nei vari casi, di quanto faccia e precisi, in generale, la regola che impera su tutta quanta l'amministrazione, di ben amministrare*".

oggi va sotto il nome di discrezionalità tecnica si spiega con l'esistenza delle "norme imprecise".

Per norma imprecisa deve intendersi quella che prende in considerazione fatti "complessi", e per fatti complessi devono intendersi quelli il cui accertamento importi margini di soggettività. E' il caso delle norme che impieghino concetti quali l'"urgenza" di provvedere, la "pericolosità" di un edificio per l'incolumità pubblica, o la sua "insalubrità" dal punto di vista della pubblica igiene.

Tuttavia, l'accertamento, per quanto soggettivo, è pur sempre una valutazione di fatto sulla base delle indicazioni dettate dalla norma. E' insomma pur sempre applicazione della norma stessa, e non atto di volontà, creativo di un nuovo precetto. La norma imprecisa quindi, è tale solo apparentemente: può, per così dire, *diventare precisa* mediante l'utilizzo dei criteri tecnici in essa richiamati. Si tratta però di un'attività puramente intellettuale/applicativa, e non volitiva/creativa. Ecco perché la discrezionalità tecnica è cosa diversa dalla discrezionalità amministrativa, ed è invece equiparabile alle attività vincolate: perchè la norma che nasce imprecisa è suscettibile di diventare precisa mediante l'attuazione del precetto normativo. Ed ecco perché la discrezionalità tecnica è pienamente sindacabile dal giudice sotto il profilo della violazione di legge¹².

¹² F. CAMMEO, *La competenza*, cit., 278: "se è una questione di violazione di legge l'accertare l'esistenza di un fatto semplice, come l'età, il termine, la cittadinanza, e l'apprezzare la misura in cui il fatto semplice, in una data

Nella *seconda* versione della teoria della norma imprecisa, Cammeo non contrappone più *fatti semplici a fatti complessi*, ma *fatti semplici a fatti che costituiscono ipotesi di discrezionalità tecnica*.

I “fatti semplici” sono quelli accertabili senza coinvolgere valutazioni circa il pubblico interesse, mentre i “fatti che costituiscono discrezionalità tecnica” sono quelli “*a) valutabili secondo criteri tecnici; b) in relazione all’interesse specifico della pubblica amministrazione*”¹³.

Il precipitato pratico di questa seconda configurazione delle discrezionalità tecnica, evidentemente frammista alla discrezionalità amministrativa, è, del tutto coerentemente, il contrario della soluzione preposta con la prima teoria: l’insindacabilità¹⁴. E’ da rilevare che secondo Marzuoli¹⁵, nella seconda versione della tesi del Cammeo è ravvisabile un ulteriore (implicito) significato: la discrezionalità tecnica sarebbe l’oggetto di *un potere riservato alla pubblica amministrazione, quello di valutazione del fatto*.

specie, risponde al concetto di legge, non deve arrivare a conclusioni diverse ove si tratti di fatti complessi, da poiché abbiamo dimostrato non esservi tra i due casi differenza di sostanza (...) se vi è violazione di legge quando una giunta comunale si sostituisce al consiglio deliberando su questioni sorte prima dell’ultima sessione ordinaria, e in quella sessione non portate in consiglio, il che è indubbiamente un fatto semplice (...), vi è violazione di legge se essa giunta delibera su materie non urgenti.”

¹³ F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 774.

¹⁴ F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 744, nonché Corso, 197 ss.

¹⁵ C. MARZUOLI, cit., 17-18.

Sulla conclusione dell'insindacabilità devono però farsi due osservazioni.

Da un lato, Cammeo la configura come un'eccezione, il che evidenzia come, anche in questa seconda versione della sua ricostruzione, l'Autore ritenga la discrezionalità tecnica come qualcosa di diverso dalla discrezionalità amministrativa (*“Siamo in un campo (quello della discrezionalità tecnica) alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Siamo anche però in un campo diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre, nel caso qui ricordato la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri”*¹⁶).

Dall'altro, l'insindacabilità appare più che altro una “presa d'atto” di quello che era lo stato della giurisprudenza nel periodo storico che l'Autore si trovava ad osservare.

E infatti, Cammeo nota che l'insindacabilità della discrezionalità tecnica non è desumibile da nessuna disposizione o principio dell'ordinamento, ivi incluso l'art. 5, l.a.c., che esclude il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, ma non sulla discrezionalità tecnica, *“la quale presuppone l'esistenza di norme giuridiche, sebbene meno precise”*. Anzi: il sindacato sulla discrezionalità tecnica è in via di principio ammissibile in quanto

¹⁶ F. CAMMEO, *Corso*, cit., 195.

“largamente esercitato” in materia civile e penale: “la compatibilità di esso con il sistema giurisdizionale e la eccezionalità del principio opposto sono nozioni così radicate nella nostra giurisprudenza, che le stesse questioni di discrezionalità tecnica non appena si presentino in controversie nelle quali l’amministrazione non sia interessata (...) sono senz’altro vagliate”¹⁷.

Le ragioni dell’insindacabilità della discrezionalità tecnica sono dunque, per Cammeo, ragioni contingenti e di opportunità, che non dipendono da caratteristiche intrinseche del fenomeno, e si riassumono in sostanza nella mancanza di strumenti per un idoneo controllo giurisdizionale, a causa dell’incapacità di giudici *“tecnicamente incompetenti ed irresponsabili”*. Per questo la p.a. viene lasciata arbitra *“di applicare le norme stesse contando sulla sua capacità e responsabilità”*. Cammeo non manca di notare che *“se si trova un giudice speciale idoneo, è sempre facile trasformare in attività vincolata quella dove ci sono norme tecniche che l’altra [cioè l’attività discrezionale “pura”, n.d.r.] non ha”*.

E’ influenzato dalla dottrina tedesca anche il lavoro del Presutti¹⁸, il quale, come Cammeo, definisce la discrezionalità tecnica in opposizione alla discrezionalità amministrativa, sulla base della presenza o meno di una norma regolatrice del potere.

¹⁷ F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 784.

¹⁸ E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 4, 16; ID., *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911.

A differenza di Cammeo però, Presutti non ritiene che la discrezionalità tecnica sia una valutazione, operata sulla base di criteri tecnici, che tenga conto dell'interesse pubblico. Se così fosse, argomenta l'Autore, sarebbe impossibile distinguere la discrezionalità tecnica da quella amministrativa.

La discrezionalità tecnica è invece il giudizio opinabile relativo alla misura e intensità con cui un determinato attributo ricorre in un determinato fatto.

Più precisamente, la discrezionalità tecnica sussisterebbe laddove le norme giuridiche prevedano la produzione di effetti in presenza di fatti che possono presentarsi *“in misura infinitamente varia”*, cioè maggiore o minore.

In altre parole, quando nel *“lavorio logico di applicazione della norma al fatto (...) si tratta di determinare se il carattere, l'attributo, la qualità sussistono in grado tale da far sorgere l'effetto giuridico, mentre la norma tace circa la misura in cui debbono presentarsi perché l'effetto giuridico si abbia”*¹⁹, ebbene in tali casi la determinazione della misura sarebbe riservata alla p.a.

Per Presutti dunque, il fatto oggetto della valutazione tecnica non è anche oggetto di valutazioni di interesse pubblico, a differenza di quanto argomentava Cammeo.

¹⁹ E. PRESUTTI, *Discrezionalità*, cit., 47.

Ma anche per Presutti, come per Cammeo, la valutazione tecnica è insindacabile. E, come per Cammeo, per ragioni non ontologiche, ma contingenti.

Presutti ritiene infatti che la discrezionalità tecnica, così come il corollario processuale (allora dominante) dell'insindacabilità, sia *“un istituto contingente, storico, un residuo non ancora eliminato, ma che tende a restringersi sempre di più, di un ordinamento giuridico di altri tempi”*²⁰. E che tale incontrollabilità si spieghi (a) con l'assenza di una norma che conferisca al giudice la possibilità di sindacare tale tipo di valutazioni²¹; nonché (b) con la posizione di preminenza della p.a. negli ordinamenti dell'Europa continentale, *“onde non pare assurdo che l'autorità amministrativa determini essa insindacabilmente nei casi singoli se una qualità, un attributo, un carattere, cui una norma riconnette il sorgere di un dato effetto giuridico si presenti in grado tale da fare sorgere realmente quell'effetto”*²².

Va notato che Presutti usa il termine “discrezionale” come sinonimo di “non sindacabile”²³. Non deve quindi stupire l'uso del termine “discrezionale” con riguardo alla discrezionalità tecnica, concetto che tuttavia lo stesso Autore ha depurato da qualsiasi riferimento all'interesse pubblico.

²⁰ Cfr. E. PRESUTTI, *I limiti*, 16-17, 62. Si tratta di un giudizio severo, eppure nel medesimo lavoro il Presutti afferma che *“è assai dubbia l'utilità di eliminare l'istituto della discrezionalità tecnica”* (p. 187).

²¹ E. PRESUTTI, cit., 52.

²² E. PRESUTTI, cit., 51.

²³ E. PRESUTTI, cit., 11.

Secondo Marzuoli²⁴, proprio la circostanza che Presutti qualifichi come insindacabile ciò che non implica valutazioni di interesse pubblico proverebbe che tale Autore configura un potere, riservato alla p.a., di valutazione del fatto.

In questo senso, Presutti non farebbe che esplicitare quanto già adombrato da Cammeo. Entrambi gli autori quindi, secondo Marzuoli, sarebbero sostenitori di una riserva di competenza, fondata “*sul tipo di fatto da accertare, che è tale da non essere suscettibile di apprezzamento univoco*”²⁵. E ciò perché la p.a. conosce meglio i fatti che si trova a dover valutare da vicino; essa sentirebbe la responsabilità del servizio (a differenza del giudice irresponsabile), oltre ad essere un soggetto imparziale.

Come si è già accennato, tanto Cammeo quanto Presutti avevano ben in mente le dottrine tedesche, ciò che trapela dal punto di vista che entrambi adottano: l’analisi della norma attributiva del potere. Dall’esistenza o meno di un parametro normativo, e dalle sue caratteristiche di imprecisione o meno, entrambi muovono per distinguere l’attività discrezionale pura da quella tecnica o vincolata.

Non solo: un’ulteriore profilo di vicinanza con la dottrina tedesca è il rilievo dato alla “tecnicità” nell’attività di precisazione della norma (originariamente) imprecisa.

²⁴ C. MARZUOLI, cit., 20-21.

²⁵ C. MARZUOLI, cit., 22.

Tuttavia, in Cammeo e Presutti il rilievo della tecnica non ha lo stesso significato che avrà nei successivi sviluppi della dottrina italiana²⁶.

Infatti, se nella dottrina successiva il rinvio alla regola tecnica è inteso come rinvio e regole scientifiche diverse da quelle che la p.a. normalmente adotta per le valutazioni che le sono proprie, nei due autori esaminati il rinvio è inteso come rinvio a “*criteri di tecnica amministrativa*” o di “*buona politica amministrativa*”. Ecco allora che anche la precisazione di una norma tecnica si risolve nel perseguimento dell’obbligo di “*ben amministrare*”.

E tuttavia, come è stato autorevolmente notato, se le ricostruzioni di Cammeo e Presutti sono coerenti con le impostazioni germaniche dal punto di vista della definizione della discrezionalità tecnica, se ne discostano quanto ai precipitati processuali. Invero “*il riferimento alla norma regolatrice e l’idea di tecnica come rinvio a particolari criteri ermeneutici o a regole di tecnica amministrativa*”²⁷ avrebbe dovuto condurre, come nell’esperienza tedesca ad una piena sindacabilità sotto il profilo della legittimità, in quanto l’attività di applicazione della norma imprecisa è un’attività interpretativa della legge, per sua natura rimessa al giudice.

²⁶ D. DE PRETIS, cit., 136 ss.

²⁷ D. DE PRETIS, cit., 142.

Invece, la conclusione dei due autori (l'insindacabilità della discrezionalità tecnica) contraddice le premesse dogmatiche²⁸.

3. L'assimilazione della discrezionalità tecnica a quella amministrativa.

L'impostazione di Ranelletti segna una cesura rispetto alle tesi di Cammeo e Presutti, in quanto determina il passaggio “*dalla norma imprecisa alla discrezionalità*”²⁹: abbandonato il punto di vista della teoria tedesca dei concetti giuridici indeterminati, autori come Ranelletti e Raselli hanno cercato di dare un fondamento alla conclusione di Cammeo e Presutti circa l'insindacabilità delle valutazioni tecniche (conclusione, come s'è visto, non del tutto coerente con le loro premesse circa la natura di tali valutazioni).

Si è arrivati allora ad affermare che la discrezionalità tecnica non è cosa diversa dalla discrezionalità amministrativa. Secondo Ranelletti infatti, “*la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre*

²⁸ D. DE PRETIS, cit., 131 ss.

²⁹ D. DE PRETIS, cit., 149 ss. Nello stesso senso C. MARZUOLI, cit., 24 ss, e L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica”³⁰.

L’Autore ritiene che la discrezionalità amministrativa esista non solo quando il legislatore lascia alla p.a. la possibilità di determinarsi mediante la valutazione di interessi pubblici, ma anche quando l’agire della pubblica amministrazione sia dalla norma legato al “*concorso di elementi o condizioni di cui l’esistenza si può accertare mediante un apprezzamento subiettivo di esigenze di interessi collettivi*”³¹. E, precisa Ranelletti, “*l’apprezzamento delle esigenze degli interessi collettivi è necessario tanto per accertare puramente e semplicemente l’esistenza o meno di questi elementi quanto per accertare il grado, in cui essi esistono, sia o no un certo loro grado richiesto dalla norma giuridica per il compimento dell’azione amministrativa*”³².

E’ evidente come in tale impostazione la discrezionalità tecnica si risolve in discrezionalità amministrativa. Il corollario necessario dell’assimilazione dei due concetti è l’insindacabilità della valutazione tecnica.

E tuttavia, in Cammeo e Presutti l’insindacabilità era più che altro una constatazione dello stato della giurisprudenza, spiegato con ragioni contingenti e non legate alla struttura della discrezionalità tecnica. Per tali autori la discrezionalità tecnica era insindacabile

³⁰ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 365 ss.

³¹ O. RANELLETTI, *Principi*, cit., 365-366.

³² O. RANELLETTI, *Principi*, cit., 365-367.

per ragioni sostanzialmente diverse dalla presenza di una ponderazione del pubblico interesse.

Invece, nell'impostazione di Ranelletti, la discrezionalità tecnica è insindacabile proprio per la presenza di una ponderazione di pubblici interessi, ponderazione che è presente tanto nella valutazione tecnica quanto nella discrezionalità amministrativa.

Non è dissimile, nella sostanza, la posizione di Raselli³³, il quale ricomprende le valutazioni tecniche nella discrezionalità amministrativa, con argomentazioni accostabili a quelle di Ranelletti: *“l'esercizio di una determinata facoltà, se è concesso tutte le volte che ricorrano quelle circostanze in un grado qualsiasi, è però opportuno solo quando esse raggiungano un certo grado (...) l'esame di questo secondo punto non si diversifica in niente dalla discrezionalità pura e perciò è sottratta al pari di questa al giudice della legalità. (...) se per es. l'espropriazione per pubblica utilità può essere promossa tutte le volte che ricorra una pubblica utilità, essa sarà però opportuna solo quando il vantaggio conseguito raggiungerà un grado tale da compensare il sacrificio che importa l'espropriazione. (...) Infatti, anche nel caso della così detta discrezionalità tecnica, l'opportunità dell'azione amministrativa dipende, oltretutto dal grado delle circostanze richieste dalla norma per concedere la*

³³ A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.

facoltà, anche da molteplici altri elementi di interesse pubblico variabile”³⁴.

Come si vede, la dottrina del Raselli è fraseggiata in modo da rendere particolarmente evidente quella commistione tra opinabilità (“*grado delle circostanze richieste dalla norma*”) e opportunità (valutazione dell’interesse pubblico) che tanto caratterizzerà il dibattito dottrinale e le elaborazioni pretorie successive.

4. La ricostruzione di Massimo Severo Giannini .

Una svolta fondamentale al dibattito viene impressa da Massimo Severo Giannini, il quale ha elaborato una definizione di “discrezionalità amministrativa” che ancora oggi possiamo dire generalmente accettata.

Secondo Giannini, per “discrezionalità amministrativa” deve intendersi “*una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l’autorità ritiene abbia nella fattispecie. Se essi hanno valore zero o quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri, esso solo sarà*

³⁴ A. RASELLI, cit., 54-55, evidenziazioni aggiunte.

*soddisfatto; ma in genere si ha un temperamento dei singoli interessi*³⁵.

Da tale prospettazione l'Autore muove per distinguere la discrezionalità amministrativa da quella tecnica, che secondo l'Autore è riconducibile alle ipotesi in cui *“il testo normativo (...) non attribuisce potestà discrezionali, e quindi esclude che l'autorità compia valutazioni di opportunità”*, attribuendo invece ad essa *“il compito di addivenire a dei giudizi a contenuto scientifico (...) una sostanza o è tossica o non lo è; può accadere che sia più o meno tossica ma non può accadere che sia opportuno o inopportuno considerarla tossica (...) si potrebbe osservare che tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto. Gli è però che la locuzione è totalmente*

³⁵ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74, ora in ID., *Scritti*, vol. I, Milano, 2000.

Una concezione diversa è proposta da C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1972, 997. Secondo tale Autore, la discrezionalità amministrativa è il potere, conferito all'autorità, di scegliere applicando criteri non giuridici di buona amministrazione. Ma –ciò che più rileva– tali regole sono tali da consentire di individuare la scelta in concreto migliore, sicché esse sono applicabili anche dal giudice per verificare se quanto deciso dalla p.a. sia effettivamente corretto rispetto al caso di specie. Quindi persino l'insindacabilità della discrezionalità pura, secondo Mortati, è una mera scelta del legislatore, ma non è legata all'essenza del potere discrezionale.

entrata nell'uso comune". La discrezionalità amministrativa *"si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale"*³⁶.

Giannini delinea la distinzione che ancora oggi viene seguita: da una parte la valutazione comparativa di pubblici interessi, che porta ad una *scelta*, che si esprime con il provvedimento (discrezionalità amministrativa) e dall'altra un semplice giudizio, la valutazione, scevra da considerazioni di opportunità, di un fatto alla stregua di una regola tecnica (discrezionalità tecnica).

Da Giannini in poi, la dottrina tenderà di frequente a rimarcare la diversità strutturale tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa³⁷.

Ma detta distinzione non impediva allo stesso Giannini di ritenere che le valutazioni tecniche fossero comunque *"giudizi 'riservati', in ordine ai quali cioè la norma delineerebbe una competenza esclusiva di organi amministrativi, tale da escludere anche il sindacato del giudice"*³⁸.

La teoria di Giannini comporterà due mutamenti di rilievo nel dibattito: da un lato, separata la

³⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 54-56.

³⁷ D. DE PRETIS, cit., 171.

³⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit. II, 57.

discrezionalità amministrativa da quella tecnica, l'attenzione degli studiosi si concentrerà proprio sull'elemento della tecnicità.

Dall'altro, il *focus* degli studi successivi a Giannini andrà sempre più spostandosi dai problemi definitivi alle tipologie di sindacato applicabili alla discrezionalità tecnica.

Quanto al primo fenomeno, negli studi di Cammeo e Presutti il concetto di tecnica era legato all'indeterminatezza (l'"imprecisione") del linguaggio impiegato dalla norma. Quindi le regole "tecniche" non erano solo quelle che richiamavano le scienze, ma anche quelle che richiamavano la "tecnica" nel senso di tecnica giuridica, nonché le norme imprecise che usavano termini del linguaggio comune³⁹.

Non sorprende allora che alcuni degli esempi portati da questi Autori, oggi -a seguito delle chiarificazioni di Giannini- verrebbero ricondotti alla discrezionalità amministrativa (è il caso dei presupposti di "urgenza").

E' "tecnico" in questo senso, tutto ciò che non comporta valutazione di interessi. Ma non necessariamente "tecnico" equivale a scientifico.

Ben diversa è la concezione di "tecnica" nella dottrina successiva, dal Giannini in poi: per "tecnica" si intende quella valutazione che comporta l'applicazione di regole scientifiche. Per usare le stesse parole di Giannini: "*nell'apprezzamento*

³⁹ E. PRESUTTI, *Discrezionalità*, cit., 174.

proprio della discrezionalità tecnica, i criteri al lume dei quali si scelgono gli strumenti sono criteri scientifici, donde l'univocità della soluzione. Nell'apprezzamento proprio invece dalla discrezionalità, tali criteri sono dati dal gioco dei differenti pubblici interessi”⁴⁰.

Gli stessi esempi di discrezionalità tecnica portati dalla dottrina passano dall'applicazione di regole non scientifiche (urgenza, sufficienza) a casi in cui si applicano evidentemente discipline scientifiche (si pensi al concetto di sostanza tossica).

Quanto al sindacato, è' da notare che non solo Giannini, ma anche gli altri autori che hanno distinto chiaramente le valutazioni tecniche dal genuino potere amministrativo discrezionale non hanno rinunciato all'idea che dette valutazioni fossero inaccessibili al giudice amministrativo.

E' comunque perdurata in dottrina la tendenza a proporre una “commistione” tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, concludendo quindi per l'insindacabilità giurisdizionale della seconda.

Si tratta, volendo sintetizzare, di due filoni⁴¹:

(a) da un lato, l'orientamento di coloro che, pur distinguendo chiaramente tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa -poiché solo la seconda

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Il potere*, cit., 72.

⁴¹ Il raggruppamento delle tesi è di D. DE PRETIS, cit., 160 ss. Un'analisi dettagliata, e diversamente impostata, si legge in C. MARZUOLI, cit., 30 ss.

implicherebbe ponderazione del pubblico interesse-, ritengono tuttavia che la valutazione tecnica sia insindacabile perché in qualche modo “connessa” con detto interesse. Fanno parte di questo gruppo di teorie le ricostruzioni di Alessi⁴², secondo cui, ove la valutazione tecnica si colleghi all’esercizio di un potere discrezionale “puro”, essa è, come questo, insindacabile. A parere di Bachelet⁴³ invece, la valutazione tecnica non è priva di margini di incertezza, e tale incertezza si risolve ricorrendo all’interesse pubblico. Nella ricostruzione di Daniele⁴⁴, la valutazione (tecnica) del fatto è senz’altro riservata alla p.a. per ragioni di pubblico interesse;

(b) dall’altro, l’orientamento che, sulla scorta del Ranalletti, ritiene la discrezionalità tecnica come insindacabile in quanto riconducibile al merito⁴⁵. Ben rappresentative di questo orientamento sono le posizioni di Sandulli e Virga⁴⁶.

⁴² R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978.

⁴³ V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 37 ss.

⁴⁴ N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, vol. III, 300 ss.

⁴⁵ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 575 ss; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 102 ss; A. ORSI BATTAGLINI, *La determinazione del prezzo di riscatto delle case popolari*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1968, II, 223.

⁴⁶ P. VIRGA, *Appunti*, cit: “le valutazioni sia tecniche sia di mera opportunità amministrativa che riflettono la idoneità del

Alla base di questo secondo orientamento c'è l'assunto secondo cui, benché la discrezionalità *amministrativa* e quella *tecnica* si differenzino per l'oggetto su cui vertono (*interessi* nell'un caso; *fatti* nell'altro), esse sarebbero comunque accomunate dal consistere in *scelte* compiute sulla base di *regole non giuridiche ed opinabili* (regole di *opportunità* nel caso della discrezionalità amministrativa; regole *tecniche*, ma pur sempre opinabili, nel caso della discrezionalità tecnica).

La riserva alla pubblica amministrazione si spiegherebbe allora: (i) perché si tratterebbe, tanto nei casi di discrezionalità amministrativa quanto in quelli di discrezionalità tecnica, di una *scelta* (atteso che l'applicazione di scienze non esatte produce sempre risultati *opinabili*); (ii) perché in entrambi i casi il parametro è costituito da regole *non giuridiche*, che sarebbero riconducibili al merito, in quanto nel merito rientrerebbe “*ogni aspetto dell'attività amministrativa nel quale sia lasciata all'autorità una possibilità di valutazione non alla stregua di norme giuridiche (non importa se governata o non da altre norme prefissate). Vi rientra dunque (...) tutto ciò che cade esclusivamente sotto regole tecniche e altre regole di buona amministrazione*”⁴⁷.

mezzo per raggiungere il fine voluto e la entità della misura da adottare sono sottratte al sindacato di legittimità non già perché implicano apprezzamenti tecnici, ma esclusivamente perché rientrano nella determinazione di merito dell'autorità amministrativa”.

⁴⁷ A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit.

5. *La dottrina successiva a Giannini.*

Passando ad una rassegna delle posizioni successive a quelle di Giannini, viene in rilievo lo studio di De Valles⁴⁸, il quale critica la ricostruzione di Cammeo secondo cui la norma tecnica, cui la norma giuridica rinvia, deve considerarsi “giuridicizzata” in ragione di detto rinvio. La norma tecnica, secondo De Valles, non sarebbe una norma giuridica. Tale conclusione si basa su una concezione “imperativistica” delle norme, tale per cui è giuridica solo quella disposizione che sia intelligibile per i destinatari. La norma tecnica invece, è rivolta non alla generalità dei consociati ma agli organi della p.a., e sarebbe quindi da assimilare alle istruzioni e alle circolari. Il portato di questa concezione è che il giudice dovrebbe considerare la norma tecnica come un mero fatto che costituisce premessa del giudizio giuridico, e che quindi “*non può mai formare oggetto di un giudizio di pura legittimità*”⁴⁹.

Forse il primo tra gli Autori a rimarcare l’importanza della tecnica nella vita del diritto, è Vittorio Bachelet, il quale nega che si possa distinguere tra: (a) casi (“semplici”) in cui l’applicazione di regole scientifiche sarebbe idonea a produrre risultati certi, talché non vi sarebbe spazio per alcuna valutazione discrezionale e (b) casi (“complessi”) in cui la

⁴⁸ A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, III, 183 ss.

⁴⁹ A. DE VALLES, *cit.*, 184.

certezza non è possibile, talché la scelta tra più soluzioni opinabili sarebbe comunque frutto di scelta discrezionale.

Qualora la p.a. si trovi di fronte a valutazioni tecniche il cui risultato sia opinabile, essa sceglie, sostiene l'Autore, in base al pubblico interesse e non a regole tecniche: ecco allora che -per Bachelet, come già per Ranelletti- la "discrezionalità tecnica" si risolve nella discrezionalità amministrativa. Per cui dovrebbe parlarsi di discrezionalità tecnico-amministrativa.

Ove invece la valutazione tecnica sia tale da consentire risultati univoci, dovrebbe parlarsi (non di discrezionalità bensì) di "apprezzamento tecnico", pienamente ripetibile dal giudice⁵⁰. Bachelet ritiene dunque che *"tutto il problema della discrezionalità tecnica è uno pseudo-problema, e che in realtà la discrezionalità tecnica non esiste, ma esistono solo accertamenti, apprezzamenti e giudizi tecnici che"*

⁵⁰ Bachelet fornisce (V. BACHELET, cit., 85 ss) una classificazione delle ipotesi in cui le norme tecniche assumono rilevanza giuridica. Ciò si verificherebbe quando: 1) esse vengano richiamate in norme di deontologia professionale; 2) la norma giuridica rinvii a quella tecnica, stabilendone l'ambito di applicazione; 3) il rinvio avvenga soltanto *"implicitamente attraverso l'attribuzione di competenza ad organi tecnici"*; 4) gli usi stessi, pur non assumendo efficacia vincolante, rappresentino il parametro *"di quella 'perizia' la cui mancanza integra l'elemento della colpa nel caso di danno arrecato ad altri"*; 5) la norma giuridica non si limiti a rinviare alla norma tecnica ma la recepisca conferendole valore formale di norma giuridica e chiamandola *"a far parte, come norma imperativa, dell'ordinamento"*

*possono essere riferiti tanto ad atti discrezionali, quanto ad atti vincolati*⁵¹.

Su una linea diversa si pone invece Capaccioli, il quale distingue nettamente tra valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa (*“il criterio tecnico non ha a che vedere, mai, con la scelta più adatta per soddisfare l’interesse pubblico (...). A tal punto che, se del caso, si può prendere una buona determinazione amministrativa anche contro i consigli della tecnica: ad esempio, scegliere il tracciato di una strada sconsigliato dalla tecnica, per l’utilità della frazione di un comune”*⁵²).

L’Autore ritiene dunque che *“una valutazione non è mai, congiuntamente e contestualmente, un misto di discrezionalità e di tecnica”*, talché *“a costo di cadere nell’assolutezza, che è sempre astratta, giova dire nettamente che la “discrezionalità tecnica” non esiste”*⁵³.

Tuttavia, proprio con questo Autore si affaccia la nozione di competenza esclusiva della p.a. circa il potere di valutazione non discrezionale. Dove c’è valutazione tecnica *“v’è esclusività della competenza amministrativa; non discrezionalità”*⁵⁴.

⁵¹ V. BACHELET, cit., 41.

⁵² E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 286-87.

⁵³ E. CAPACCIOLI, cit., 286.

⁵⁴ E. CAPACCIOLI, cit., 288.

Infine Vacirca⁵⁵ imposta il problema parlando di “norme imprecise che necessitano di completamento mediante l’utilizzo di regole prive di valore oggettivo” (quali le regole tratte dalle scienze non esatte, o l’”opinione sociale media”). L’Autore osserva che si tratta di norme che non si rinvergono solo nell’ambito del diritto amministrativo, ma anche tra le norme costituzionali e ordinarie, civili e penali.

Quanto alle norme costituzionali e ordinarie di tipo penale, l’Autore osserva che l’art. 21, u.c. Cost., nel vietare le pubblicazioni contrarie al buon costume, può essere interpretato come un rinvio alla legge del potere di determinare le sanzioni, ma non la qualificazione del concetto di “buon costume”, che è senz’altro posta dalla norma costituzionale. Di conseguenza, non si può nemmeno ritenere che il legislatore possa rinviare la determinazione di tale concetto alla p.a., atteso che il legislatore non può creare in favore dell’amministrazione uno spazio di discrezionalità che non ha, né può violare il principio di legalità in materia penale.

Il ragionamento vale anche per le norme privatistiche: *“l’uso di concetti elastici non esclude l’intenzione del legislatore di dettare una disciplina compiuta del rapporto o comunque una disciplina attuabile in sede giurisdizionale”*⁵⁶.

⁵⁵ G. VACIRGA, *Riflessioni sul concetto di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1584 ss.

⁵⁶ G. VACIRCA, cit., 1595.

Non può dunque ritenersi che la difficoltà di interpretare o completare una norma imprecisa implichi senz'altro l'esistenza di un potere discrezionale all'amministrazione.

Ciò può accadere, ma non è una regola generale: potrebbe invece darsi che l'intenzione del legislatore che promulga norme imprecise che rinviino a regole non oggettive sia proprio quello di dotarle di *“efficacia rigidamente vincolante per l'amministrazione”*⁵⁷. E ciò può verificarsi sia quando le norme imprecise disciplinino in modo completo un'attività amministrativa, sia quando esse si limitino a fissare presupposti per l'esercizio dei poteri discrezionali.

Nei casi in cui la norma imprecisa rinviante a regole non oggettive sia interpretabile come volontà di vincolare la pubblica amministrazione, si deve quindi ritenere che al giudice spetti di interpretare e completare tale norma.⁵⁸

Ciò in ragione di diversi indici normativi: innanzitutto l'art. 101 Cost., che contiene il principio secondo cui i giudici devono *“ricevere soltanto dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio. Ciò significa che, quando sia necessaria una integrazione dall'esterno delle norme, ossia l'impiego di elementi esterni al sistema normativo, soltanto il giudice competente è abilitato dall'ordinamento a rilevare quegli elementi e ad esprimere in modo definitivo la regola di condotta formulata in modo*

⁵⁷ G. VACIRCA, cit., 1598.

⁵⁸ G. VACIRCA, cit., 1598.

incompleto nella norma. In questo diretto ed esclusivo rapporto tra legge e giudice sembra consistere il principio positivo della “risoluzione dell’ordinamento in giurisdizione””⁵⁹.

Inoltre, il principio di effettività della tutela giurisdizionale impone che l’*“attuazione del diritto sostanziale con riguardo ad una situazione giuridica soggettiva debba tradursi in attuazione di tutte le norme che, direttamente o indirettamente, disciplinano la situazione stessa”*; ivi incluse quindi le norme che prescrivono alla p.a. di operare valutazioni tecniche.

La ricostruzione di Vacirca dunque non pone ostacoli ad un sindacato pieno e anche sostitutivo del g.a. sulle valutazioni tecniche⁶⁰.

Ottaviano⁶¹ non dubita della distinzione ontologica tra discrezionalità tecnica e amministrativa. La sua analisi

⁵⁹ G. VACIRCA, cit., 1596. Sul punto l’Autore cita le pronunce della Consulta 40/1964 (*“Il principio dell’indipendenza del giudice, enunciato nel secondo comma dell’art. 101 della Costituzione (...) esprime l’esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun’altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto. Sarebbe perciò certamente illegittima una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice a una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, per caso singolo, in veste autoritativa da un organo non giurisdizionale”*) e 70/1961.

⁶⁰ Così R. VILLATA-M. RAMAJOLI, cit., 115, nota 191.

⁶¹ V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici*

muove dal concetto di “direttiva”: i casi in cui si discute di discrezionalità tecnica possono essere qualificati come casi in cui la legge dispone direttive volte a circoscrivere il potere amministrativo di stabilire la regolamentazione del caso concreto.

La previsione di direttive implicherebbe un divieto per il giudice di sostituirsi all’amministrazione. Ciò perché nei casi implicanti “accertamenti complessi”, secondo la terminologia usata dall’Autore, la p.a. non è privata del potere di scegliere: sceglierà tenendo conto delle indicazioni che vengono dalle acquisizioni tecniche.

Non è detto che la scelta debba risolversi in una ponderazione di interessi -la p.a. potrebbe determinarsi in base a criteri puramente tecnici- ma il giudice non può comunque ripetere le valutazioni dell’organo competente, anche perché ciò violerebbe le norme che stabiliscono la composizione degli organi tecnici e regolano l’*iter* del procedimento.

Ciò non significa, osserva Ottaviano, che si tratti di attività riservata all’amministrazione, “*non potendo sussistere una sfera siffatta che sarebbe sottratta all’osservanza del diritto*”⁶². Significa però che il giudice amministrativo non può spingersi al di là di un sindacato estrinseco sulle valutazioni tecniche: “*Del resto la legge indica sovente anche i criteri secondo cui il potere discrezionale deve venire esercitato, e non perciò il giudice amministrativo di legittimità può*

dell’amministrazione, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 405 ss.

⁶² V. OTTAVIANO, cit., 430.

sostituirsi all'amministrazione procedendo direttamente a stabilire il comportamento da adottare in base ad essi, sol perché stabiliti per legge"⁶³.

Ove infatti la legge attribuisca alla p.a. il potere di provvedere in concreto, anche se sulla scorta di criteri (tecnici) da essa indicati, la norma va letta anche come contestuale attribuzione del "*potere di stabilire la regolamentazione della fattispecie concreta*"⁶⁴.

Tali conclusioni sarebbero rinforzata anche dalla circostanza che i casi di giurisdizione estesa al merito riguardino perlopiù casi di valutazioni tecniche (ciò che confermerebbe l'inammissibilità di un sindacato esteso a dette valutazioni in sede di legittimità); nonché dall'impossibilità per il g.a. di disporre consulenze tecniche.

Né devono ritenersi lesi il principio di effettività della tutela giurisdizionale, o l'art. 113 laddove vieta di limitare la tutela a particolari mezzi di impugnazione; atteso che il Costituente ha voluto semplicemente "*assicurare la tutela dei diritti e degli interessi così come normalmente essa si svolgeva, e non rendere generale la giurisdizione di merito*"⁶⁵.

Ottaviano dubita quindi che esigenze di giustizia giustificano la sovrapposizione di ruoli tra p.a. e giudice, con l'affidamento della decisione ad organi irresponsabili.

⁶³ V. OTTAVIANO, cit., 433.

⁶⁴ V. OTTAVIANO, cit., 433.

⁶⁵ V. OTTAVIANO, cit., 440.

Una migliore tutela delle istanze dei privati si dovrebbe invece perseguire consentendo che, ove il privato voglia caldeggiare l'adozione di una soluzione tecnica anziché l'altra, possa farlo non di fronte al giudice ma nel procedimento.

Secondo Cerulli Irelli⁶⁶, con la nozione di “discrezionalità tecnica” si designano quelle norme imprecise che però non attribuiscono alla p.a. un potere discrezionale, bensì un potere di mera attuazione del precetto, mediante attività “più complesse che in altri casi”, ma pur sempre di mera attuazione⁶⁷.

Tali norme attribuiscono un potere di scelta nel *quando*, ma non nell'*an* (perché disciplinano attività necessarie) né nel *quomodo*.

Le norme che vengono in rilievo quando si parla di “discrezionalità tecnica” non conferiscono dunque alla p.a. un potere di valutazione degli interessi, ma solo il compito di accertare “*con tutti i mezzi a sua disposizione e con la migliore diligenza, in riferimento alla conoscenze concorrenti, la rispondenza nella realtà, dei fatti (...) fissati dalla legge*”⁶⁸.

In altre parole, le fattispecie di discrezionalità tecnica sono sì recate da norme imprecise, ma gli elementi imprecisi in esse contenuti -“imprecisi” perché si

⁶⁶ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 463.

⁶⁷ V. CERULLI IRELLI, *cit.*, 476.

⁶⁸ V. CERULLI IRELLI, *cit.*, 477.

riferiscono a fatti ad accertamento complesso- sono “fissi”: cioè non conferiscono alcun potere genuinamente discrezionale.

La nozione di “discrezionalità tecnica” quindi, secondo l’Autore, *“non è stata altro che un espediente per comprimere la conoscibilità dell’azione amministrativa (e segnatamente dell’azione amministrativa che si estrinseca in una mera attuazione della legge) in sede di sindacato di legittimità”*⁶⁹ Inoltre, tale nozione *“non è mai stata teorizzata dalla dottrina in maniera soddisfacente e consapevole, ma a ben vedere, anche negli autori più illustri, si trova quasi solo accennata, come nascosta nelle pieghe del discorso, come un dato del quale occorre bensì in qualche modo prendere atto”*⁷⁰.

Cerulli Irelli precisa però che vi sono settori (quali quello dei beni culturali, della protezione civile, della sanità e igiene) in cui la norma attribuisce alla p.a. un potere che va senz’altro qualificato come discrezionale e non di valutazione tecnica, nonostante i due profili si prestino ad essere confusi. La confusione è generata dal fatto che in tali ipotesi l’oggetto del potere discrezionale è materia tecnica. E’ il caso della scelta politica di “staccare” il barocco da chiese di antica struttura romanica, al fine di portarla in superficie. La scelta politico-discrezionale presuppone una valutazione tecnica (sussiste una struttura romanica?): in questi casi insomma l’amministrazione non compie una valutazione tecnica,

⁶⁹ V. CERULLI IRELLI, cit., 476.

⁷⁰ V. CERULLI IRELLI, cit., 489.

se non come antecedente per decisioni discrezionali. Nei casi in cui *“un settore, pure a forte valenza tecnico culturale, viene attribuito alla cura di una pubblica amministrazione (gli interessi tecnico culturali connessi al settore assurgono ad interessi pubblici la cui cura viene attribuita ad apposita autorità), non c’è luogo dunque per la discrezionalità tecnica: si tratta di vera e propria discrezionalità, come cura concreta di interessi pubblici.”*⁷¹

Ciò che l’interprete deve fare è quindi analizzare la norma per verificare se essa abbia inteso conferire all’amministrazione un vero potere discrezionale, preceduto da valutazioni tecniche, oppure una mera attività di valutazione tecnica: *“a volte la norma, facendo riferimento ad un “fatto complesso”, non conferisce alcuna discrezionalità all’amministrazione; altre volte, l’indicazione del fatto stesso sottintende il conferimento di potere discrezionale”*⁷².

Se nei casi sopra indicati il potere è discrezionale, vi sono tuttavia dei casi di valutazione tecniche non sindacabili.

Si tratta delle ipotesi in cui l’apprezzamento tecnico (isolato o come presupposto della scelta discrezionale) presenta (anche congiuntamente) due caratteristiche: (i) la natura assolutamente soggettiva della valutazione; (ii) l’irripetibilità del giudizio, in quanto connesso ad un episodio di vita. E’ il caso dei concorsi e degli esami in genere.

⁷¹ V. CERULLI IRELLI, cit., 496.

⁷² V. CERULLI IRELLI, cit., 495.

In tali ipotesi, Cerulli Irelli ritiene configurabile, sulla scorta del Capaccioli⁷³, una competenza *esclusiva ma non discrezionale* della pubblica amministrazione: l'insindacabilità non è dovuta ad un (insussistente) carattere discrezionale della valutazione, ma alle caratteristiche strutturali della stessa, “*che la renderebbe insindacabile da qualunque soggetto venisse svolta*”⁷⁴. Tuttavia, non è detto che questa categoria di valutazioni rimanga sempre assolutamente soggettiva e irripetibile: “*ad esempio, per effetto della modificazione o del progresso delle tecniche utilizzate in un determinato settore, un certo tipo di valutazione amministrativa che oggi risulta eminentemente soggettiva e perciò “esclusiva” nel senso indicato, può modificarsi nella sua struttura e oggettivarsi secondo precisi criteri tecnici, e perciò diventare sindacabile.*”⁷⁵

⁷³ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, 287 ss.; E. CAPACCIOLI, *Postilla al saggio Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 173.

⁷⁴ V. CERULLI IRELLI, cit., 497.

⁷⁵ V. CERULLI IRELLI, cit., 498. Alla ricostruzione di Cerulli Irelli si è obiettato, da parte di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 178-79, che l'individuazione di casi sottratti al sindacato giudiziale è difficilmente conciliabile con “*i principi costituzionali che impediscono di collegare una limitazione del sindacato giurisdizionale all'incapacità strutturale del giudice (artt. 24 e 113, Cost.)*”. L'intensità del sindacato dipenderebbe, secondo Lazzara, solo dal tipo di situazione soggettiva di volta in volta fatta valere, che deve essere tutelata in modo pieno.

Salvia⁷⁶ nota che la dottrina si è sempre occupata dell'influenza che le valutazioni tecniche hanno su quelle politiche, mentre è stata scarsamente considerata l'influenza di queste ultime sulle valutazioni tecniche.

Il condizionamento delle valutazioni tecniche ad opera di quelle discrezionali avviene per due ordini di ragioni.

In primo luogo, ciò è dovuto alla “*giuridicizzazione delle regole tecniche*”. Mentre in passato il legislatore si limitava a costruire norme contenenti “rinvii” a regole tecniche, oggi è frequente che le norme prevedano direttamente dei criteri che *integrano* la regola tecnica. In tali casi l'ufficio tecnico dovrà valutare oltre al dato scientifico, anche il parametro fissato dalla norma: l'Autore fa l'esempio della modificazione dell'ambiente naturale prevista dall'art. 2, del d.p.r. 203/1988; modificazione che, ove sia tale da “*alterare le normali condizioni ambientali o di salubrità*” integra il concetto di inquinamento atmosferico.

Ebbene, le normali condizioni ambientali sono stabilite -come “valori limiti” e “valori guida”- dalla legge stessa. Ecco quindi che l'organo che si trovi a dover determinare la tollerabilità delle alterazioni ambientali non potrà applicare solo criteri strettamente scientifici, ma dovrà osservare anche dette regole, stabilite direttamente dal legislatore.

⁷⁶ F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 684.

In secondo luogo, l'influenza delle valutazioni politiche su quelle tecniche è dovuta alla *collocazione nella sequenza procedimentale delle valutazioni tecniche*.

E' il caso della V.I.A: se essa è prevista nel momento in cui vengono effettuate le scelte fondamentali circa l'uso del territorio, allora può esprimersi pienamente in tutto il suo potenziale. Ma se è prevista solo *dopo* le valutazioni politiche, per es. dopo quelle di tipo urbanistico, allora ha margini molto più ristretti: perché se uno strumento urbanistico già prevede la realizzazione di un'opera, la V.I.A. successiva potrà correggerne l'impatto, ma sarà molto difficile che possa sancire l'intangibilità dell'area sulla quale l'opera dovrà realizzarsi.

E' ancora il caso delle preventive scelte di ordine finanziario che condizionano le valutazioni tecniche: l'entità del finanziamento stanziato in sede di scelta politica potrebbe fare propendere per quella, tra le diverse soluzioni tecniche, che sia meno costosa.

Quanto alla struttura del fenomeno "discrezionalità tecnica", Salvia propone di distinguere l'attività conoscitiva tecnica della p.a. in due figure:

(a) gli *acclaramenti tecnici*, volti ad accertare/valutare l'esistenza, la quantità, la qualità di fatti necessari all'organo di amministrazione attiva per poter decidere (è il caso dell'accertamento del pericolo di crollo di una torre: lo stato di pericolo esiste o non esiste). I risultati di un acclaramento tecnico possono essere certi, oppure opinabili;

(b) gli *apprezzamenti tecnici di tipo operativo*, con i quali la p.a. individua invece *soluzioni* ai problemi che si trova ad affrontare (è il caso dell'individuazione delle *terapie* per restaurare o consolidare una torre). In questi casi l'operazione tecnica non può prescindere "*dal comporre nel miglior modo i diversi interessi pubblici che gravitano sulla medesima*"⁷⁷, cioè, per restare all'esempio del restauro della torre, occorre valutare l'efficacia nel tempo dell'intervento, la consistenza della spesa, l'interesse estetico, etc. Prima ancora che l'organo munito del potere discrezionale scelga, l'organo tecnico deve quindi effettuare una preventiva selezione e composizione di interessi. Secondo Salvia, l'esigenza di comporre una pluralità di interessi è peraltro immanente in tutte le regole che presiedono le diverse arti o scienze (un intervento medico costoso e doloroso è più o meno indicato a seconda dell'età e della professione del paziente).

Da tale analisi, Salvia conclude che gli apprezzamenti tecnici di tipo operativo -a differenza degli acclaramenti tecnici: (a) possono esser condizionati dalle valutazioni politiche (come si è detto, perché così vuole la norma, o per la collocazione cronologica delle valutazioni tecniche nel procedimento); (b) implicano necessariamente anche valutazioni di interessi, ciò che le avvicina strutturalmente alla discrezionalità amministrativa vera e propria.

Tuttavia, gli apprezzamenti tecnici di tipo operativo si distinguono dalla discrezionalità amministrativa perché quest'ultima è espressione di un potere di

⁷⁷ F. SALVIA, cit., 706.

amministrazione attiva che incide immediatamente sulle situazioni giuridiche soggettive. I primi sono invece atti interni, prodromici ad una decisione. E' poi pacifico che quando è l'organo tecnico ad essere abilitato ad emettere il provvedimento, la distinzione tra gli apprezzamenti tecnici e la discrezionalità amministrativa sfuma.

5.1. *Segue. La posizione di Ledda.*

Notevole influenza ha avuto la ricostruzione di Franco Ledda⁷⁸, su cui poggia in gran parte la fondamentale sentenza 601/1999 del Consiglio di Stato.

In estrema sintesi, secondo tale Autore, la norma tecnica cui la norma giuridica fa rinvio diviene parte integrante di quest'ultima: la violazione della norma tecnica implicherebbe dunque violazione della norma giuridica.

A parere di Ledda, per "potere" deve intendersi quello che si manifesta in determinazioni "originali": *"d'un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga (...) di un margine che consenta l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto da legge"*⁷⁹. Solo nella discrezionalità amministrativa si

⁷⁸ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372.

⁷⁹ F. LEDDA, *cit.*, 376-377.

manifesta dunque *“il potere proprio dell’amministrazione stessa”*. Solo riguardo ad essa il richiamo al principio di divisione dei poteri può giustificare una riserva in favore della p.a., e *“solo con riguardo alle determinazioni di carattere discrezionale può correttamente affermarsi che l’amministrazione di fronte al cittadino, si presenta come un “potere” pubblico a sé stante”*.

Quando invece la p.a. si limiti ad applicare una norma, detta attività non costituisce manifestazione di potere, ma *“s’identifica in ultima analisi con il potere della legge stessa”*⁸⁰.

Quanto alla definizione di tecnica, Ledda propende per una nozione che includa tanto a) le discipline che spiegano i fenomeni dal punto di vista meccanicistico secondo un rapporto di causalità, quanto b) quelle caratterizzate da un elevato grado di probabilità. Invece, *“non si potranno utilizzare per un controllo d’ordine giuridico le indicazioni relative al modo di soluzione dei problemi in ampio senso sociali, che coincidano in larga parte con i problemi amministrativi veri e propri. Codeste indicazioni, come si è già osservato, sono condizionate necessariamente da giudizi di valore più o meno consapevoli: cioè da giudizi che (...) sono riservati all’amministrazione”*⁸¹.

⁸⁰ F. LEDDA, cit., 380-381.

⁸¹ F. LEDDA, cit., 442. Le affermazioni di Ledda risentono della ricostruzione che Franco Levi ha proposto nel suo studio *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 170-171. L’Autore nota che *“vi è una diffusa tendenza a*

Il rapporto tra tecnica e diritto può assumere forme molteplici: non c'è solo il meccanismo del rinvio⁸².

Esistono infatti forme di collegamento tra diritto e tecnica più strette: quali i casi in cui *“la tecnica –o, in molti casi, la scienza di riferimento- fornisca “materiali” direttamente utilizzabili, ed anzi necessari, per la costruzione di concetti giuridici; più in generale sembra non manifestamente inattendibile l'ipotesi che il diritto faccia propria la normatività*

vedere discrezionalità tecnica in ogni attività dell'amministrazione che presenti difficoltà superabili solo ricorrendo a cognizioni specialistiche”. Tale impostazione è *“inopportuna a causa della sua latitudine, la quale condurrebbe a riscontrare discrezionalità tecnica quasi in ogni momento dell'applicazione della legge, o, per lo meno, in ogni momento in cui possa presentarsi qualche problema complesso”*. Levi ritiene invece che la tecnica affronti questioni di causalità cui sono applicabili regole generali necessarie, o almeno ritenute tali: in una parola questioni *“di causalità di carattere meccanicistico (vi rientrerebbero la fisica, la chimica, la medicina, la psichiatria, mentre le scienze agrarie e la criminologia presentano elementi compositi; dubbie invece economia e sociologia; ne sarebbero escluse le scienze della cultura, quali estetica, pedagogia, scienza politica, le quali conducono a giudizi individuali: valore artistico di un'opera, idoneità di un candidato)”*.

⁸² Particolarmente evidenziato da C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1964, 1098. Secondo F. LEDDA, cit., 386-87, anche l'analisi del meccanismo del rinvio sarebbe comunque sufficiente a distinguere tra valutazione tecnica e potere discrezionale: *“quando il criterio dell'agire sia stabilito dal diritto attraverso il riferimento alle regole della tecnica, non resta alcuno spazio per una scelta soggettiva orientata da giudizi di valore”*.

*inerente a questa o quella tecnica, traducendola per ciò stesso in normatività giuridica*⁸³. In altre parole, la norma tecnica richiamata da quella giuridica completa il precetto che il legislatore rivolge alla pubblica amministrazione, stabilendo quali regole essa debba rispettare nella propria azione.

Ledda nota poi come il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, anche dove riconosciuto dalla dottrina in via di principio, sia soggetto a “*cautela estrema e spesso con riserve non sufficientemente argomentate*”⁸⁴.

L'Autore critica la concezione della dottrina dominante secondo cui agli “accertamenti tecnici” (applicazioni di scienze suscettibili di produrre un risultato univoco, a fronte delle quali si porrebbe un diritto soggettivo, e quindi integralmente conoscibili dal giudice ordinario) si potrebbero contrapporre gli “apprezzamenti” tecnici (anche noti come “valutazioni tecniche” o “discrezionalità tecnica”), applicazioni di scienze non esatte, ritenuti non conoscibili dal giudice amministrativo perché afferenti al merito dell'azione amministrativa.

In primo luogo, argomenta Ledda, è dubbio che esistano scienze esatte, atteso che la migliore epistemologia riconosce il carattere provvisorio e “falsificabile” di ogni asserto (che aspiri ad essere) scientifico.

⁸³ F. LEDDA, cit., 386-87.

⁸⁴ F. LEDDA, cit., 399.

Poi, perché la dottrina che opera tale distinzione rivela un *non sequitur*: gli accertamenti tecnici vengono ricondotti all'ambito della legittimità. Tale riconduzione riposa sull'osservazione dello stretto nesso che intercorre tra diritto e tecnica: la violazione della norma tecnica implica violazione della norma giuridica. Ma, se così, non si comprende allora perché gli apprezzamenti, in cui è presente il medesimo legame tecnica-diritto che è presente negli accertamenti, dovrebbero essere assegnati all'ambito del merito.

La riconduzione al merito degli apprezzamenti tecnici non può spiegarsi con la loro opinabilità, atteso che essi “*non possono essere posti sullo stesso piano della ponderazione di interessi*”. Inoltre la “*rilevanza della tecnica evocata direttamente o indirettamente nelle proposizioni giuridiche non è condizionata all'indiscutibilità delle sue indicazioni: come si è detto, neanche il diritto può pretendere che la scienza e la tecnica gli garantiscono impossibili certezze; esso non può che assumere le diverse tecniche in quella loro “vigenza”, e in quel valore regolativo, che secondo le scienze di base può ad esse riconoscersi in attesa di nuove acquisizioni.*”⁸⁵

La conclusione del ragionamento è che, quando la norma giuridica richiami quella tecnica, “*tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell'atto*”, e ciò vale non solo per gli

⁸⁵ F. LEDDA, cit., 431-32.

accertamenti tecnici, ma anche per gli “apprezzamenti tecnici”, a nulla rilevando che prima o dopo di essi la p.a. debba svolgere una valutazione propriamente discrezionale.

Quale controllo può operare il giudice (ordinario o amministrativo) su un apprezzamento tecnico opinabile?

Secondo Ledda, egli deve “*sottoporre a verifica diretta*” le operazioni tecniche, per vagliare la loro correttezza.

All’esito di ciò:

a) se riscontra che il giudizio dell’amministrazione è “inattendibile” per (a.1) “insufficienza” del criterio tecnico applicato o (a.2) perché il procedimento di applicazione del criterio stesso è viziato, può annullare o disapplicare l’atto. Tuttavia, precisa l’Autore, il giudice deve limitarsi a “*rilevare l’inosservanza della norma giuridica che impone l’utilizzazione della tecnica per l’accertamento dei fatti o l’individuazione di una risposta razionale. (...) la indiretta determinazione giudiziale del criterio giuridico, che dovrà adottarsi in luogo di quello censurato*”⁸⁶ non lede la sfera di potere genuinamente discrezionale riservata alla p.a. Il giudice non potrebbe invece indicare direttamente quale sia il criterio da adottare, o quale sia il procedimento con cui applicarlo per rendere la valutazione attendibile. La p.a. sarà libera quindi di adottare criteri differenti (che siano compatibili con l’indicazione normativa, e che siano

⁸⁶ F. LEDDA, cit., 435.

ovviamente diversi da quello che il giudice ha ritenuto inattendibile);

(b) qualora invece il giudizio risulti *attendibile*, nel senso spiegato *sub a)*, ma si riveli comunque *opinabile* –perché l’applicazione di una scienza non esatta può inevitabilmente condurre a molteplici esiti– il giudice non può sovrapporre la propria valutazione (non meno opinabile) a quella della p.a., perché “*i dubbi di carattere scientifico non si risolvono con lo strumento del potere, come pur si pensava in altri tempi: per questo aspetto, la bilancia del giudice vale quanto la spada dell’amministratore*”⁸⁷.

Quanto al tipo di vizio che inficia il provvedimento fondato sull’inosservanza o sulla non corretta applicazione di norme tecniche, ove la norma prescriva direttamente il tipo di criterio tecnico da adottare o il tipo di procedimento da utilizzare, ci si troverà in presenza di una violazione di legge.

Invece, ove la legge non contenga una simile indicazione, ma il provvedimento sia inficiato dall’applicazione di criteri tecnici inadeguati, oppure dalla mancanza di necessari controlli o rilevazioni, mancanza tale da rendere inattendibile il giudizio di fatto che fonda l’atto amministrativo, dovrà parlarsi di eccesso di potere.

E’ stato notato come l’accurata ricostruzione di Ledda, pur sottraendo le valutazioni tecniche all’insindacabilità, non spiega in modo altrettanto

⁸⁷ F. LEDDA, cit., 434.

convincente per quale ragione il controllo del giudice non possa andare oltre il livello dell'attendibilità⁸⁸.

Come già detto, al pensiero di questo Autore pare comunque essersi ispirata la fondamentale sentenza 601/1999 del Consiglio di Stato, che, come si vedrà, ha aperto le porte al sindacato intrinseco (ma non sostitutivo) sulle valutazioni tecniche.

5.2. Le dottrine che individuano un potere riservato di valutazione tecnica.

Carlo Marzuoli⁸⁹ muove dalla constatazione secondo cui il dibattito sulla discrezionalità tecnica si riduca a due alternative: o si riconduce la discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa -e allora essa cessa di essere una valutazione del fatto non coinvolgente profili di pubblico interesse-, oppure, se la si vuole qualificare come valutazione appunto "tecnica", essa non può essere sottratta al sindacato del giudice.

Per uscire da tale strada "senza sbocco", Marzuoli propone un mutamento delle premesse.

La difficoltà nasce, sostiene l'Autore, dall'"assolutizzazione della giurisdizione": *"se si muove dalla premessa che la giurisdizione sia di per*

⁸⁸ A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, 96.

⁸⁹ C. MARZUOLI, cit., 148.

sé sempre idonea a conoscere di qualsiasi fatto, si capisce che risulta difficile spiegare perché, in certi casi, è sottratto al controllo giurisdizionale pieno ciò che pure si assume essere una valutazione del fatto (la valutazione tecnica)”⁹⁰.

Tuttavia, “quando si deve accertare un fatto di ordine tecnico, il giudice ha necessità di avvalersi della competenza dei tecnici e perciò non è solo il giudice colui che sceglie quale è la valutazione da ritenere nel caso che la tecnica non offra una soluzione univoca. Dunque la giurisdizione non è onnipotente, deve fare i conti con il tipo di fatto che si deve accertare. E, se la giurisdizione non è tale, non è detto che, in casi del genere, il controllo giurisdizionale sia necessariamente il sistema più adeguato per soddisfare quelle esigenze di garanzia che pure si vogliono soddisfare.”⁹¹.

Marzuoli, pur ritenendo che valutazione tecnica e valutazione dell’interesse pubblico siano concetti distinti, ritiene dunque che la scelta tra esiti opinabili non possa essere affidata al giudice e al consulente tecnico, perché inevitabilmente portatori dei valori dei rispettivi ceti professionali.

Tale scelta spetterebbe invece alla pubblica amministrazione, in quanto: (a) scegliere tra diverse soluzioni opinabili nei casi in cui vengano in rilievo scienze non esatte è operazione intellettuale che non può che basarsi su valori; (b) è necessario che “*i valori che trovano complessivamente realizzazione*

⁹⁰ C. MARZUOLI, cit., 3.

⁹¹ C. MARZUOLI, cit., 3.

nell'ambito dell'ordinamento si producano attraverso la (maggiore possibile) partecipazione di tutti i componenti il corpo sociale”⁹²; (c) la pubblica amministrazione è dunque più idonea del giudice a compiere le scelte in questione, in quanto essa ha “molteplici, diretti e sistematici canali di raccordo con la società nel suo insieme attraverso la rappresentanza politica e attraverso altre forme di rappresentanza e partecipazione”⁹³. Se invece fosse il giudice a decidere, a prevalere sarebbero i valori del ceto professionale cui appartiene il tecnico. Ecco perché, secondo Marzuoli, è possibile parlare di un potere di valutazione tecnica, riservato alla p.a.

Per distinguere in concreto quando una valutazione tecnica sia riservata o no occorre comunque guardare alla singola fattispecie. L'Autore propone allora due categorie di casi: *“Quando la questione (...) si manifesta come un affare privato, o meglio, attinente alla sfera individuale, sarebbe invero priva di giustificazione la rilevanza di un profilo concernente la maggior rappresentatività di certi valori rispetto ad altri. (...) E' materia che deve essere considerata a sé stante, isolata dal contesto sociale, in cui nessuno spazio possono avere gli aspetti relativi al rapporto con l'insieme del corpo sociale, e dunque è da escludere che la valutazione tecnica possa essere considerata riservata all'esclusiva competenza dell'amministrazione. Quando invece l'assetto di interessi complessivamente posto dal legislatore sia tale da rivelare la presenza di un interesse pubblico*

⁹² C. MARZUOLI, cit., 219.

⁹³ C. MARZUOLI, cit., 217.

*allora si potrà assumere il carattere riservato della valutazione”*⁹⁴.

Daria de Pretis, sulla scorta della dottrina tedesca, affronta la questione privilegiando il rapporto tra legge e amministrazione.

La ricostruzione dell’Autrice muove dall’osservazione che la nozione della discrezionalità tecnica come attività applicativa di regole scientifiche è inadeguata a ricomprendere le valutazioni amministrative non discrezionali. Esistono infatti valutazioni amministrative che non sono discrezionali in senso proprio, ma che non comportano nemmeno l’applicazione di cognizioni specialistiche. Si tratta dei casi in cui la norma rinvia a regole di esperienza comune, e dei casi in cui impone di verificare se un determinato requisito sia presente o meno in una data misura, *senza tuttavia fornire indicazioni di carattere specialistico che guidino la valutazione* (ad es.: la condizione di grave pregiudizio che un intervento edilizio può comportare per un edificio).

Non solo: definire le fattispecie identificate con la locuzione “discrezionalità tecnica” basandosi sulla circostanza che vengono applicate regole tecniche, rischia di rendere il fenomeno indistinguibile dalle attività discrezionali pure e da quelle vincolate nelle quali, in concreto, vengano applicate regole tecniche.

Quanto alle attività vincolate, possono certamente comportare l’applicazione di norme tecniche, quando

⁹⁴ C. MARZUOLI, cit., 228.

le norme appartengano a scienze che producono risultati esatti.

Quanto alle attività discrezionali “pure”, anch’esse potrebbero essere considerate “tecniche” *“in quanto esprimetisi nell’applicazione di regole dell’arte della “buona amministrazione”, costituenti, a loro volta, in un certo angolo visuale, regole “tecniche” o “specialistiche” afferenti alla c.d. scienza dell’amministrazione”*⁹⁵.

Inoltre, con il tempo, l’ambito di applicazione delle scienze tecniche nell’attività amministrativa si è talmente dilatato che si potrebbe sostenere che tutta l’attività discrezionale è (anche) tecnica.

Ciò premesso, l’Autrice evidenzia come tanto la dottrina tedesca dei concetti giuridici indeterminati quanto quella italiana relativa alla discrezionalità tecnica si riferiscano ad un fenomeno in gran parte sovrapponibile: un’attività amministrativa che non è vincolata (perché non è mera applicazione della legge) né discrezionale (perché non consiste in una ponderazione di interessi pubblici), ma si colloca invece in uno “spazio intermedio” tra queste due.

Si tratta insomma di un’attività valutativa ma non discrezionale, in cui i pubblici apparati non si limitano ad una mera attività interpretativa: un’attività caratterizzata da *“un apporto nuovo ed originale del soggetto applicante, (...) innovativo rispetto ai contenuti della norma, la quale affiderebbe appunto*

⁹⁵ D. DE PRETIS, cit., 233.

all'autorità applicante il compimento della valutazione"⁹⁶.

Le valutazioni non discrezionali della pubblica amministrazione si sono andate diffondendo sempre di più dal punto di vista quantitativo. Ciò è dovuto, secondo l'Autrice, a due ordini di fattori:

(a) alla tendenza ad anticipare la ponderazione degli interessi ad una fase precedente a quella dell'azione concreta, affidata sovente *“alla fase dei piani, del programmi, dei bilanci di previsione, della fissazione generale dei criteri di azione nei quali soltanto è possibile procedere all'adeguata ponderazione comparativa degli interessi laddove essi si presentino in numero, varietà e complessità di reciproci rapporti, tali da escludere la possibilità di essere tutti contestualmente e congruamente considerati nel singolo caso concreto*”⁹⁷. Nella fase in cui viene anticipata la valutazione degli interessi (fase che l'Autrice chiama, rifacendosi a Mario Nigro, di *“prefigurazione dell'azione”*), vengono adottati atti che si pongono, rispetto ai provvedimenti finali con cui si assume la decisione, come norme di indirizzo che richiedono un adattamento al caso concreto (adattamento che avverrà con il provvedimento finale). Tali atti individuano tuttavia in modo vincolante gli interessi da perseguire;

(b) all'affermarsi di modelli procedurali e organizzativi all'interno dei quali sono previste attività valutative non discrezionali che la p.a. deve porre in

⁹⁶ D. DE PRETIS, cit., 236.

⁹⁷ D. DE PRETIS, cit., 244-245.

essere in modo imparziale (è il caso delle attività endoprocedimentali istruttorie, consultive, di controllo, nonché degli atti delle autorità amministrative indipendenti);

L'esistenza di attività amministrative non discrezionali, non vincolate, eppure valutative, troverebbe riscontro nella legge sul procedimento, in alcune pronunce della Corte costituzionale⁹⁸, e nella Costituzione stessa.

Quanto al livello costituzionale, la p.a. potrebbe essere ritenuta destinataria di un potere di valutazione non discrezionale in base al principio democratico (la pubblica amministrazione come subordinata al governo, e questo al parlamento). E tuttavia tale principio non è da solo sufficiente: da un lato, in

⁹⁸ Confermerebbero l'esistenza di attività valutative non discrezionali pure le sentenze della Consulta che: hanno dichiarato incostituzionali le norme che prevedevano la partecipazione di politici o sindacalisti alle commissioni per i concorsi nel pubblico impiego (decisioni 15 ottobre 1990, n. 453 e 23 luglio 1993, n. 333) e hanno censurato le norme che contrastavano con il principio di distinzione tra il momento della pianificazione territoriale e quello dell'attività applicativa di controllo della coerenza dell'intervento specifico con gli indirizzi programmatici (decisione 19 ottobre 1992, n. 393). In detti esempi, *“l'affermata importanza del momento valutativo (...) non può non presupporre il riconoscimento di una specifica funzione della stessa attività amministrativa di concretizzazione del comando generale, che proprio per la valorizzazione del qualificato apporto soggettivo e creativo dell'autorità amministrativa applicante si presenta sostanzialmente diversa dall'attività meramente esecutiva”* (D. DE PRETIS, cit., 256).

alcuni casi il collegamento p.a.-circuito democratico risulta meno evidente (è il caso delle norme che sottraggono una notevole parte degli atti gestionali agli organi politici, oppure dell'affidamento al prefetto del compito di adottare provvedimenti d'urgenza); dall'altro, l'applicazione senza correttivi di tale principio porterebbe ad una eccessiva dilatazione dell'ambito delle attività della pubblica amministrazione da considerarsi riservato.

Soccorre allora il principio del buon andamento, che, nella ricostruzione dell'Autrice, imporrebbe che la p.a. sia strutturata in modo tale da essere il soggetto più idoneo a svolgere le attività che le sono affidate (*“l'amministrazione è organizzata (deve essere organizzata) proprio per esercitare al meglio (meglio di chiunque altro) l'attività amministrativa”*⁹⁹).

Ne consegue che l'esistenza di un potere riservato in capo alla p.a. può essere ipotizzata ogni volta in cui un'attività di tipo valutativo sia affidata ad un'amministrazione che, *per la sua organizzazione*, appaia la più adeguata allo svolgimento dell'attività di cui è incaricata.

Resta vero che l'individuazione concreta delle tipologie di valutazioni non discrezionali riservate alla p.a. richiede una norma espressa, leggendo la quale – per mezzo di un'interpretazione sistematica e non meramente letterale- dovrà valutarsi se il legislatore *“abbia previsto una attività di mera attuazione del contenuto della norma (...) ma controllabile dal*

⁹⁹ D. DE PRETIS, op. ult. cit., 327.

giudice (chiamato a verificare la corretta applicazione della legge), o se tale attività sia stata attribuita dalla legge all'amministrazione in regime riservato, cioè con assegnazione all'amministrazione stessa del compito di assumere a tal fine la scelta ultima (s'intende: essendo essa a ciò organizzatoriamente legittimata)''¹⁰⁰.

Laddove la norma sia interpretabile come affidamento di un potere riservato, il giudice deve astenersi da interventi sostitutivi, pur potendo procedere ad un sindacato di ragionevolezza. Qualora la volontà del legislatore non sia chiara, si deve considerare operante una presunzione di semplice affidamento non riservato, e deve escludersi un'attribuzione implicita – che invece può configurarsi nei casi in cui, anche in assenza di un affidamento specifico, la valutazione sia tale da essere irripetibile (prove d'esame, valutazione del servizio reso da un pubblico impiegato, etc.).

Tra le fonti primarie, sarebbe l'art. 17 della legge sul procedimento a fondare –e ad elevare al rango di “tipo generale”¹⁰¹- una particolare categoria di valutazioni di tipo tecnico (diverse da quelle discrezionali, così come dall'attività vincolata) di cui la pubblica amministrazione è “*titolare ed interprete privilegiata*”¹⁰².

¹⁰⁰ D. DE PRETIS, op. ult. cit., 337.

¹⁰¹ D. DE PRETIS, voce *Valutazioni tecniche della p.a.*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 6176-6183.

¹⁰² D. DE PRETIS, op. ult. cit.

L'art. 17 dispone infatti che, qualora nell'ambito del procedimento sia prevista l'acquisizione della valutazione tecnica di un organo o di un ente apposito, e questo non provveda nel termine fissato, o comunque in quello di novanta giorni dalla richiesta, il responsabile del procedimento chiede la valutazione ad altro organo o ente che sia dotato di qualificazione e capacità tecnica "equipollenti", ovvero ad un istituto universitario.

L'Autrice ritiene che (a) il riferimento alla necessaria "qualificazione e capacità tecnica equipollente" che i soggetti chiamati a rendere la valutazione in via sostitutiva debbono avere; (b) il fatto che detti soggetti siano pubbliche amministrazioni (altri organi della p.a, enti pubblici, istituti universitari); nonché (c) la diversità di soluzione rispetto a quella adottata dall'art. 16, l. 241/90 per i pareri (dai quali, di regola, è consentito prescindere quando non vengano resi nel termine), consentano "*di ricostruire tali valutazioni come effettiva applicazione di un sapere specialistico (...) del quale l'amministrazione competente va considerata affidataria di regola esclusiva*"¹⁰³.

Secondo Daria de Pretis, "*il rilievo del profilo organizzatorio è poi ancora più marcato nella previsione del secondo comma dello stesso art. 17, relativa alle valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. Vi si stabilisce infatti che esse possono essere rese solo dall'organo segnatamente individuato dalla*

¹⁰³ D. DE PRETIS, op. ult. cit.

legge per esprimerle, essendo preclusa, in tali casi, la possibilità della sostituzione del giudizio”¹⁰⁴.

La raffinata elaborazione dell’Autrice non sembra del tutto inattaccabile, per una serie di ragioni, che si esporranno meglio nel prosieguo (parte III, par. 1).

Concentrandosi qui sull’art. 17 della legge sul procedimento, esso potrebbe essere interpretato anche in senso opposto: proprio in quanto la legge consente che le valutazioni tecniche di “organi ed enti appositi” siano rese anche da organi od enti con competenza tecnica equipollente, sembra potersi argomentare che non c’è un’attribuzione di funzione specifica in capo alla pubblica amministrazione chiamata in prima battuta a rendere la valutazione.

La norma sembra insomma negare proprio quel “*criterio di legittimazione organizzatorio*”¹⁰⁵ individuato dall’Autrice¹⁰⁶, e prevedere invece un meccanismo acceleratorio, proprio per far sì che la ripartizione di attribuzioni tra le singole p.a. non ostacoli il rapido svolgimento dell’istruttoria -e rimarcando però la necessità che chi rende la valutazione sia dotato di adeguata competenza tecnica.

Non pare nemmeno, dal testo della norma, che solo i soggetti pubblici possano compiere valutazioni

¹⁰⁴ D. DE PRETIS, op. ult. cit.

¹⁰⁵ D. DE PRETIS, *Valutazione*, cit., 328.

¹⁰⁶ In questo senso anche A. GIUSTI, commento all’art. 17, l. 241/90, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI (eds), *Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 437-438.

tecniche, atteso che gli “istituti universitari”, nel nostro ordinamento, possono essere anche privati.

Peraltro, se anche così fosse, si potrebbe rilevare che è un pubblico ufficiale, che svolge una pubblica funzione, anche il c.t.u. nominato dal giudice amministrativo per ripetere la valutazione tecnica.

Infine, è da notarsi che l’art. 17 regola i rapporti tra pubbliche amministrazioni, e non i rapporti tra la p.a. e il giudice: da esso non pare potersi trarre una riserva in grado di limitare l’attività giurisdizionale¹⁰⁷.

Più convincente è l’osservazione secondo cui una competenza riservata sarebbe attribuita dal comma 2 alle amministrazioni che tutelano l’ambiente, il paesaggio e la salute.

E tuttavia, da un lato, tale norma, come già detto, regola il procedimento, e quindi per definizione non riguarda la, e non andrebbe letta come limite alla, giurisdizione; dall’altro, essa è pur sempre di rango legislativo, e non può quindi limitare il principio di piena effettività della tutela giurisdizionale, così come scolpito dagli artt. 24 e 113 Cost. (sul punto, si rinvia alla parte III).

5.3. Le critiche alle tesi che individuano una riserva di amministrazione.

¹⁰⁷ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 298.

Le dottrine che hanno ipotizzato l'esistenza, accanto ad apprezzamenti squisitamente discrezionali, di una categoria di apprezzamenti che, ancorché non connessi alla valutazione diretta dell'interesse pubblico, sarebbero nondimeno oggetto di una competenza esclusiva qualificabile come potere riservato alla p.a., sono state criticate da Paolantonio¹⁰⁸.

Secondo l'Autore, la tesi di Cerulli Irelli che qualifica come irripetibili i giudizi tecnici in ragione dell'irripetibilità dell'"episodio della vita" in cui vengono resi, non spiega perché dovrebbe sussistere una competenza esclusiva della p.a. su tali giudizi¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Sull'argomento qui trattato, si vedano, di tale Autore: N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2, 1996, 413; ID, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; ID, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.*, Cons. St., 2002, 10, 2587; ID, *Dei caratteri degli accertamenti medici nelle visite medico collegiali*, in www.giustamm.it.

¹⁰⁹ N. PAOLANTONIO, *Interesse*, cit., nota 103: "ci sembra che l'indiscutibile «unicità» del fatto storico non spieghi il fondamento della competenza esclusiva dell'amministrazione, riducendosi piuttosto ad un problema probatorio, rilevante esclusivamente in sede processuale. In altri termini, non si scorge alcuna differenza tra l'irripetibilità del giudizio di una prova concorsuale orale per l'accesso ad un posto di pubblico impiego e quella che, ci sembra, connota nella stessa misura il giudizio formulato da una commissione di concorso per l'accesso o la promozione ad un impiego nell'ambito del rapporto di lavoro giusprivatistico, ovvero il giudizio formulato sul rendimento di un lavoratore dipendente privato nell'arco di un determinato periodo di tempo ai fini della corresponsione del relativo «premio». Che vi siano giudizi

Quanto alla tesi di Marzuoli, essa “*finisce con il ravvisare una competenza riservata*”

connessi a fatti irripetibili non v'è dubbio: ma questo è un limite di carattere generale alla sindacabilità di giudizi resi su tali situazioni «irripetibili», che non attiene, come sembra concludere il Cerulli Irelli, a caratteristiche peculiari di talune funzioni amministrative, bensì al non essere tali situazioni apprendibili nell'ambito di un processo diretto di conoscenza: per questo si è parlato di problema processuale attinente al regime probatorio. Anche il pretore del lavoro sarebbe in grave imbarazzo nel tentare di formulare un proprio giudizio su un colloquio finale svolto all'interno di una procedura di promozione nell'ambito di un rapporto di impiego privato, ancorché tale colloquio non configuri certamente una «attività tecnica della pubblica amministrazione». Altra cosa è invece appurare se il giudizio eventualmente sindacabile, in quanto «apprendibile», poiché collegato a situazioni storiche immanenti e non «esaurite», debba continuare a ritenersi insindacabile in quanto «tipicamente soggettivo». Ma, anche in questa ipotesi, nel mentre di tale pretesa soggettività esclusiva non si chiarisce né si comprenderebbe il fondamento giuridico, assumendosi come ipotesi ciò che andrebbe dimostrato, si deve ribadire, da un lato, che nell'ambito del processo interpretativo della norma che attribuisce il potere di formulare il giudizio e dei fatti, sui quali il giudizio in concreto verte, ogni apprezzamento è necessariamente soggettivo: tale è quello dell'autorità amministrativa e tale quello del Giudice, (...); da un altro lato, il Giudice si limiterebbe ad esternare, in ogni caso, un proprio giudizio su una vicenda storica che suppone esaurito l'esercizio della funzione amministrativa: esso Giudice, pertanto, non rieserciterebbe la funzione, ma ne verificherebbe la legittimità; ed è appena il caso di rilevare che detta funzione, ormai esaurita, è ancor più irripetibile, in quella particolare situazione storica, degli stessi giudizi che ne hanno determinato l'atteggiarsi”.

dell'amministrazione in ogni fattispecie in cui alla valutazione di fatto, o tecnica, si accompagni un apprezzamento dell'interesse pubblico"¹¹⁰.

Senonchè, non è dimostrato che la fase di acquisizione e qualificazione dei fatti sia caratterizzata da discrezionalità come la successiva fase di scelta.

E ciò è anzi da escludersi, *"poiché non è possibile procedere ad un apprezzamento o ad una ponderazione di un quid, l'interesse pubblico, in una fase logico-decisionale che è essa stessa strumentale alla individuazione di tale interesse"*¹¹¹.

Alle prospettazioni di Ottaviano e de Pretis, Paolantonio replica invece contestando l'idea che il giudice sia tecnicamente incompetente a risolvere questioni specialistiche. A tale idea *"sarebbe scontato replicare che molti organi giudiziari conoscono quotidianamente di un grandissimo numero di questioni tecniche di contenuto spesso assai complesso. Né (...) l'ubi consistam di una competenza riservata sembra potersi ravvisare nella limitazione dei poteri di cognizione di questa o quella autorità giurisdizionale, se non si vuole incorrere in una petizione di principio"*¹¹².

Del resto, osserva l'Autore, già Bachelet aveva notato che non è certo l' "ignoranza tecnica" del giudice a impedire il sindacato del provvedimento per violazione di regole tecniche, trattandosi semmai di un

¹¹⁰ N. PAOLANTONIO, *Interesse*, cit.

¹¹¹ N. PAOLANTONIO, *Interesse*, cit.

¹¹² N. PAOLANTONIO, cit.,

problema di perfezionamento dell'utilizzo dei mezzi istruttori.

L'Autore critica altresì la ricostruzione di Daria de Pretis, nella parte in cui afferma che in taluni casi la legge eleverebbe le valutazioni tecniche scevre da apprezzamenti dell'interesse pubblico al rango di potere giuridico riservato.

L'affermazione è criticabile perché è dubbio che nel nostro ordinamento possano esistere valutazioni che siano del tutto sconnesse dell'interesse pubblico: *“il Legislatore, in verità, non ha ragione alcuna -e, a ben guardare, non ne ha neppure facoltà- di attribuire poteri valutativi o di scelta che prescindano dall'interesse pubblico, perché non può esservi valutazione amministrativa che non abbia ad oggetto la cura di tale interesse”*¹¹³.

Ciò tuttavia non implica che ogni valutazione amministrativa si risolva nell'esercizio di potestà discrezionale (poiché una cosa è qualificare un fatto, e un'altra è compiere una scelta innovativa di un preesistente assetto d'interessi).

Nè implica che le valutazioni non discrezionali non abbiano comunque ad oggetto diretto (e non anche soltanto indiretto, come si sostiene nel lavoro di de Pretis) l'interesse pubblico. Invero, anche valutare i fatti alla luce della fattispecie astratta, in vista della individuazione dell'interesse oggetto di (successiva) ponderazione, equivale ad esprimere apprezzamenti che riguardano in modo immediato e diretto l'interesse

¹¹³ N. PAOLANTONIO, cit.

pubblico; ma tali apprezzamenti non partecipano affatto della politicità che caratterizza l'essenza più intima della scelta discrezionale.

La valutazione amministrativa non discrezionale è quindi un apprezzamento qualificatorio, mediante il quale l'amministrazione, confrontando i fatti con la norma che legittima l'esercizio della funzione, accerta la sussistenza in concreto di un determinato interesse pubblico specifico.

E dette valutazioni non acquisiscono mai *“un proprio autonomo rilievo poiché l'amministrazione non valuta per valutare, ma per introdurre in una fattispecie concreta una regolamentazione dell'assetto di interessi coinvolti in senso conforme all'interesse pubblico specifico che sottende quella stessa valutazione”*: non potrebbero quindi *“costituire il risultato finale (la scelta) del processo valutativo dell'amministrazione (in quanto, come già detto, ogni valutazione è funzionale ad un risultato e non vive mai per se stessa), né [potrebbero] qualificare l'attività amministrativa in termini di attribuzione di un potere distinto ed alternativo rispetto a quello tipico e (quasi sempre) discrezionale, l'unico a venire in giuoco in ogni singola vicenda procedimentale: il Legislatore, infatti, attribuisce poteri in vista di risultati concreti, idonei a massimizzare la causa specifica della funzione volta a volta attivata, e tali risultati sono sempre, per ipotesi, il frutto di un'attività decisionale di tipo discrezionale, in quanto creativa di un assetto*

*originario di interessi non riconducibile ad una fattispecie astratta predeterminata*¹¹⁴.

Nemmeno, sostiene Paolantonio, può derivarsi un potere di valutazione non discrezionale dalle scelte organizzative del legislatore, perché tali scelte attribuiscono poteri per la soddisfazione di specifici interessi pubblici e non di “asettici apprezzamenti di fatto”.

Del resto “*se è comprensibile la ragione di riservare all'amministrazione valutazioni discrezionali, in ragione della struttura organizzativa propria del soggetto tenuto a compiere la scelta massimizzante l'interesse pubblico, proprio tale premessa - argomentando a contrario- esclude ogni fondamento dogmatico all'idea di una riserva di apprezzamento non discrezionale, ove tale esigenza di massimizzazione non ricorre affatto. Al contrario, escludere dal sindacato giurisdizionale apprezzamenti siffatti equivarrebbe ad impedire al giudice di accertare la sostanziale giustezza del presupposto legale dal quale è scaturita la determinazione amministrativa sottoposta a sindacato, da un lato comprimendo l'autonomia valutativa propria della stessa funzione giudiziaria e costituzionalmente garantita dall'art. 101 Cost., e dall'altro sacrificando a vetuste quanto inspiegabili resipiscienze di sapore autoritario il principio, pure costituzionalmente garantito, della più ampia ed incondizionata giustiziabilità delle pretese*”¹¹⁵.

¹¹⁴ N. PAOLANTONIO, cit.

¹¹⁵ N. PAOLANTONIO, cit.

Ancora, il sindacato del giudice non può essere limitato dalla particolare adeguatezza della p.a. in quanto soggetto più rappresentativo, o più preparato tecnicamente.

Ciò perché: (a) se la valutazione non è discrezionale, il suo controllo non limita in alcun modo la rappresentatività degli interessi di un gruppo sociale (in quanto “*detta rappresentatività non autorizza l'organo ad emettere apprezzamenti contra o praeter legem*”); (b) la (presunta) maggior preparazione tecnica dell'organo amministrativo non rileva quando si tratti di mera interpretazione di fatti (e in questo si risolve la valutazione tecnica); (c) l'organo tecnico è responsabile delle scelte discrezionali, non delle mere valutazioni di fatto.

In definitiva, secondo Paolantonio le decisioni amministrative si distinguono in due fasi: quella dell'accertamento dei fatti rilevanti, attività che è meramente interpretativa (e che è nota sotto il nome di “discrezionalità tecnica”), e quella della scelta secondo l'interesse pubblico.

In punto di sindacato giurisdizionale, l'Autore ritiene possibile un sindacato anche sostitutivo¹¹⁶,

¹¹⁶ N. PAOLANTONIO, cit.: “*La qualificazione dei fatti in vista della concretizzazione dell'interesse pubblico si risolve nella formulazione di apprezzamenti subbiettivi caratterizzati da un tasso anche molto alto di opinabilità, ma nulla autorizza ad affermare il carattere riservato di tali giudizi, dovendosi su di essi consentire non solo un controllo indiretto di eccesso di potere, ma anche ed ancor prima un controllo diretto di violazione di legge, in termini di sostituibilità*”

argomentando che “è (...) sostituzione, l'assunzione della responsabilità di un assetto di interessi scaturente da una determinazione originale; non è, invece, sostituzione la falsificazione di affermazioni opinabili altrui, nei limiti in cui ciò avvenga nel rispetto delle regole scientifiche, o dell'arte, proprie della disciplina generatrice di contenzioso (...), in questa direzione mi sembra sostenibile una tesi ancor più radicale di quella di F. Ledda, (...) secondo cui un giudizio tecnico corretto, ancorché opinabile, non può essere sostituito da altro giudizio altrettanto opinabile; nel senso che la falsificabilità di un giudizio deve necessariamente prescindere dalla soggettività del giudizio stesso, reso oggetto di verifica: de jure condito, si tratterà di verificare se il giudice può far prevalere la propria personale opinione tecnica su quella dell'amministrazione; nella misura in cui ciò sia necessario a rendere giustizia, direi che tale operazione è non solo legittima, ma addirittura doverosa”¹¹⁷.

dell'apprezzamento qualificatorio dell'amministrazione ad opera del giudice, l'unico potere al quale l'ordinamento riconosce il compito istituzionale (questo sì, davvero riservato) di esprimere, in materia di interpretazione normativa, una proposizione giuridica definitiva e capace di imporsi su ogni altra (provenga essa dall'autorità amministrativa come da un privato cittadino) in sede di applicazione del diritto”.

¹¹⁷ N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.*, Cons. St., 2002, 10, 25.

5.4. *La tesi che muove dall'analisi delle modalità di produzione degli effetti giuridici.*

La concezione di Paolantonio secondo cui le decisioni amministrative si distinguono in due fasi è criticata da Paolo Lazzara che argomenta l'esistenza di valutazioni "tecnico-discrezionali" che si caratterizzano per la coincidenza tra momento valutativo e momento volitivo¹¹⁸.

Lazzara affronta il problema che ci occupa analizzando come le norme regolino la produzione degli effetti giuridici, e distinguendo tre categorie di ipotesi:

(a) in alcuni casi l'effetto giuridico è direttamente disciplinato dalla legge, secondo lo schema *norma-effetto*. In tali casi non esiste nessun potere discrezionale della p.a., perché non esiste nessuna manifestazione di volontà della stessa: si tratta di un mero accertamento dei fatti cui la legge ricollega un effetto giuridico. A fronte di detto accertamento il privato è titolare di una posizione di diritto soggettivo. E' *l'attività vincolata* dalla p.a., la cui responsabilità è per così dire assunta direttamente dal legislatore;

(b) in altri casi, la norma affida alla p.a. un bene della vita di cui essa può, entro certi limiti, disporre. Il legislatore, secondo il modello *norma-potere-effetto*, ricollega efficacia giuridica alla determinazione amministrativa, ma tale determinazione appartiene

¹¹⁸ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, 164-65.

appunto solo alla p.a. (e non al legislatore), che di essa è responsabile. Sono le *attività discrezionali* “pure”, a fronte delle quali il privato può vantare solo una posizione di interesse legittimo.

(c) vi è una terza categoria di ipotesi –che si designano con la locuzione “discrezionalità tecnica”- in cui, secondo uno schema che l’Autore definisce *norma-fatto-potere sull’an-effetto*, la legge determina gli effetti, ma resta “*all’amministrazione la scelta sul se attribuire rilevanza ai fatti descritti in modo indeterminato (c.d. potere sull’an)*. In altri termini, se il potere viene esercitato, si verificheranno le conseguenze giuridiche previste dalla legge.”¹¹⁹ Quindi, “*sebbene l’assetto di interessi sia già definito dalla legge, la responsabilità del giudizio complesso, cui si collega il potere sull’an, rimane in capo all’amministrazione.*”¹²⁰. Si tratta di ipotesi in cui la p.a. “*non pondera comparativamente gli interessi rilevanti, dovendo soltanto decidere –alla stregua di un giudizio complesso- se la valutazione di fatto sia sussumibile nell’ambito di estensione dell’ipotesi normativa (indeterminata)*”¹²¹.

La scelta sull’an è tuttavia un’attività *autoritativa*: ciò perché, secondo il principio inquisitorio di cui all’art. 6 della legge sul procedimento, è la p.a. a dominare la fase istruttoria, e il provvedimento finale sarà quindi influenzato dal modo in cui questa viene condotta (“*il principio inquisitorio consente, in ogni caso,*

¹¹⁹ P. LAZZARA, cit., 278.

¹²⁰ P. LAZZARA, cit., 280.

¹²¹ P. LAZZARA, cit., 284.

*all'amministrazione di fondare la propria scelta su elementi diversi da quelli indicati da chi ha dato impulso o partecipato al procedimento.”)*¹²².

Se è la p.a. ad essere responsabile dell'istruttoria (perché un'istruttoria non adeguata vizia il provvedimento conclusivo¹²³), ben si comprende che essa possa condurla in modo discrezionale. *Il sistema di valutazione insomma è prescelto dai pubblici apparati, e il giudice non lo può alterare, dovendosi arrestare ad un sindacato estrinseco o al più intrinseco debole, nel senso indicato dalle pronuncia 601/99.*¹²⁴

Anche nelle situazioni in cui si parla di discrezionalità tecnica quindi, il privato ha di fronte un'attività autoritativa. Non perché vi sia ponderazione di

¹²² P. LAZZARA, cit., 286.

¹²³ P. LAZZARA, cit., 296-97, dove l'Autore chiarisce che la possibilità di rinvenire momenti autoritativi anche nella fase istruttoria *“si collega principalmente alla responsabilità dell'amministrazione nella conduzione dell'istruttoria. Responsabilità, a sua volta, che si evince dal regime di validità del provvedimento amministrativo”*.

¹²⁴ P. LAZZARA, cit., 290-91: *“il sindacato giurisdizionale, che non voglia invadere la sfera della pubblica amministrazione, potrà verificare i difetti dell'iter logico seguito, valutando la mancata considerazione di elementi che –ragionevolmente- dovevano essere tenuti in considerazione; oppure, al contrario, la presenza di circostanze che non appaiono congrue o pertinenti alla valutazione da compiere; il giudice non potrà invece rifare le valutazioni demandate alla p.a. alla stregua di parametri autonomi o attraverso una diversa impostazione, ma soltanto verificare, anche attraverso la consulenza tecnica, la correttezza del procedimento e l'adeguatezza del criterio tecnico utilizzato”*.

interessi, ma perché la p.a. può autonomamente (e tuttavia responsabilmente) determinare le modalità esecutive dell'istruttoria¹²⁵. La situazione soggettiva rilevante sarà quindi quella di interesse legittimo.

Lazzara individua una conferma normativa della propria ricostruzione nell'art. 19, l. 241/90, nella parte in cui prevedeva l'applicazione della d.i.a. alle attività subordinate ad autorizzazione *“il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali”*.

Tale norma dimostrerebbe: (a) il nesso tra discrezionalità tecnica e istruttoria (la norma affermerebbe che *“non può dirsi vincolato (...) un potere il cui esercizio dipenda da valutazioni condotte in base a criteri autonomamente determinati dalla pubblica amministrazione”*¹²⁶); (b) la presenza di un momento autoritativo nella discrezionalità tecnica, che viene dall'art. 19 equiparata alla discrezionalità amministrativa poiché, tanto in presenza di una quanto dell'altra, il legislatore decide di escludere il meccanismo della liberalizzazione¹²⁷.

¹²⁵ P. LAZZARA, cit., 295.

¹²⁶ P. LAZZARA, cit., 296.

¹²⁷ Secondo A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, 174-78, la tesi di Lazzara rischia di ridurre quasi a zero le ipotesi in cui l'attività amministrativa non è riservata, e dunque pienamente sindacabile dal giudice amministrativo. Non solo: la

5.5. *Le tesi che ripropongono l'attualità della locuzione "discrezionalità tecnica", e la posizione che propone il superamento della tradizionale tripartizione dell'attività amministrativa, riconducibile all'attività di "accertamento amministrativo".*

Fabio Cintioli riporta in primo piano la locuzione "discrezionalità tecnica"¹²⁸.

L'Autore, nell'affrontare il problema delle valutazioni tecniche opinabili affidate dalla legge alla p.a, "rispolvera" la nozione di "discrezionalità tecnica", che ritiene attuale in quanto capace di dare conto della contaminazione tra diritto e tecnica (che ha generato una parallela contaminazione tra ciò che è opinabile e ciò che è opportuno), nonché della difficoltà di ricondurre le valutazioni tecniche ad una mera attività di interpretazione¹²⁹.

ricostruzione che l'Autore fa dell'attività istruttoria come attività prevalentemente autoritativa riduce la partecipazione del privato a mera facoltà, e non a situazione giuridicamente tutelata, come fa la dottrina prevalente. Invece, se deve riconoscersi un ambito di attribuzione sottratto al controllo giudiziale sostitutivo, esso va ricercato in una fase diversa dall'istruttoria, che deve poter essere ripetuta dal giudice.

¹²⁸ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; ID, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 4, 983; ID, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*.

¹²⁹ F. CINTIOLI, *Giudice*, cit., 108.

Con la locuzione “contaminazione tra diritto e tecnica” Cintioli intende la crescente presenza del dato tecnico nella formazione delle norme, nonché la nascita delle autorità amministrative indipendenti.

Tali fenomeni rendono sempre più arduo distinguere le valutazioni tecniche da quelle di opportunità, che *“lunghi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario. (...) E’ impensabile che un’amministrazione, nel compiere una scelta tecnica, non si faccia carico della convenienza anche alla luce del criterio tecnico”*¹³⁰.

Un esempio di tale inestricabilità è l’art. 37 *ter* della l. 109/94 che, nonostante sembri distinguere chiaramente un momento di valutazione tecnica e uno di valutazione discrezionale, andrebbe interpretato nel senso che la concreta rilevanza dei dati tecnici dipende *“solo da una valutazione riassuntiva che sostanzia l’interesse pubblico. Vale a dire, in questo caso, l’interesse collettivo a che possa essere realizzata un’opera pubblica in certi tempi, a certe condizioni, a certi costi.”*¹³¹.

Cintioli non aderisce tuttavia a quelle tesi che individuano un potere di valutazione tecnica intermedio tra quello discrezionale e quello tecnico: ciò per la *“difficoltà di trovare un criterio giuridico che possa (...) separare questo potere riservato dalle altre manifestazione di potere pienamente sindacabili”*. Se tali tesi hanno il pregio di richiamare la legge come criterio indicatore, esse tuttavia si

¹³⁰ F. CINTIOLI, *Giudice*, cit., 204.

¹³¹ F. CINTIOLI, *Giudice*, cit., 220.

scontrano “con una realtà giudica che non aiuta di certo l’interprete a ricostruire il caso concreto. La tecnica è sempre in agguato e non consente più alla norma di dire con chiarezza dove stia la riserva. Il tema dominante appare perciò (...) quello della mescolanza, in forme sempre variabili, tra opportunità e opinabilità”¹³².

L’Autore ritiene allora che la soluzione al problema del confine tra opinabilità e opportunità sia da ricercare nella Costituzione.

In particolare, l’art. 97 offre una chiave di lettura: da un lato il principio del buon andamento deve essere letto come clausola di efficienza ed ottimale allocazione delle risorse. Per cui, poteri che involgano anche indirettamente un giudizio politico non possono essere sostituiti dal giudice, pena la recisione del legame corpo elettorale-parlamento-governo.

Dall’altro, il principio di imparzialità implica la necessità di ponderare attentamente tutti gli interessi coinvolti. Ecco perché –sostiene Cintioli sulla scorta di Marzuoli- la p.a., data la sua “formazione composita”, è adatta a “impersonare valori diversi e a proporsi come principale interprete delle regole tecniche. (...) Il giudice invece, (...) appare portatore dei valori e delle convinzioni del ceto professionale cui appartiene, al pari del singolo specialista della disciplina tecnica.”¹³³

¹³² F. CINTIOLI, *Giudice*, cit., 126.

¹³³ F. CINTIOLI, *Giudice*, cit., 129-30.

La tutela della posizione del ricorrente di cui all'art. 113 Cost. va quindi bilanciata con la registrata commistione tra opinabilità e opportunità: di fronte alle valutazioni tecniche il giudice dovrà dosare l'intensità del proprio intervento -che non dovrebbe comunque essere sostitutivo- tenendo conto che *“l'ampliamento delle figure soggettive preposte alla tutela dei pubblici interessi e le mutazioni delle strutture organizzative arricchiscono il decalogo dei valori costituzionali da bilanciare con l'effettività della tutela giurisdizionale”*¹³⁴.

In assenza di un'indicazione precisa della norma, l'Autore cita alcuni criteri, individuati da dottrina e giurisprudenza, che possono indurre ad escludere il sindacato sostitutivo: *“la qualità tecnica, la competenza e la speciale posizione di un organo. Inoltre il raccordo tra l'organo, il problema tecnico e l'indirizzo politico”*, nonché *“la qualità dell'interesse tutelato dall'amministrazione”* e *“la complessità della valutazione”*¹³⁵.

Annalisa Giusti¹³⁶ ha osservato che l'opzione di Cintioli per il sindacato debole tradisce l'intento di rivalutare la componente autoritativa della p.a. e la specialità del giudice amministrativo.

Anche quest'Autrice, come già Fabio Cintioli, ritiene che la locuzione *“discrezionalità tecnica”* abbia ancora una valenza attuale.

¹³⁴ F. CINTIOLI, cit., 197.

¹³⁵ F. CINTIOLI, cit., 253-255.

¹³⁶ A. GIUSTI, cit., 202.

Il “potere di valutazione tecnica” tuttavia, non è un potere intermedio tra quello vincolato e quello discrezionale, ma va qualificato senz’altro come potere discrezionale: *“quando la tecnica incide sul diritto in modo tale che l’interesse pubblico non può che essere qualificato se non attraverso il dato tecnico, quando la sfera dell’opportunità e dell’opinabilità si permeano l’una con l’altra in un unicum inscindibile, si è di fronte ad una sfera di autonomia riservata”*¹³⁷. Tale sfera trae fondamento dal principio costituzionale del buon andamento.

Del resto, osserva l’Autrice, né l’art. 24 né l’art. 113 Cost. autorizzano a ritenere che il sindacato sostitutivo sia l’unica garanzia di effettività della tutela.

Tale esigenza è soddisfatta anche da un sindacato debole cui si affianchino gli istituti del procedimento e il rimedio risarcitorio.

E’ da segnalare infine la ricostruzione di Bruno Tonoletti¹³⁸, che propone un superamento della tradizionale tripartizione dell’attività amministrativa in vincolata, discrezionale, e tecnico-discrezionale.

Tutti e tre i tipi di attività sarebbero in realtà riconducibili all’attività di “accertamento amministrativo”, locuzione con la quale l’Autore

¹³⁷ A. GIUSTI, cit., 248-49.

¹³⁸ B. TONOLETTI, *L’accertamento amministrativo*, Padova, 2001.

designa il processo di attuazione delle norme compiuto dalla pubblica amministrazione¹³⁹.

Infatti, argomenta Tonoletti, la tradizionale tripartizione delle attività amministrative presuppone che le normative che la p.a. applica siano un limite dell'attività che essa svolge.

Qualora invece *“si adotti la prospettiva secondo la quale l'amministrazione si pone nei confronti del diritto obbiettivo nella stessa posizione concretizzatrice del giudice, la categorizzazione dell'attività amministrativa secondo il grado di vincolatezza della disciplina normativa (...) appare insufficiente”*¹⁴⁰.

Rileveranno invece l'esistenza e la completezza della disciplina normativa.

E, dal momento che anche l'esercizio delle discrezionalità pura si svolge sulla base di una

¹³⁹ Cfr. B. TONOLETTI, cit., 89-94, secondo cui, se è vero che l'attuazione del diritto richiede l'accertamento delle norme da parte del giudice, la giurisdizione ha il monopolio dell'attività di accertamento solo dal punto di vista processuale, ma non anche dal punto di vista sostanziale. *“L'ordinamento procede (...) a formalizzare l'accertamento sul piano sostanziale (...) quando, per la salvaguardia di determinati interessi, si ritenga impossibile oppure inopportuno lasciare l'attuazione del diritto oggettivo allo spontaneo comportamento dei soggetti interessati. L'ordinamento si serve a questo fine della pubblica amministrazione, alla quale vengono affidati compiti che presentano un carattere secondario analogo a quello svolto dalla funzione giurisdizionale”*.

¹⁴⁰ B. TONOLETTI, *L'accertamento*, cit., 106.

disciplina preesistente, per quanto incompleta, ne consegue che l'attività amministrativa, di qualsiasi tipo, è sempre una forma di accertamento.

Più di preciso, se una disciplina normativa è completa, la p.a. si limita a concretizzare il precetto. Se la disciplina è incompleta invece, il pubblico potere completa la norma, “inserendo” un giudizio di opportunità.

L'attività di accertamento può quindi essere *autonoma* (a tale categoria concettuale corrisponderebbe ciò che di norma viene qualificato come attività vincolata), oppure *strumentale rispetto alla valutazione di interessi* (e si tratta dell'attività amministrativa discrezionale).

La discrezionalità tecnica rientra nell'una o nell'altra categoria a seconda della completezza o meno della disciplina normativa (“*l'ambito intermedio della discrezionalità tecnica non è in realtà unitario, potendo comprendere funzioni di accertamento tanto autonome quanto strumentali*”¹⁴¹)

Ciò posto, Tonoletti critica l'orientamento tradizionale della giurisprudenza, che preclude il sindacato delle valutazioni tecniche nei casi in cui l'accertamento e le considerazioni di opportunità siano difficili da distinguere. E ciò perché l'insindacabilità si giustifica solo “*per l'assenza di un criterio sufficientemente determinato di decisione. L'area dell'insindacabilità dovrebbe quindi dipendere da un'attenta considerazione del grado di completezza della*

¹⁴¹ B. TONOLETTI, cit., 107.

disciplina normativa, vale a dire dalla massima valorizzazione possibile della capacità precettiva della disciplina sostanziale. Là dove esiste un criterio giuridico di decisione non dovrebbe potervi essere insindacabilità”¹⁴².

¹⁴² B. TONOLETTI, cit., 324.

Parte II. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

SOMMARIO: 1. *I tipi di sindacato praticabili sulle valutazioni tecniche.* – 2. *L'evoluzione della giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche prima della sentenza 601/99 del Consiglio di Stato.* – 3. *La sentenza 601/1999.* - 4. *Gli orientamenti della giurisprudenza nazionale successivi alla 601/90.* - 4.1. *Distonia tra il controllo enunciato e quello praticato, e labilità della distinzione tra controllo estrinseco e controllo intrinseco forte.* - 4.2. *Il rifiuto del sindacato sostitutivo.* - 4.3. *L'orientamento minoritario favorevole alla sostituzione giudiziale.* - 5. *La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Cenni alla giurisprudenza comunitaria.* – 6.1. *La giurisprudenza amministrativa nazionale nei diversi settori dell'ordinamento che comportano valutazioni tecniche. Le autorità amministrative indipendenti.* - 6.2. *La verifica delle offerte anomale negli appalti pubblici.* - 6.3. *I concorsi pubblici.* – 6.4. *Il settore dei beni culturali e paesaggistici. Cenni alla materia ambientale ed urbanistica.* - 6.5. *Il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle infermità.*

1. *I tipi di sindacato praticabili sulle valutazioni tecniche.*

Sono tre le tipologie di sindacato¹⁴³ praticabili sulle valutazioni tecniche della p.a.: (1) il sindacato c.d.

¹⁴³ Per tutti: R. VILLATA-M. RAMAJOLI, cit., 109 ss; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza*

“estrinseco”; (2) il sindacato c.d. “intrinseco debole”; (3) il sindacato c.d. “intrinseco forte”.

Per mezzo del sindacato *estrinseco*, il giudice si limita a verificare se la valutazione tecnica sia affetta o meno dei sintomi dell’eccesso di potere.

Secondo questo modello di controllo, quindi, qualora non fossero riscontrati i vizi di illogicità, insufficienza di motivazione, contraddittorietà, travisamento dei fatti, etc. (vizi facilmente individuabili mediante l’esame del provvedimento e degli atti preparatori), l’atto amministrativo non potrebbe essere annullato.

Il sindacato *estrinseco* tende dunque ad individuare solo vizi del ragionamento, senza che il giudice ripeta le valutazioni tecniche dei pubblici apparati.

Il giudice non potrebbe, in altre parole, prendere in considerazione direttamente la valutazione tecnica operata dalla p.a., per verificare se essa sia *attendibile*, controllando quindi anche (i) l’adeguatezza del criterio tecnico, tratto dalla scienza opinabile di volta in volta utilizzata, nonché (ii) la correttezza del procedimento applicativo di tale criterio.

amministrativa, Torino, 1990; ID, *Giudice amministrativo e “discrezionalità tecnica”*, in M. BESSONE- R. GUASTINI (a cura di) *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, 1995, 291; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1488 ss; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185; A. GIUSTI, cit., 216 ss.

Questo modello di sindacato è il precipitato processuale delle dottrine che equiparano la discrezionalità tecnica a quella amministrativa. Di conseguenza prevede, per la prima, l'applicazione di un controllo non meno limitato di quello applicabile alla seconda.

Quanto agli effetti del giudicato amministrativo così formatosi sul successivo riesercizio del potere, un sindacato meramente logico-formale non impedirebbe alla p.a. di rimettere esattamente la stessa valutazione annullata in giudizio, magari semplicemente argomentandola meglio¹⁴⁴.

Il sindacato *intrinseco c.d. "debole"* (o "di attendibilità" o "di evidenza"), è invece il modello di tutela inaugurato dalla pronuncia 601/99 del Consiglio di Stato, e ancora oggi applicato dalla giurisprudenza maggioritaria, seppur, come si vedrà, con notevoli scostamenti pratici rispetto alle affermazioni di principio, sia nella direzione del sindacato estrinseco, sia, meno frequentemente, nella direzione del sindacato intrinseco forte.

In base a questa tipologia di controllo, il giudice non è tenuto a limitarsi al rilievo degli indici sintomatici dell'eccesso di potere, ma può ripetere la valutazione tecnica, mediante lo strumento della c.t.u., e verificare così direttamente se essa sia *attendibile*, e cioè se: (a) il criterio tecnico adottato sia "*sufficiente*" ed "*adeguato*", secondo il lessico utilizzato dalla

¹⁴⁴ F. CARINGELLA, *Corso*, II, 1499.

pronuncia 601/1999; (b) se il procedimento applicativo del criterio sia stato esperito correttamente.

Resta fermo che *“quando siano possibili criteri diversi per una valutazione tecnica il giudice non può sostituire il proprio criterio (...) a quelli adottati dall’Amministrazione”*¹⁴⁵.

Si tratta insomma di un sindacato posto in essere *“applicando le stesse leges artis applicate dall’amministrazione in sede di formulazione del giudizio”*¹⁴⁶.

Il provvedimento amministrativo potrà allora essere annullato solo ove la valutazione sia risultata *inattendibile*.

Qualora il giudice accerti invece l’attendibilità della stessa, l’atto non potrà essere annullato solo perché dalla c.t.u. emerge un risultato *diverso rispetto a quello prodotto dall’apprezzamento tecnico della p.a.*: un simile diverso risultato è infatti perfettamente compatibile con il carattere *opinabile* delle regole impiegate nei casi di discrezionalità tecnica.

Il g.a. non potrebbe dunque far prevalere la propria opinabile soluzione (ricavata dalla ripetizione della valutazione tecnica) su quella, altrettanto opinabile, ma rivelatasi corretta, della pubblica amministrazione, ed annullare per ciò solo il provvedimento.

Se così facesse, sostengono i fautori del sindacato intrinseco debole, il giudice assumerebbe su di sé il

¹⁴⁵ Cons. St., Sez. VI, n. 1213/2004.

¹⁴⁶ F. CARINGELLA, *Corso*, II, 1488.

potere già esercitato della p.a., violando il principio di divisione dei poteri, e la riserva di amministrazione che copre le valutazioni tecniche.

Occorre tuttavia notare che, in caso di annullamento a seguito di ripetizione di una valutazione tecnica risultata inattendibile, il vincolo, per la p.a. che rieserciti il potere, diventa ben più stringente di quanto non accada in caso di sindacato meramente estrinseco.

Resta peraltro pacifico che, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, il giudice non possa emanare una sentenza che sostituisca il provvedimento viziato da valutazione tecnica scorretta (il giudice, per fare un noto esempio, può annullare una graduatoria di concorso, non disporre una nuova).

Venendo al modello di sindacato *intrinseco c.d. "forte"* (o "sostitutivo"), si tratta di un istituto in base al quale, ove la ripetizione della valutazione dovesse condurre ad un risultato diverso da quello ottenuto dalla pubblica amministrazione (ciò che è perfettamente possibile, data la natura opinabile della regola tecnica), al giudice sarebbe permesso far prevalere tale risultato, *anche qualora la valutazione operata dalla p.a. fosse risultata attendibile, cioè corretta*. E, solo in ragione di detta prevalenza, il giudice potrebbe annullare il provvedimento, fermo il divieto di adottare direttamente una pronuncia che lo sostituisca.

Il sindacato estrinseco, così come quello intrinseco, possono inoltre essere qualificati anche come "diretti", se riguardano la valutazione-prodotto, cioè il giudizio tecnico finale; o come "indiretti" se vertono sulla

valutazione tecnica come procedimento intellettuale, come ragionamento¹⁴⁷.

In altre parole, mentre la distinzione sindacato estrinseco/sindacato intrinseco verte sui *criteri* di cui il giudice si avvale per valutare la legittimità o meno della valutazione tecnica, la distinzione sindacato diretto/indiretto verte sull'*oggetto* del sindacato¹⁴⁸.

Deve qui anticiparsi ciò che nel prosieguo si registrerà di frequente, e cioè che vi sono frequenti oscillazioni terminologiche tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: a volte il sindacato estrinseco viene qualificato come “debole” e il sindacato intrinseco debole come “forte”¹⁴⁹. Altre volte, con la locuzione “sindacato forte” si intende il sindacato intrinseco forte e con la locuzione “sindacato debole”, l'intrinseco debole¹⁵⁰.

2. L'evoluzione della giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche prima della sentenza 601/99 del Consiglio di Stato.

¹⁴⁷ Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, cit., 110. A. GIUSTI, cit., 217 ss, mostra invece una tendenza ad identificare il sindacato estrinseco e quello indiretto, così come il sindacato intrinseco e quello diretto.

¹⁴⁸ M. DELSIGNORE, cit.

¹⁴⁹ Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247.

¹⁵⁰ F. CARINGELLA, *Corso*, II, 1490, nota 38.

La giurisprudenza amministrativa ha tradizionalmente affermato la riconduzione della discrezionalità tecnica al merito.

E, così come la valutazione di merito è stata inizialmente ritenuta insindacabile dal giudice amministrativo, e poi successivamente sindacabile solo per il tramite dell'eccesso di potere (sindacato estrinseco), la stessa evoluzione ha subito il controllo giudiziale sulla discrezionalità tecnica¹⁵¹.

L'iniziale indirizzo giurisprudenziale in favore dell'insindacabilità riposava sull'assunto, già analizzato nella prima parte del lavoro, dell'accostabilità dell'opinabilità al merito, talchè ove si trattasse di soluzioni opinabili, com'era nel caso della valutazioni tecniche, la scelta andava compiuta, come sosteneva Bachelet, "*in relazione a valutazioni di pubblico interesse*"¹⁵².

Tuttavia, l'impostazione pretoria che affermava assoluta insindacabilità¹⁵³, non era, già nella sua fase iniziale, senza eccezioni ed aperture.

¹⁵¹ In questo senso, per limitarsi alla giurisprudenza meno risalente: Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 1992, n. 940; Tar Lazio, Latina, 2 aprile 1996, n. 377; Tar Lazio, Latina, 10 ottobre 1998, n. 994; Cons. Stato, sez. IV, 23 ottobre 1991, n. 846; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 1996, n. 380; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 1998.

¹⁵² V. BACHELET, *L'attività*, cit., 39.

¹⁵³ Su cui E. GALANTI, *Discrezionalità della autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, Eurosistema, n. 64, giugno 2009, 19 ss.

E' il caso della pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 13/06/1902 commentata dal Cammeo¹⁵⁴, ove il Collegio aveva ritenuto di “*sindacare l'esistenza dell'urgenza che autorizza le deputazioni provinciali e le giunte comunali a sostituirsi ai consigli*”.

Le suddette aperture verso l'ammissibilità del sindacato estrinseco sono comparse in svariate decisioni anche nei decenni successivi¹⁵⁵, prendendo sempre maggior campo in diversi settori, quali: i giudizi sull'importanza storico-artistica di un bene o sull'interesse paesistico e culturale di un immobile (settore in cui la giurisprudenza ammetteva un sindacato di legittimità meno intenso di quello praticabile sulla discrezionalità amministrativa¹⁵⁶);

¹⁵⁴ F. CAMMEO, cit., 87.

¹⁵⁵ Cons. St., V, 15.6.1934 n. 708, in *Foro amm.*, 1934, I, 2, 246; ID., 25.11.1936 n. 1077, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, 62; Cons. St., V, 1.2.1935 n. 60, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, II, 169; ID., IV, 7.7.1936, n. 727, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, 610; ID., IV, 5.3.1932 n. 104, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, II, 323; Cons. St., V, 13.7.1938 n. 405, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, II, 669; Cons. St., V, 13.10.1937 n. 1095, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, 721; Cons. St., IV, 6.10.1936 n. 457, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, 613; Cons. St., V, 23.10.1948, n. 658; Cons. St., V, 1.7.1950, n. 813.

¹⁵⁶ Cons. St., VI, 25.3.1964, n. 267; ID., 17.11.1964, n. 821; Cons. St., VI, 8.11.1961, n. 851; Cons. St., I, 20.9.1960, 1738; Cons. St., I, 9.12.1953, n. 2144; Cons. St., VI, 21.9.1999, n. 1243; Cons. St., 1999, I, 1457; TAR Lazio, II, 25.2.1989, n. 311, in *TAR*, 1989, I, 837.

l'urbanistica e l'edilizia¹⁵⁷; i concorsi e il pubblico impiego¹⁵⁸.

Fino ancora agli anni novanta¹⁵⁹ quindi, la giurisprudenza era divisa tra coloro che propendevano per l'insindacabilità assoluta¹⁶⁰ e coloro che

¹⁵⁷ Cons. St., IV, 29.7.1980, n. 807, in *Cons. St.*, 1980, I, 973; Cons. St., IV, 6.7.1976, n. 520, in *Cons. St.*, 1976, I, 734; ID., 8.2.1980, n. 91, in *Cons. St.*, 1980, I, 150; Cons. St., IV, 27.9.1977, n. 775, in *Cons. St.*, 1977, I, 1308; ID., 3.6.1980, n. 635, in *Cons. St.*, 1980, I, 851; ID., 26.9.1980, n. 945, in *Cons. St.*, 1980, I, 1134; ID., 7.7.1981, n. 542, in *Cons. St.*, 1981, I, 664; Cons. St., IV, 27.5.1977, n. 533, in *Cons. St.*, 1977, I, 176; Cons. St., Ad. Plen., 3.7.1997, n. 12, in *Cons. St.*, 1997, I, 971; Cons. St., IV, 22.3.1993, n. 333, in *Foro amm.*, 1993, 395; Cons. St., IV, 18.3.1980, n. 270, in *Cons. St.*, 1980, I, 279; Cons. St., IV, 15.4.1996, n. 492, in *Foro amm.*, 1996, 1175; TAR Lazio, I, 18.5.1983, n. 431, in *Giur. merito*, 1985, 465.

¹⁵⁸ Cons. St., IV, 4.9.1992, n. 731, in *Foro amm.*, 1992, 1872.

¹⁵⁹ Cfr. L. R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422.

¹⁶⁰ Cons. St., Sez. VI, 7 aprile 1997, n. 559, in *Foro amm.*, 1997, 1124; Cons. giust. Amm. Sicilia, 29 dicembre 1997, n. 579, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1743; Cons. St., Sez. VI, 15 aprile 1996, n. 492, in *Foro amm.*, 1996, 1175; Cons. St., Sez. VI, 24 febbraio 1996, n. 247, in *Foro amm.*, 1996, 627; Cons. St., Sez. VI, 14 febbraio 1996, n. 211, in *Cons. Stato*, 1996, I, 284; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 novembre 1995, n. 605, in *Foro amm.*, 1996, 307; Cons. St., Sez. VI, 20 novembre 1995, n. 1321, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 156; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 1995, n. 159; Cons. St., sez. V, 3 maggio 1995, n. 682; Tar Emilia-Romagna, Parma, 21 dicembre 1994, n. 406; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 4 aprile 1992, n. 118; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 5 giugno 1991, n. 399; Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 1992, n. 139; Cons. St.,

praticavano il solo sindacato estrinseco per eccesso di potere nelle forme dell'illogicità, dell'errore nei presupposti di fatto o per vizio di motivazione¹⁶¹.

sez. IV, 23 ottobre 1991, n. 846; Tribunale Superiore delle Acque, 27 novembre 1989, n. 103; Tribunale Superiore delle Acque, sez. V, 22 gennaio 1982, n. 55.

¹⁶¹ Cons. St., Sez. V, 4 ottobre 1993, n. 978, in *Foro amm.*, 1993, 2072; Cons. St., Sez. VI, 5 novembre 1993, n. 801, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1459; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Parma, 16 gennaio 1995, n. 13, in *Foro amm.*, 1995, 1057; T.A.R. Molise, 3 febbraio 1995, n. 28, in *Trib. Amm. Reg.*, 1995, I, 1825; Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 1995, n. 518, in *Foro amm.*, 1995, 1026; T.A.R. Lazio, Sez. II, 22 giugno 1995, n. 1093, in *Foro amm.*, 1996, 218; Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 1996, n. 365, in *Foro amm.*, 1996, 861; Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 1996, n. 305, in *Foro amm.*, 1996, 826; Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 1996, n. 1058, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 127; Cons. St., Sez. VI, 18 luglio 1996, n. 950, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1199; T.A.R. Lazio, Sez. II, 15 maggio 1996, n. 944, in *Trib. Amm. Reg.*, 1996, I, 1758; Cons. St., Sez. VI, 1 febbraio 1996, n. 165, in *Cons. Stato*, 1996, I, 254; T.A.R. Lazio, Sez. II, 24 aprile 1996, n. 897, in *Trib. Amm. Reg.*, 1996, I, 1773; Cons. St., Sez. II, 23 ottobre 1996, n. 3184, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1307; T.A.R. Toscana, Sez. I, 3 novembre 1997, n. 458, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, 131; T.A.R. Toscana, Sez. II, 17 settembre 1997, n. 596, in *Foro amm.*, 1998, 1536; Cons. giust. Amm. Sicilia, Sez. giurisd., 3 settembre 1997, n. 335, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1271; T.A.R. Veneto, Sez. II, 29 ottobre 1996, n. 1801, in *Giur. merito*, 1997, 603; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28 gennaio 1998, n. 36, in *Cons. Stato*, 1998, I, 122; Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 1998, n. 358, in *Cons. Stato*, 1998, I, 454; Cons. St., Sez. V, 22 giugno 1998, n. 463, in *Cons. Stato*, 1998, I, 935; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Parma, 29 luglio 1998, n. 415, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, 3737; Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 1998, n. 358, in *Cons. Stato*, 1998, I, 454; Cons. St., Sez. IV, 9

E' allora comprensibile l'osservazione, comune in dottrina, secondo cui il giudice amministrativo si è sempre mostrato restio a controllare pienamente le valutazioni tecniche della pubblica amministrazione. Anzi, *“la stessa nozione di discrezionalità tecnica sembra potersi considerare il frutto delle elaborazioni giurisprudenziali e dei limiti che il giudice amministrativo ha, da sempre e costantemente, imposto al proprio sindacato”*¹⁶².

3. La sentenza 601/1999.

gennaio 1986, n. 7; Tar Calabria, Catanzaro, 3 febbraio 1994, n. 147; Tar Marche, 12 gennaio 1981, n.1; Cons. St., sez. V, 3 aprile 1990; Tar Puglia, Lecce, 23 novembre 1987, n. 1043; Tar Veneto, sez. I, 9 dicembre 1992, n. 564; Tar Sicilia, sez. I, 10 settembre 1991, n. 510; Cons. St., sez. V, 20 dicembre 1995, n. 1773; Cons. St., sez. VI, 24 agosto 1992, n. 615; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 11 settembre 1990, n. 663; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 1991, n. 47; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 1993, n. 333; Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 1989, n. 1667; Tar Molise, 5 novembre 1984, n. 263; Tar Toscana, sez. III, 27 dicembre 1994, n. 434; Tar Lazio, sez. II, 6 aprile 1993, n. 405; Tar Lazio, sez. II, 12 giugno 1993, n. 710; Tar Lazio, sez. II, 11 maggio 1991, n. 849; Tar Umbria, 15 aprile 1985, n.81; Cons. St., sez. VI, 22 dicembre 1993, n. 1022; Tar Campania, Napoli, sez. II, 11 aprile 1998, n. 145; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 16 luglio 1993, n. 457; Cons. St., sez. IV, 30 novembre 1992, n. 986; Tar Lazio, sez. II, 8 giugno 1993, n. 657; Cons. reg. sic. 11 ottobre 1982, n. 45; Cons. St., sez. V, 30 marzo 1993, n. 442; Tar Lazio, Latina, 9 marzo 1991, n. 187; Cons. St., sez. V, 18 aprile 1988, n. 233.

¹⁶² M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185.

Nel 1999, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha infine accolto le suggestioni dottrinali che qualificavano le valutazioni tecniche non più come apprezzamenti svolti in base a norme non giuridiche (e quindi rientranti nel merito poiché comportanti comunque un margine di scelta), bensì come accertamenti di fatti complessi -presupposti di fatto del provvedimento amministrativo- che devono essere conformi a norme giuridiche (nelle quali sono “inglobate” le norme tecniche richiamate) a pena di illegittimità.

Tali apprezzamenti, si è argomentato, ben possono essere sottoposti anche ad un sindacato intrinseco, che si spinga a valutare (a) l’idoneità dei criteri tecnici prescelti e (b) la loro corretta applicazione.

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, costituisce quindi il primo vero momento di rottura rispetto all’orientamento tradizionale circa la sindacabilità solo estrinseca della discrezionalità tecnica.

Il caso deciso originava dall’impugnazione, da parte di un magistrato in quiescenza, del provvedimento recante il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una cardiopatia ischemica.

La sentenza di primo grado aveva ritenuto che la causa della patologia non potesse essere oggettivamente dimostrata, trattandosi di malattia rientrante tra quelle “a genesi multifattoriale”.

Di conseguenza il collegio di prime cure aveva ritenuto che l’onere di motivare il provvedimento di diniego del riconoscimento fosse stato correttamente

assolto con il solo riferimento al valore probabilistico di specifici "fattori di rischio". Ciò perché, ove manchi la possibilità di dimostrare con certezza la causa di una "affezione a genesi multifattoriale", il "contenuto specialistico" del procedimento valutativo è sottratto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

La pronuncia di primo grado ribadiva dunque la tradizionale preferenza per il sindacato estrinseco.

La sentenza 601, che trattava di una materia (il pubblico impiego) allora devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha offerto, sulla scorta delle intuizioni di Ledda, una chiara distinzione tra il "merito amministrativo" e "la discrezionalità tecnica": *"Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato (...): dunque, del merito dell'atto amministrativo. La c.d. "discrezionalità tecnica", invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa 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 perché opinabile - in una questione di*

opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito.”.

Quindi, se la cognizione del merito è preclusa al giudice nel giudizio di legittimità, non così l'indagine sui presupposti di fatto del provvedimento¹⁶³: *“anzi, il*

¹⁶³ Sul punto, la sentenza 601 fa propria la linea argomentativa del giudice ordinario, citando Cass. Civ., 5 agosto 1994, n. 7261, secondo cui *“con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, 3° comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato”.*

M. DELSIGNORE, cit., ha notato che la sentenza 601 distingue, nell'azione amministrativa, due diverse fasi, seppure *“talvolta coincidenti nello spazio temporale, logicamente ben marcate. L'una consiste nella valutazione sulla sussistenza dei presupposti di fatto, e come tale è pienamente sindacabile dal giudice nell'ambito del giudizio di legittimità; l'altra, solo eventuale, in quanto ricollegata all'esercizio di un potere non vincolato, è la fase in cui l'Amministrazione opera la ponderazione degli interessi in gioco e compie una scelta, espressione della discrezionalità amministrativa. Il potere esercitato in quest'ultima fase è sindacabile solo in sede di giudizio di merito. La discrezionalità tecnica, ci dice il Consiglio di Stato, si*

potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato viene considerato come lo specifico della giurisdizione amministrativa di legittimità, che la differenzia dal giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione.”.

Nel proprio percorso argomentativo, la sentenza 601 trae anche spunto dall'intervento additivo della Corte costituzionale (sentenza n. 146 del 1987), che ha annullato l'art. 44, r.d. 1054/1924 nella parte in cui non consentiva, in materia di processo sul pubblico impiego, l'esperimento della consulenza tecnica d'ufficio¹⁶⁴ (*“L'esperibilità della consulenza tecnica*

riconde alla prima fase, ovvero alla fase d'individuazione della sussistenza dei presupposti di fatto”.

La medesima Autrice ha altresì osservato che, se è indubitabile che il giudice amministrativo può vagliare la sussistenza dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, tuttavia, quando si tratti di provvedimenti tecnico discrezionali, la p.a. non si limita a confrontare la legge con la realtà, ma la “trasforma”, creando, per così dire, il fatto giuridico, potendo *“pur sempre, compiere apprezzamenti ovvero, in assenza di certezze scientifiche, prediligere, in base a valori e convinzioni soggettive, una tra le diverse teorie tutte ugualmente valide”*.

¹⁶⁴ Oltre agli argomenti elaborati dalla dottrina, e già esplorati nella prima parte, uno delle ragioni a sostegno della sindacabilità solo estrinseca è stata la tradizionale mancanza, nel processo amministrativo, prima del D. Lgs. 80/98 e della l. 205/2000, di strumenti idonei a sindacare le valutazioni tecniche, e cioè la mancanza della consulenza tecnica, oggi disciplinata dall'art. 67 del codice del processo amministrativo. Tale lacuna del resto, ben si conciliava con la struttura tradizionale del processo amministrativo, concepito come meramente impugnatorio e “cartolare”. Lo strumento

nel processo del lavoro pubblico, così come successivamente per le materie - edilizia, urbanistica, servizi pubblici - di giurisdizione esclusiva piena, ai sensi dell'art. 35, comma 3, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, è strumentale al più completo accertamento del fatto, accertamento che, per quanto prima detto, deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità.”).

Nessuna riserva di amministrazione, conclude quindi il Collegio, sulle valutazioni tecniche: *“è ragionevole l'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo, elemento*

della verifica non poteva colmare tale vuoto, atteso che si trattava di istituto la cui natura è, secondo la giurisprudenza, non equivalente alla c.t.u., in quanto non è possibile nominare un perito per mezzo di verifica. Inoltre la verifica non garantisce la terzietà di chi svolge la valutazione (la formulazione originaria dell'art. 44, R.d. 1054/1924 prevedeva infatti il deferimento del mezzo di prova “alla stessa amministrazione che ha formulato il giudizio tecnico”). La successiva elaborazione giurisprudenziale ha consentito che la verifica venisse ordinata anche a diversa amministrazione con funzioni di controllo sulla prima, ma ciò non risolveva del tutto il problema dell'imparzialità.

Peraltro, secondo una parte della giurisprudenza amministrativa (cfr. ad esempio Cons. St., Sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422, in *Foro amm.*, 1985, 1379 e in *Le Regioni*, 1986, 281, con nota critica di C. MARZUOLI, *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi di prova nel giudizio di legittimità*) verifica e consulenza si distinguerebbero anche per il loro diverso *oggetto*: mentre le verifiche sarebbero meri accertamenti, le perizie sarebbero vere e proprie valutazioni discrezionali, ammissibili esclusivamente nel giudizio di merito.

specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale.”.

Il portato dell'argomentazione del Consiglio di Stato è che il sindacato sulla discrezionalità tecnica non deve necessariamente essere “estrinseco”, ben potendo invece consistere nella “*verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.*”.

Il percorso argomentativo della sentenza –in particolare laddove afferma che “*quando la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica, l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto di riconoscimento o di diniego.*”- è evidentemente debitore delle ricostruzioni di Franco Ledda¹⁶⁵.

¹⁶⁵ L'affermazione ricalca quasi *verbatim* un passo di F. LEDDA, cit., 433: “*quando la tecnica sia comunque incorporata nel diritto, tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni*

Applicando le sovraespresse coordinate ermeneutiche, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il giudizio di esclusione della dipendenza da causa di servizio della cardiopatia ischemica costituisse affermazione di un criterio tecnico inadeguato, poiché la dipendenza veniva esclusa per il solo fatto della preesistenza di fattori di rischio (fumo, diabete mellito, arteriopatia ostruttiva agli arti inferiori), non tenendo invece conto dell'accertato "particolare affaticamento" cui il ricorrente si era sottoposto.

Detta conclusione, però, è stata motivata con riferimento alle "costanti acquisizioni giurisprudenziali", e non con l'incompatibilità rispetto ai risultati della scienza, nè il giudice ha ritenuto di fare ricorso ad alcuna consulenza tecnica d'ufficio¹⁶⁶.

Ciò significa che il Consiglio non ha in concreto applicato la proprie affermazioni di principio.

non corrette o insufficienti inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell'atto".

¹⁶⁶ Sotto questo profilo, la decisione è stata criticata da L. R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422: "non può essere apprezzata la decisione che qui si annota, poiché conclude per l'erroneità della decisione dell'amministrazione non sulla base della ripetizione della valutazione secondo le regole del sapere tecnico, ma sulla scorta di un ragionamento giuridico. A ragionare come fa il Consiglio di Stato, si perpetua l'idea che il giudice sia peritus peritorum, sicché il magistrato sarebbe titolare di una sorta di potere superiore di valutazione dei risultati cui giungono i periti, in forza del suo libero convincimento, sicché il suo intuito gli consentirebbe di scorgere laddove scienza e tecnica hanno, pure in modo opinabile, visto e detto."

Il che ha fatto inizialmente dubitare che il controllo delineato dalla sentenza fosse applicabile a fattispecie diverse da quelle regolate da norme che richiamano concetti scientifici oggettivamente determinabili¹⁶⁷ (come è la materia delle infermità da causa di servizio).

Anche perché, nel momento storico in cui la sentenza fu emanata, l'approccio del Consiglio di Stato, laddove si trattasse di questioni tecniche altamente opinabili, era decisamente diverso, e limitato al sindacato estrinseco.

Il sindacato delineato dalla sentenza 601 è *diretto* (in quanto verte sul contenuto del giudizio tecnico e non sulla mera ragionevolezza), nonché, stando alla lettera della motivazione, anche *sostitutivo*¹⁶⁸ (“Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.”).

Secondo Delsignore¹⁶⁹, tale affermazione, non meglio argomentata, significa certamente che il giudice può, valendosi di cognizioni tecnico-scientifiche, risolvere autonomamente il problema tecnico, per poi pervenire ad una valutazione sostitutiva.

Ciò che il Consiglio di Stato non dice esplicitamente è se tale operazione possa essere compiuta in ogni caso,

¹⁶⁷ M. DELSIGNORE, cit.

¹⁶⁸ Cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, cit., 117.

¹⁶⁹ M. DELSIGNORE, cit.

anche quando la valutazione sia solo opinabile ma non scorretta; ovvero solo qualora tale apprezzamento sia senza dubbio insostenibile per inidoneità dei criteri tecnici prescelti o per la loro scorretta applicazione.

Il riferimento che la sentenza 601 fa alla verifica dell'attendibilità del criterio sotto il profilo della correttezza, induce tuttavia l'Autrice a ritenere *“che i poteri sostitutori saranno esercitati dal giudice amministrativo solo qualora il criterio o il procedimento applicativo del medesimo siano totalmente inattendibili e non quando, invece, l'Amministrazione abbia legittimamente ritenuto di aderire ad una tra le regole probabilistiche esistenti”*.

Daria de Pretis ha osservato come la sentenza 601, pur facendo riferimento ai “concetti giuridici indeterminati”, abbia optato, in punto di sindacato, per una soluzione ben diversa dal principio, vigente in Germania, di piena controllabilità degli stessi (principio che conosce tuttavia sempre più numerose eccezioni), e che comporta la sostituzione giudiziale anche della valutazione (non inattendibile ma semplicemente) opinabile.

Poiché, nota l'Autrice, nella pronuncia 601 non è la soluzione opinabile ma solo quella inattendibile a poter essere annullata, *“la portata della sentenza (...) appare meno dirompente di quanto certamente non sarebbe potuto essere se l'applicazione della teoria*

*dei concetti giuridici indeterminati fosse stata integrale*¹⁷⁰.

Aldo Travi ha osservato come la sentenza abbia introdotto di fatto una nuova ipotesi di eccesso di potere¹⁷¹: l'inattendibilità, accostabile alla figura dell'"errore manifesto di apprezzamento delle valutazioni tecniche della p.a.", comune nel sistema di giustizia amministrativa francese.

L'Autore ha anche notato che l'introduzione di un sindacato di inattendibilità lasciava aperta la questione di quale fosse il significato di tale espressione: se cioè "inattendibilità" significasse mero contrasto con il senso comune, oppure se con detta locuzione si intendesse dire che il giudice poteva esprimere un giudizio di condivisibilità o meno della valutazione amministrativa, discostandosi da essa ogni qual volta ritenesse più ragionevole una soluzione diversa.

Solo nel secondo caso, argomenta Travi, il sindacato del giudice amministrativo acquistava caratteri significativamente differenti rispetto a quelli tradizionali.

¹⁷⁰ D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179.

¹⁷¹ L'osservazione è ripresa da C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, T.A.R. 2005, 04, 1359, secondo cui il sindacato intrinseco debole introdotto dalla 601 sarebbe una "nuova figura di eccesso di potere destinata a consentire un maggior approfondimento del controllo del giudice" sulle valutazioni tecniche.

Non così, invece nella prima ipotesi, dove “*il risultato non si discosta molto dalla giurisprudenza tradizionale, che ammetteva il sindacato nel caso “estremo” dell’ “ingiustizia manifesta”*”¹⁷².

4. *Gli orientamenti della giurisprudenza nazionale successivi alla 601/99.*

Anche successivamente alle affermazioni della pronuncia 601, la maggior parte della giurisprudenza è comunque rimasta orientata ad ammettere solo un sindacato intrinseco di tipo debole (non sostitutivo).

E una rilevante parte dei giudici amministrativi applica ancora il tradizionale sindacato estrinseco, magari affermando, con quella incoerenza tra affermazioni di principio e applicazioni pratiche che si è già segnalata, di applicare il sindacato intrinseco debole.

Ciò che emerge inoltre, è un rifiuto pressochè generalizzato del controllo intrinseco forte (sostitutivo); rifiuto che, in linea di massima, conosce qualche eccezione solo nelle pronunce dei tribunali di primo grado, ed in particolare nella fase cautelare.

¹⁷² A. TRAVI, *Nota* a Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, II, 10. Le considerazioni di Travi sono riprese da G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 197.

4.1. *Distonia tra il controllo enunciato e quello praticato, e labilità della distinzione tra controllo estrinseco e controllo intrinseco forte.*

Quanto all'incoerenza tra le affermazioni di principio che i giudici fanno circa il tipo di sindacato che intendono praticare e quello che effettivamente praticano, occorre notare come, con riguardo ai rapporti tra il sindacato estrinseco e quello intrinseco debole, la suddetta incoerenza è in parte anche dovuta alla difficoltà, ben notata dalla dottrina, di distinguere tra i due¹⁷³.

Un esempio di come sia mobile il confine tra l'una e l'altra forma di controllo è la vicenda giudicata in primo grado dal T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 18 settembre 2012, sentenza in forma semplificata n. 7851, e in grado di appello da Cons. Stato Sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6291.

In primo grado era stato accolto il ricorso di una candidata agli esami per l'abilitazione forense. Il Tribunale aveva ritenuto che il giudizio negativo ricevuto dalla candidata poggiasse sulla presenza,

¹⁷³ Per tutti: R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 03, 792, secondo cui il "controllo denominato «intrinseco debole» tuttavia "assomiglia assai al classico controllo esterno sull'eccesso di potere", e A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubblico*, 2004, 2, 439-460, secondo cui spesso il controllo di attendibilità si riduce ad "un semplice corollario di parametri generali di ragionevolezza".

nell'elaborato, di un grave errore ortografico (la mancata segnalazione dell'elisione dell'articolo indeterminativo davanti a nome di genere femminile).

E tuttavia, a parere del Tribunale amministrativo, tale circostanza non poteva considerarsi provata in modo assoluto, in quanto: (a) non si poteva escludere che l'errore ortografico fosse *“il frutto di una mera svista della candidata, verosimilmente dovuto alle obiettive condizioni di stress che accompagnano lo svolgimento delle prove in questione”*; (b) si doveva tenere conto che *“la stessa candidata, sia nella prova di diritto civile, sia nelle altre due, non incorreva più nel medesimo errore, così dimostrando di conoscere e saper correttamente applicare la regola ortografica in questione”*.

Il Consiglio di Stato ha censurato la sentenza di primo grado, ribadendo che *“in tema di esami per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, il giudizio formulato dalla Commissione comporta una valutazione essenzialmente qualitativa della preparazione scientifica del candidato ed attiene così alla sfera della discrezionalità tecnica, censurabile unicamente, sul piano della legittimità, per evidente superficialità, incompletezza, incongruenza, manifesta disparità, emergenti dalla stessa documentazione, tali da configurare un palese eccesso di potere, senza che con ciò il giudice possa o debba entrare nel merito della valutazione”*, e sposando dunque l'orientamento secondo cui il controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica dovrebbe essere *“estrinseco”*.

Si tratta di una vicenda che evidenzia la labilità del confine tra i due modelli di controllo.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il Tar Lazio avesse violato i limiti consentiti al giudice amministrativo, per aver censurato la valutazione tecnica senza che vi fossero indici sintomatici dell'eccesso di potere (e compiendo quindi un controllo non limitato al rilievo di tali indici).

Ma non si può fare a meno di notare come l'operazione compiuta dal Tar Lazio, se anche fosse effettivamente un travalicamento rispetto al confine del mero riscontro del travisamento dei fatti (sindacato estrinseco), potrebbe senza troppe difficoltà essere anche qualificata come controllo circa l'adeguatezza del criterio imposto dalla disciplina tecnica in gioco e circa l'applicazione dello stesso (e cioè come sindacato intrinseco debole, consentito a seguito della sentenza 601/99).

In fondo, ciò che il giudice di primo grado pare voler dire, è che la p.a. (non tenendo conto di fattori quali lo stress imposto alla candidata e l'unicità dell'errore, non ripetuto negli altri elaborati) ha errato nell'applicare le regole tecniche che dovrebbero essere attuate quando si tratti di emettere la valutazione tecnica in cui consiste l'esame da avvocato.

Il che porta a riflettere su quanto sia sfuggente la distinzione tra controllo estrinseco -limitato al rilievo dei sintomi dell'eccesso di potere- e controllo intrinseco debole, che si spinge a giudicare l'adeguatezza del criterio tecnico e il procedimento applicativo dello stesso.

Tale osservazione vale anche per quanto affermato dal Consiglio di Stato.

Quando il giudice di secondo grado afferma che il compito “*non presentava caratteristiche di valore assoluto tali da condurre all'affermazione per cui esso doveva certamente essere valutato in modo sufficiente*” intende affermare che il giudizio della commissione non è affetto da macroscopica illogicità.

Ma tale affermazione potrebbe anche essere interpretata in modo diverso: si potrebbe sostenere che il Consiglio stia emettendo un giudizio utilizzando le regole tecniche che devono essere utilizzate per compiere la valutazione tecnica cui è chiamata la commissione (la scienza giuridica).

Il Consiglio di Stato –in altre parole- non sta forse controllando il corretto utilizzo del criterio tecnico, e quindi compiendo –malgrado le proprie dichiarate intenzioni- non un controllo estrinseco ma un controllo intrinseco debole, come delineato dalla sentenza 601/99?

4.2. *Il rifiuto del sindacato sostitutivo.*

S'è detto della generale tendenza giurisprudenziale a non spingersi oltre la soglia dell'attendibilità, e quindi a non praticare una sostituzione della valutazione tecnica opinabile, ma non inattendibile. A seguito dell'introduzione generalizzata della consulenza tecnica nel processo amministrativo ad opera della l. 205/2000, al giudice è stato fornito uno strumento per

poter ripercorrere direttamente la valutazione della p.a. senza limitarsi a controlli di tipo logico, con la conseguenza di potersi fare un'opinione diversa da quella cui è giunta la p.a.

Si è posto allora il problema se il giudice possa o meno sostituire la propria valutazione a quella amministrativa, e la giurisprudenza successiva alla 601 ha quindi coniato la distinzione tra sindacato “debole” e “forte”.

Inizialmente, i giudici utilizzavano la locuzione “sindacato debole” come sinonimo di sindacato estrinseco e la locuzione “sindacato forte” come sinonimo di sindacato “intrinseco debole”¹⁷⁴.

Con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5287 del 6 ottobre 2001, la Sez. IV (la medesima che aveva emesso la pronuncia 601) ha invece ridefinito le locuzioni, precisando che per sindacato “debole” deve intendersi il sindacato intrinseco debole inaugurato dalla sentenza 601, mentre per sindacato “forte” deve intendersi quello che *“si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione”*.

Ciò posto, la sentenza ha affermato l'impraticabilità del sindacato sostitutivo, secondo un argomento, spesso proposto dalla dottrina che avversa il controllo sostitutivo, dell'inestricabilità dei profili tecnici rispetto a quelli discrezionali puri: *“e' invero, frequente riscontrare una linea di demarcazione molto*

¹⁷⁴ Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001 n. 1247.

sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell'interesse pubblico (...). Non solo tra di essi è spesso apprezzabile contestualità cronologica, ma addirittura parziale sovrapposizione concettuale sul piano logico. Accade, insomma, che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario”.

E tuttavia, la pronuncia è di particolare interesse perché stabilisce una regola generale che, letta *a contrario*, lascerebbe delle aperture al sindacato sostitutivo ogni volta in cui il presupposto della stretta connessione tra apprezzamento tecnico e valutazione discrezionale non sia presente.

In altre parole, la pronuncia 5287 afferma che la sostituzione è impedita ove vi siano fattispecie di “fusione” del momento tecnico con quello discrezionale. Tale fusione si verificherebbe: *“nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettiva complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all'interesse dedotto dal ricorrente, anch'esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell'art.113 Cost.”.* Inoltre *“L'emersione di siffatti interessi (...), induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell'amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica”.*

Ma, se così, come è stato notato dalla dottrina¹⁷⁵, il ragionamento della Quarta sezione dovrebbe condurre a ritenere ammissibile il sindacato sostitutivo ogni volta in cui le condizioni sopra indicate non siano verificate.

¹⁷⁵ Secondo C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, T.A.R. 2003, 4, 1185, la decisione, se letta *a contrario*, implica il riconoscimento del sindacato intrinseco forte come regola e di quello intrinseco debole come eccezione: “Alla luce di quanto affermato, si sarebbe potuto pensare di trovarsi di fronte ad una vera rivoluzione dei principi in materia di controllo sulla c.d. «discrezionalità tecnica»: il sindacato «sostitutivo» (reso possibile naturalmente grazie all'intervento del consulente tecnico) sarebbe la regola, mentre il «sindacato debole», l'eccezione giustificata solo dalla configurabilità di una riserva nel senso evidenziato”); tuttavia “l'affermazione dell'esperibilità di un vero e proprio sindacato « forte » nei termini prospettati dalla sent. n. 5287 del 2001, cit. (cioè sostitutivo) non pare aver avuto ulteriore seguito.”.

Nello stesso senso M. ASPRONE - M. MARASCA - A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 87, secondo cui, nella sentenza 5287, “Oltre a chiarire la differenza tra i due tipi di sindacato, si procede a ricondurre quello c.d. debole ai casi, peraltro ritenuti molto frequenti, in cui valutazione tecnica e merito amministrativo siano sovrapposti. A contrario si deve quindi dedurre che negli altri frangenti possa essere ammissibile un sindacato di tipo “forte”, affermazione peraltro, come detto, poco accolta in giurisprudenza”.

L' impostazione seguita dalla sentenza 5287 è stata poi contestata da S. Veneziano¹⁷⁶, secondo cui, in ragione del divieto costituzionale di limitare la tutela giurisdizionale a seconda della tipologia di atti, le argomentazioni proposte dalla pronuncia non sono idonee a fondare la distinzione tra sindacato intrinseco forte e debole (*“deve ritenersi che – a fronte di principi costituzionali quali quello della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), anche amministrativa (art. 113, co. 1, Cost.) senza possibilità di limitazioni per determinate categorie di atti (art. 113, co. 2, Cost.) – non sia possibile fondare la sopraindicata limitazione su pretesi profili differenziali degli atti, ancorati alla natura degli interessi coinvolti, al procedimento di loro formazione o all'autorevolezza e specializzazione dell'Autorità emanante. Il fondamento giuridico della citata limitazione andrebbe, quindi, eventualmente ricercato in un qualche principio ordinamentale desumibile dal sistema stesso della giustizia amministrativa”*).

Le aperture adombrate dalla sentenza 5287 non sono tuttavia state sviluppate dalla giurisprudenza immediatamente successiva, che ha manifestato un deciso rifiuto del sindacato sostitutivo, salvo le aperture dei giudici di primo grado, sempre cassate in appello¹⁷⁷.

¹⁷⁶ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n.2199; Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217; Tar Lazio, sez. I, 14 novembre 2001

Attualmente, come si è già detto, la posizione della giurisprudenza assolutamente maggioritaria è nel senso dell'ammissibilità del solo sindacato intrinseco debole –fermo che in molti casi il sindacato effettivamente praticato, magari a dispetto delle enunciazioni di principio, è ancora quelle estrinseco.

Sovente si registrano arretramenti espliciti verso il sindacato estrinseco, che dipendono anche da come i giudici interpretano le norme che regolano la vicende portate alla loro attenzione; e da quale sia, nel caso concreto, il tasso di “soggettività” che il giudice ritiene di ravvisare nella tipologia di valutazione tecnica demandata alla p.a.

Un esempio in questo senso è la pronuncia resa dalla Cassazione civile, Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312¹⁷⁸.

n. 9354 (annullata dal Consiglio di Stato con decisione n. 5156 del 2002). Non mancano pronunce di primo grado che negano recisamente l'esperibilità di un sindacato forte (ad esempio, Tar Friuli-Venezia Giulia, 10 febbraio 2001 n. 44).

¹⁷⁸ Su cui: M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, pag. 1602; A. FALCHI DELITALIA, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 381, c.1, lett. f del D. Lgs 163/2006 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, fasc.12, 2012, pag. 3143; F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in *www.giustamm.it*.

La vicenda riguardava l'esclusione da una gara d'appalto per l'emersione, ex art. 38, co.1, lett. f) di gravi negligenze e contestazioni, sfociate in delibera di risoluzione per inadempimento.

Rigettato in primo grado, il ricorso delle imprese escluse è stato accolto dal Consiglio di Stato (sentenza 5029/2010), all'esito di un'articolata consulenza tecnica, mediante la quale il giudice d'appello ha rilevato indici sintomatici di eccesso di potere, e quindi di un indebito fine di esclusione: in particolare, la contraddizione tra le asserite gravi inadempienze e i successivi rinnovi o proroghe dei contratti ed ammissione alla fase di prequalifica della gara; nonché i dubbi sulla attendibilità degli accertamenti tecnici delle inadempienze asseritamente compiute da una delle società.

Le Sezioni Unite hanno cassato la decisione del Consiglio di Stato, ritenendola uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa.

La Corte muove da un'osservazione del ricorrente, ritenuta "non implausibile", secondo cui "*il parametro di inattendibilità -adottato per individuare, sulla base delle risultanze della CTU, valutazioni tecniche inaccettabili (perchè affette da pretesi errori madornali secondo l'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato nella nota sentenza 601 del 1999)*" è un parametro rispettoso dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa ove si tratti di sindacare le valutazioni concorsuali delle commissioni esaminatrici. Ma è invece "*non poco inappropriato ove utilizzato nello scrutinio di legittimità di scelte ad*

alto tasso di "soggettività", quale quella dalla legge consentita alla stazione appaltante" .

L'evidenza dell'errore –secondo la Corte- è un criterio “*aperto ad una lettura soggettiva*”, che ne sconsiglia l'utilizzabilità come sintomo di eccesso di potere, tutte le volte in cui l'ambito valutativo riservato alla p.a. non sia (a) segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e l'adeguatezza, ma sia invece (b) qualificato da evidenti “riserve di soggettività” della scelta -come nel caso del “deficit di fiducia” delineato del D. Lgs. 163/2006, art. 38, c. 1, lett. f).

Tali “riserve di soggettività” si ricavano, secondo le Sezioni Unite, dall'interpretazione dell'articolo 38, lett. f, da cui emerge: (a) che gli elementi che fondano la valutazione circa la sussistenza o meno del “deficit di fiducia” vengono tratti da dati “*esterni al rapporto contrattuale*”, quali la mala fede, la grave colpa o la grave carenza di professionalità; (b) il bene protetto dalla predetta clausola di esclusione è quello dell'elemento fiduciario a sostegno della proseguibilità del rapporto committente-appaltatore, quindi un elemento a carattere squisitamente soggettivo, quello dell'affidabilità; (c) la inequivocità di significato degli scarni parametri offerti dal legislatore attesta la scelta di riconoscere in capo alla p.a. un ampio spazio di apprezzamento circa la permanenza del detto requisito dell'affidabilità.

La Cassazione conclude dunque che “*in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa (...) il sindacato di legittimità del*

giudice amministrativo (...) debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente.”

Il controllo giudiziale deve pertanto essere rigorosamente mantenuto sul piano della “*verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa*”.

Il giudizio di non condivisibilità, infatti, comportando una sostituzione nel momento valutativo riservato alla p.a., determina uno sconfinamento nell'area *ex lege* ad essa riservata. Ciò –precisa la Suprema Corte- senza che venga messa in discussione la potestà del Consiglio di Stato di accertare i fatti mediante c.t.u.

Poiché la legge affida solo alla stazione appaltante la possibilità di determinare se si sia verificata la rottura del rapporto di fiducia, ciò che il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto fare era valutare come inidonei i dati adottati per sostenere l'esclusione (“*una decisione, quale quella in disamina, che non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate, ma valuti solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunziato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione.*”).

Ciò che colpisce della sentenza in esame è che il controllo praticato dalla Cassazione (non solo è rigorosamente estrinseco, ma) si risolve in una censura al sindacato di attendibilità che il Consiglio di Stato ha effettuato non sulle *valutazioni tecniche* della p.a. circa gli inadempimenti contrattuali, bensì su *semplici fatti* (*rectius*: accertamenti tecnici di fatto, dai quali erano emerse le inadempiente)¹⁷⁹.

4.3. *L'orientamento minoritario favorevole alla sostituzione giudiziale.*

4.3.1. Venendo alla presenza, nell'ordinamento, di pronunce che applicano un sindacato di tipo sostitutivo, accanto a sentenze (come T.a.r. Sardegna 27 febbraio 2001, 501 e T.a.r. Lombardia, III, 11 aprile 1996 n. 463), che si sono spinte a rivalutare l'anomalia dell'offerta presentata dell'aggiudicatario di procedura ad evidenza pubblica, si registrano decisioni più prudenti, secondo cui occorrerebbe distinguere (a) casi in cui la valutazione tecnica sia del tutto scevra da ogni ponderazione dell'interesse pubblico (e allora sarebbe ammissibile il sindacato intrinseco forte); (b) casi in cui la valutazione tecnica si fonde inscindibilmente con la valutazione dell'interesse pubblico, con conseguente ammissibilità del solo sindacato intrinseco debole (in questo senso: T.A.R. Sicilia, Catania sez. III 20 novembre 2003, n.

¹⁷⁹ In questo senso, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., 288.

1940, nonché Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2001, n. 5287).

Di particolare interesse anche Cons. Stato, sez. IV, 5782/2001, secondo cui il giudice può stabilire, caso per caso, in relazione all'esito della consulenza effettuata e alla concreta fattispecie dedotta in giudizio, se basti *"disporre (in caso di riconosciuta illegittimità e conseguente annullamento dell'atto impugnato) che l'Amministrazione proceda al rinnovo del procedimento, senza che vengano trascurate, ovviamente, le indicazioni acquisite attraverso la consulenza tecnica (e le eventuali prescrizioni da stabilire nella sentenza)"*, oppure se sia necessario *"giungere direttamente a una soluzione che incida in modo conclusivo sul rapporto controverso"*¹⁸⁰.

Altre decisioni, pur non rinunciando ad affermazioni di principio che paiono tese a rafforzare i poteri del g.a. sulle valutazioni tecniche (cfr. Cons. St., Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515: *"Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame"*¹⁸¹), non hanno avuto in concreto la possibilità di applicare tali affermazioni (nel caso di

¹⁸⁰ Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2005 n. 6152.

¹⁸¹ Assimilabile, quanto a statuizione di principi, è Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

specie, a causa della genericità delle contestazioni mosse dall'appellante).

In un caso avente ad oggetto un vincolo di interesse etno-antropologico e storico *ex art. 10, c. 3, lett. a)*, D. Lgs. 42/2004, e art. 2, l.r. 80/1977, il T.a.r. Sicilia (Catania, sez. I, n. 1153 del 19 aprile 2010), dopo aver espletato una consulenza tecnica e una verifica, ha ritenuto illegittima l'apposizione del vincolo, considerando il provvedimento viziato per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, perché apposto a beni non concretamente fruibili dalla collettività ed insistenti in un'area con alta densità di popolazione.

Inoltre il Tribunale, interpretando la normativa rilevante, ha elaborato una griglia di presupposti in base ai quali un bene etnoantropologico può essere ritenuto meritevole di interesse.

Il C.g.a. Sicilia, 10 giugno 2011, n. 418 ha riformato integralmente la sentenza, osservando come essa avesse oltrepassato il c.d. limite esterno della giurisdizione di legittimità, laddove aveva espresso veri e propri giudizi di merito sul valore del bene, affermando che la sua salvaguardia non avrebbe potuto recare una testimonianza "*maggiore di quella che già deriva dalle risultanze archivistiche e documentali (che quindi non sarebbero in nulla arricchite dal bene così come oggi esistente)*".

Veniva censurata anche l'enucleazione della griglia di presupposti. Ed invero, fermo che, per chi aderisce al paradigma della non sostituibilità della valutazione opinabile, l'affermazione del T.a.r. è censurabile, lo appare molto meno l'enucleazione dei presupposti:

tale operazione parrebbe qualificabile come una mera interpretazione del dato normativo, che rientra certamente nei poteri del giudice (come riconosciuto implicitamente dal Consiglio di Stato: “*i parametri enucleati dalla sentenza impugnata non sembrano infatti costituire adeguato svolgimento delle previsioni generali contenute nella legislazione di settore*”).

E' sostitutiva la pronuncia del Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 dicembre 2000, n. 7702, che ha affidato ad un collegio di accertare, ai fini risarcitori, se l'impresa illegittimamente esclusa avrebbe potuto ottenere l'aggiudicazione qualora non avesse subito l'illegittima esclusione.

Sostitutiva è pure la pronuncia che, in tema di fonti di energia rinnovabili, ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento di definizione dei prezzi di cessione delle eccedenze in base al criterio dei costi evitati dal cessionario, criterio ritenuto inidoneo ad assicurare la giusta remunerazione dei costi di produzione¹⁸².

Ancora, giudizi sostitutivi si sono registrati nei casi in cui il giudice, in giurisdizione di legittimità, ha emanato provvedimenti amministrativi quale reintegrazione in forma specifica¹⁸³.

Vi sono state ipotesi¹⁸⁴ in cui il giudice amministrativo ha sostituito direttamente il risultato di un pubblico

¹⁸² Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 febbraio 1999, n. 601. Nello stesso senso: Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, n. 2229.

¹⁸³ T.a.r. Friuli V.G. 27 aprile 1999, n. 537.

¹⁸⁴ T.a.r. Emilia Romagna, sez. Parma, 16 luglio 2001, n. 491.

concorso –senza il conforto di una c.t.u., ma semplicemente sulla base di relazioni di esperti prodotte dal ricorrente.

In un caso il giudice, operando secondo il modello del controllo intrinseco forte, ha senz'altro sostituito la valutazione tecnica operata dalla p.a. con quella posta in essere dal c.t.u., ma tale valutazione era solo *ipoteticamente* erronea¹⁸⁵.

T.a.r. Abruzzo, Pescara, 22 marzo 2002, n. 333 ha espressamente affermato la sindacabilità dei profili di opportunità legati alle scelte tecniche (il giudice, pur affermando di non poter, in giurisdizione di legittimità, concedere direttamente il nulla osta illegittimamente negato, intimava all'amministrazione di rimettere il provvedimento, tenendo conto delle conclusioni del c.t.u. come se l'indagine di questo fosse stata compiuta “*dal genio civile medesimo*”).

Nel caso trattato da T.a.r. Calabria, sede di Catanzaro, sez. I, 24 novembre 2011, 141, un'impresa aveva impugnato una determinazione dirigenziale della Regione Calabria, che negava una V.i.a. in ragione di un parere del competente Nucleo di valutazione.

Il T.a.r. Calabria aveva disposto una c.t.u., che confermava le censure svolte dalla ricorrente contro il parere impugnato, e aveva accolto il ricorso.

Si tratta di un esempio di controllo intrinseco forte (o “sostitutivo”), atteso che la valutazione della pubblica amministrazione veniva sostituita da quella del c.t.u.,

¹⁸⁵ T.R.G.A., Trento, 12 maggio 1997, n. 105.

senza che in essa venissero rilevati profili di erroneità o inattendibilità.

O, comunque, sostitutivo è stato ritenuto dal Consiglio di stato (sez. V, 27 marzo 2013, n. 1783), che ha annullato la sentenza affermando: (1) *“il giudice, proprio perché dominus della qualificazione del fatto, non può limitarsi a recepire acriticamente le risultanze della consulenza tecnica, ma è tenuto sempre ad un’autonoma valutazione e rielaborazione del fatto anche alla luce dei dati tecnico-scientifici offerti dal c.t.u.”* (secondo il Collegio, nel caso esaminato dal T.a.r. era *“mancato ogni tipo di valutazione da parte del giudice dei dati offerti dal c.t.u.”*); (2) *“laddove (...) la sentenza pervenga alla sostituzione della valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall’amministrazione, si è compiuto un controllo di tipo forte che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’amministrazione. Ciò non è consentito nel giudizio di legittimità in relazione a provvedimenti dell’amministrazione connotati da profili elevati di discrezionalità amministrativa, qual è per l’appunto la valutazione ambientale, che implica in via anticipata la tutela preventiva dell’interesse pubblico. Siffatta valutazione non si risolve, quindi, in un puro e semplice giudizio tecnico, presentando, al contrario, profili elevati di discrezionalità. Ne consegue che l’acritica adesione alle conclusioni del c.t.u. dà ingresso ad un controllo di tipo sostitutivo, laddove, invece, è consentito al giudice un controllo finalizzato ad accertare, a mezzo delle cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente tecnico, la*

ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa”.

Secondo il Consiglio di Stato quindi, poiché la decisione in sede di v.i.a. *“non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all’apprrezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti”*, il giudice non potrebbe sostituirsi alla p.a. nella valutazione dei presupposti di fatto: tali presupposti sarebbero inseriti in una valutazione discrezionale in senso stretto (nel caso di specie, una valutazione sull’opportunità dell’insediamento). Per simili valutazioni (“complesse”), è quindi solo consentito il controllo di tipo estrinseco¹⁸⁶.

E’ da notare che il T.a.r Calabria aveva fondato la propria decisione sul presupposto implicito che le questioni tecniche fossero questioni preliminari al

¹⁸⁶ Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1783: *“in materia di valutazione di impatto ambientale, la p.a. esercita un potere discrezionale particolarmente intenso, non riconducibile ad un mero giudizio tecnico, sindacabile in sede giurisdizionale solo ab estrinseco, quando l’esercizio di detto potere discrezionale si presenti ictu oculi viziato sotto il profilo della manifesta illogicità o incongruenza, non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, erroneità dei presupposti di fatto ed incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti; fermo restando che le illogicità e le incongruenze devono essere macroscopiche e manifeste, tutti elementi che non ricorrono nel caso in esame.”*

provvedimento sulla V.i.a: che fossero insomma accertamenti di fatto (di competenza del nucleo di valutazione), scindibili dalle valutazioni discrezionali “pure”, rimesse al Dirigente.

Il Consiglio di Stato invece, ha ritenuto all’opposto le valutazioni tecniche come assorbite nella valutazione discrezionale relativa alla Vi.a., negando loro qualsiasi autonomia logica e cronologica. Così facendo, anche per le valutazioni tecniche si rende possibile il solo sindacato estrinseco, che la giurisprudenza ritiene appropriato per provvedimenti connotati da ampia discrezionalità, come la V.i.a¹⁸⁷.

Come è stato notato in dottrina (Cassatella), benchè la sentenza del giudice d’appello non sia esplicita sul punto, essa sembra sottendere che *“la stessa valutazione dei fatti sarebbe condizionata in partenza dalle ragioni di opportunità che orientano l’amministrazione: la scissione fra apprezzamenti di fatto e bilanciamento di interessi risulta, in tal senso, come un’astrazione, contro la sostanziale unitarietà pratica dell’intera operazione”*¹⁸⁸.

A tale assunto l’Autore ha mosso una serie di rilievi.

In primo luogo, e in via di principio, all’interno del procedimento, l’acquisizione dei *“presupposti di fatto”* e delle *“ragioni giuridiche”* nella fase

¹⁸⁷ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5910; Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5237.

¹⁸⁸ A. CASSATELLA, *Verso un’eccessiva contrazione del sindacato delle valutazioni tecniche?* in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 11, 1065.

istruttoria, precede ed è logicamente distinta dalla “*decisione dell’amministrazione*”, perché per espresso dettato dell’art. 3, l. 241/90, la determina¹⁸⁹.

Ciò è confermato anche nel caso particolare portato all’attenzione del Consiglio di Stato: il regolamento della Regione Calabria, 4 agosto 2008 n. 3, (“*procedure di Valutazione di Impatto ambientale, di Valutazione ambientale strategica e delle procedure di rilascio delle Autorizzazioni Integrate Ambientali*”), nella versione vigente al tempo della decisione, prevedeva: “*le attività di istruttoria tecnica per la valutazione d’impatto ambientale sono svolte dal Nucleo VIA-VAS-IPPC*” (art. 11). La decisione finale spettava invece al “*Dipartimento Politiche dell’Ambiente della Regione Calabria*” (art. 12). Le due fasi risultavano quindi ben separate, e non si vede perché l’attività istruttoria compiuta dal Nucleo non potesse essere oggetto di un sindacato che accertasse i presupposti conoscitivi della decisione discrezionale del dirigente, come aveva opinato il Tar Calabria.

Non solo: l’art. 63, c.4 del codice del processo amministrativo consente espressamente “*l’accertamento di fatti o l’acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche*”. Il controllo sui fatti è sicuramente necessario, per il principio di effettività della tutela giurisdizionale,

¹⁸⁹ Sulla centralità dell’art. 3, l. 241/90 per la ricostruzione del modello di amministrazione voluto dal legislatore, si veda M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della l. n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 459 ss.

quando la domanda del ricorrente si basi su questioni di fatto ancor prima che su valutazioni discrezionali pure.

Il divieto di sostituire le valutazioni dei fatti operate dalla pubblica amministrazione non potrebbe – secondo la dottrina citata- fondarsi sul principio di separazione dei poteri, atteso che tale principio non troverebbe integrale riconoscimento nel nostro sistema: vi sono infatti attività amministrative affidate ai giudici (si pensi alla giurisdizione di merito) ed attività amministrative esercitate dal legislatore¹⁹⁰. Nemmeno potrebbe fondarsi su una riserva di amministrazione, della cui presenza nel sistema la dottrina dubita¹⁹¹: l'ordinamento si limita ad assegnare ai pubblici poteri l'esercizio di specifiche funzioni secondo quanto disposto dalle singole norme attributive di poteri¹⁹², potendosi parlare non di riserva ma di “preferenza” per l'intervento prioritario della p.a, e senza escludere il successivo ed eventuale intervento del giudice nel caso in cui l'amministrazione sia venuta meno ai propri doveri. I rapporti fra amministrazione e giurisdizione non dovrebbero quindi essere ricostruiti sulla base di un modello generale di "separazione" dei poteri, bensì di

¹⁹⁰ Cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

¹⁹¹ In tal senso U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1969, 519. Per una sintesi del dibattito cfr. F.G. SCOCA, *Il modello processuale. Profili oggettivi e strutturali*, in *Id.*, a cura di, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 152 ss.

¹⁹² D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche*, cit., 6178 ss.

"integrazione" fra apparati amministrativi e giurisdizionali¹⁹³, modello che troverebbe riscontri a livello tanto costituzionale quanto primario.

Infine, è utile, nell'affrontare il problema delle valutazioni tecniche, assumere il punto di vista della sentenza che conclude il giudizio di cognizione. Assunto questo punto di vista, dovrà necessariamente ammettersi che il giudice debba specificare già in tale sede i "fatti" da porre a fondamento della propria decisione (artt. 63, c. 4, e 64, c. 2, c.p.a.), anche al fine di graduare gli effetti della sentenza, e in modo tale da circoscrivere i limiti di un eventuale giudicato di annullamento.

Né si deve dimenticare l'art. 34, c. 1, lett. e), c.p.a., che, nel consentire la nomina del commissario *ad acta* già in sede di cognizione, presuppone evidentemente che in tale fase il giudice possa aver avuto già un pieno accesso al fatto dedotto in giudizio, certamente oltre i limiti del tradizionale sindacato estrinseco.¹⁹⁴

¹⁹³ Sul punto, cfr. C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, 1 ss.; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1051 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione*, in M. NIGRO, *Scritti*, cit., III, 1427 ss.; M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in M. NIGRO, *Scritti*, cit., III, 1451 ss.

¹⁹⁴ M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI-R. VILLATA, a cura di, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia*

La suddetta specificazione dei fatti posti a fondamento della sentenza di annullamento in rapporto alle contestazioni delle parti, implica perciò necessariamente un riesame dei presupposti di fatto documentati dalle risultanze dell'istruttoria.

L'indagine del giudice dovrebbe quindi estendersi oltre la parte motiva dell'atto -nella quale i fatti sono rappresentati al fine di dare una plausibile giustificazione alla scelta effettuata in concreto- per procedere alla conoscenza delle circostanze che hanno preceduto la formazione della motivazione, ossia alla cognizione del "*fatto manifestato*" nel procedimento amministrativo e successivamente contestato in giudizio"¹⁹⁵. Del resto, verificare o falsificare i presupposti di fatto di una decisione, è cosa ben diversa dall'indicare la scelta tecnicamente più idonea alla tutela dell'interesse pubblico, potere "*che il giudice potrà utilizzare soltanto come extrema ratio in sede di ottemperanza*".

Secondo questa linea argomentativa quindi, è condivisibile l'osservazione secondo cui il Tar Calabria non ha compiuto un'operazione sostitutiva, perché non ha affatto stabilito se fosse "opportuno" installare l'impianto eolico su un determinato sito. Ma, lasciando l'"ultima parola" su tale questione alla Regione, si è limitato a chiarire come le valutazioni del Nucleo si basassero su circostanze erronee, nei limiti di quanto appurato dal c.t.u.

amministrativa al diritto processuale amministrativo, Torino, 2012, 164 ss.

¹⁹⁵ A. CASSATELLA, cit.

Al contrario, quanto statuito dal Consiglio di Stato implica invece, secondo la citata dottrina, che l'intero sindacato giudiziale venga concentrato sulla “*plausibilità della motivazione adottata a sostegno dell'opportunità della scelta*”, e ciò “*contro le richieste delle parti orientate a rimettere in discussione la fase istruttoria dell'azione amministrativa (...), con una significativa contrazione dell'oggetto del giudizio e con una potenziale elusione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c.*”¹⁹⁶.

4.3.2. Vi è poi quel filone di decisioni che risentono dell' influenza dalla giurisprudenza C.E.D.U., (sui cui si veda il paragrafo successivo), e attuano quindi un controllo inevitabilmente più esteso di quello usualmente praticato dalla giurisprudenza tradizionale.

Tra queste, una sentenza del Consiglio di Stato del 2012 (sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1330), che pare addirittura adombrare, nel campo della discrezionalità (non tecnica ma) schiettamente *amministrativa*, il potere del giudice di “*appurare l'effettivo perseguimento della scelta ottimale fra più soluzioni possibili*”.

Si tratta, a ben vedere, di un' affermazione di non poco momento, perché sembrerebbe implicare il potere del giudice di accertare quale sia la soluzione più

¹⁹⁶ A. CASSATELLA, cit.

opportuna, ciò che è tradizionalmente riservato alla p.a.¹⁹⁷.

La questione sottoposta all'esame del Collegio concerneva la legittimità del D.P.R. con il quale era stato istituito il Parco Nazionale dell'Appennino Lucano - Val d'Agri – Lagonegrese, contestato dalla ricorrente nella parte in cui includeva, nella perimetrazione del Parco, terreni di proprietà della ricorrente, che sugli stessi aveva avviato le procedure autorizzative per la realizzazione di una discarica.

La pronuncia ha premesso un breve cenno allo stato dell'arte in tema di sindacato delle valutazioni tecniche (*“è ormai, pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. St., sez IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; Cons. St., sez. VI, 6.2.2009, n. 694 e 27.10.2009, n. 6559; Corte europea dei diritti dell'uomo, Albert et Le Compte c. Belgio, par. 29, 10 febbraio 1983 e Obermeier c. Austria, par 70, 28 giugno 1990)”*).

Parallelamente, tuttavia, *“un'evoluzione analoga non può non investire la discrezionalità cosiddetta amministrativa, sotto il profilo non tanto dell'“an” e del “quid”, ma del “quomodo”, soprattutto ove le scelte si proiettino su complessi bilanciamenti di*

¹⁹⁷ Sulla natura sostitutiva di una simile statuizione, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU.*, cit.

interessi, legati ai parametri costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione. Un criterio di scelta, formulato come discrezionale e pertanto insindacabile nel merito, può infatti ritenersi funzionalmente deviato - ed essere sindacabile sul piano della legittimità - quando non renda esplicita e verificabile la logica interna che lo ispira, non consentendo di appurare l'effettivo perseguimento della scelta ottimale fra più soluzioni possibili, nell'interesse pubblico ed in comparazione con ogni altro possibile interesse - anche privato - coinvolto. Nella situazione in esame le numerose circostanze, in precedenza segnalate, inducono a ravvisare il predetto vizio funzionale”¹⁹⁸.

4.3.3. Devono anche segnalarsi pronunce *cautelari* di natura sostitutiva.

S'è detto che le pronunce di tipo sostitutivo sono state soprattutto appannaggio del giudice di primo grado,

¹⁹⁸ Riconducibile al medesimo filone di pronunce influenzate dagli insegnamenti della CEDU è Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 229, in tema di licenze abilitative all'esercizio di attività di vigilanza privata (art. 136, r.d. 773/1931), il Consiglio di Stato ha ritenuto che i provvedimenti autorizzatori richiesti avrebbero potuto essere negati dalla p.a. solo “*in rapporto a carenze rilevate che [risultassero] di intuitiva evidenza, o che si [rivelassero] tali alla luce di parametri oggettivi, opportunamente predeterminati*”. Nonché, in ogni caso, sotto il profilo del concreto turbamento che l'autorizzazione avrebbe potuto determinare per l'ordine pubblico, in caso di eccesso di concorrenza, in modo da “*non restringere senza adeguate giustificazioni una sfera di libertà garantita a livello sia costituzionale (articolo 41) che comunitario*”.

almeno fino al sopraggiungere di orientamenti del Consiglio di Stato che applicano le acquisizioni della C.E.D.U. sulla *full jurisdiction*.

Si tratta di ordinanze di cui è difficile dare una classificazione, non solo perché rare, ma anche per la loro strutturale carenza di motivazione, che, come è stato notato, lascia il dubbio che l'effetto sostitutivo che il giudice intendeva produrre fosse rinviato alla fase del merito¹⁹⁹.

Ciò non toglie che proprio la fase cautelare sia il luogo del processo dove si consumano spesso sostituzioni più radicali di quelle che i giudici amministrativi si concedono nella fase di merito.

Può accadere infatti, come nella vicenda decisa delle sentenze T.a.r. Veneto, sez. I, n. 3352 del 5 novembre 2001 e Cons. St., Ad. Plen., 27 febbraio 2003, n. 3, che l'effetto della misura cautelare da provvisorio diventi definitivo, risolvendosi così in una diretta attribuzione del bene della vita al ricorrente. E' il caso di una ordinanza propulsiva emanata dal giudice di primo grado, cui è seguita un'attività amministrativa satisfattiva per il ricorrente, tale da far venir meno la materia del contendere: impugnato il giudizio di una commissione per gli esami da avvocato, il T.a.r. aveva imposto la ricorrenza della prova scritta. A fronte della rivalutazione di segno positivo da parte della commissione (cui era seguito il superamento della

¹⁹⁹ F. CINTIOLI, cit., 237. Le tendenze sostitutive in sede cautelare sono segnalate anche da M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2002, 3858.

prova orale e l'iscrizione all'albo) il processo non poteva che arrestarsi.

“Ingerenze” sostitutive si sono rinvenute anche nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti.

E' il caso della sospensione delle delibere che definiscono le condizioni delle importazioni di energia elettrica in presenza di disponibilità di capacità di trasporto insufficienti. In sede cautelare il giudice di primo grado aveva ritenuto il meccanismo d'asta per l'assegnazione della capacità di interconnessione con l'estero fosse regolamentato in contrasto con il principio di concorrenza; il giudice cautelare di secondo grado invece ha censurato il meccanismo d'asta per diversa ragione: in quanto non funzionale all'obiettivo legislativo di consentire l'uso della capacità di interconnessione sulla base di criteri di parità di condizioni e di pluralismo²⁰⁰.

Infine, Tar Lombardia, 19 gennaio 2004, n. 139 ha statuito la facoltà del ricorrente, leso dall'attività edificatoria intrapresa in base ad una denuncia di attività, di chiedere al giudice l'emissione di un ordine di sospensione dei lavori. Si tratta evidentemente di una sostituzione del giudice nell'esercizio dei poteri di vigilanza e repressione spettanti alla p.a.

²⁰⁰ Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 ottobre 2000, n. 3635; Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2000, n. 6207, con nota di M. RAMAJOLI, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione dell'energia elettrica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 280.

5. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Cenni sulla giurisprudenza comunitaria.

5.1. Prima di procedere ad una panoramica del trattamento che le valutazioni tecniche ricevono nella giurisprudenza nazionale, nei vari settori dell'ordinamento in cui compaiono, occorre dare conto delle argomentazioni sviluppate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁰¹, che, come si vedrà,

²⁰¹ Per quanto riguarda la posizione della C.E.D.U. tra le fonti del nostro ordinamento, si confrontano due orientamenti. Secondo la concezione prevalente, inaugurata dalla Consulta (Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 36; Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349), e accolta anche dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, ord. 17 febbraio 2014, n. 754 e sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3293), la C.E.D.U. avrebbe rango di norma interposta ai sensi dell'art. 117, c.1, Cost. Ne consegue che il giudice nazionale non ha il potere di disapplicare la norma interna che contrasti con la CEDU (potere che avrebbe se la Convenzione fosse equiparabile al diritto comunitario), ma deve tentare un'interpretazione della stessa che sia conforme alla Convenzione (che diviene così parametro di interpretazione delle norme interne). Ove tale tentativo ermeneutico fallisca, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, c. 1. Vi è nondimeno un diverso orientamento dei giudici italiani (Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984; Corte dei Conti, sez. Puglia, 20 giugno 2011, n. 11984) secondo cui, a seguito dell'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato UE e il Trattato che istituisce la CE, e comporta l'adesione dell'Unione alla CEDU, quest'ultima sarebbe stata "comunitarizzata": la Convenzione sarebbe diventata uno dei principi interni del diritto

prefigurano un controllo giudiziale che è, ove occorra, anche sostitutivo.

Com'è noto, l'art. 6 (*"Right to a fair trial"*) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dispone che *"in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law"*.

Tale norma, che nasce come disposizione di taglio processuale, e letteralmente riferita alle sole questioni penali e civili, è stata interpretata in modo progressivamente estensivo, sino a diventare applicabile tanto al procedimento quanto al processo amministrativo.

Lasciando da parte le questioni di carattere "penale" (basterà ricordare che alla locuzione *"criminal charge"* vengono ormai pacificamente ricondotte le sanzioni amministrative di tipo afflittivo erogate dalle amministrazioni nazionali, con applicabilità dell'art. 6 come parametro di riferimento), occorre dire che la giurisprudenza della Corte E.D.U. ha chiarito che il significato delle locuzioni *"civil rights and obligations"* e *"independent and impartial tribunal established by law"* va determinato –dalla Corte stessa- in modo autonomo rispetto al significato adottato per esse all'interno dei vari ordinamenti degli

dell'Unione, immediatamente applicabile come vero e proprio diritto comunitario. Ne consegue, secondo questa tesi, la possibilità del giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti con la C.E.D.U.

Stati membri. Ciò sia per evidenti ragioni di uniformità, sia per evitare facili elusioni dello spirito della norma. Tale spirito è il *principio dell'equo processo* (“*fair trial*”) che, in estrema sintesi, può sintetizzarsi come la fusione di due regole: rispetto del contraddittorio e “*parità delle armi*” tra le parti.

Quindi, il concetto di “*tribunal*” è stato inteso in senso schiettamente funzionale: è tale qualsiasi autorità che abbia il potere di determinare, con una propria decisione, la costituzione, o una qualsivoglia incisione significativa, di “*civil rights and obligations*”, anche se si tratti di autorità non inserita nel plesso giudiziario dell'ordinamento di uno Stato membro.

Ne segue che un'autorità amministrativa italiana, che sia in grado di emettere un provvedimento idoneo a modificare la sfera giuridica del cittadino, è da ritenersi un “*tribunal*” ai sensi dell'art. 6 C.E.D.U.

Naturalmente, nel nostro ordinamento, le autorità amministrative non hanno in genere quei requisiti di “*independence*” e “*impartiality*” che l'art. 6 impone. Tuttavia, la Corte E.D.U. ha chiarito che la carenza di tali requisiti in capo alle p.a. precedenti può essere “compensata” ove essi siano invece presenti in capo al giudice a cui la parte privata si rivolge per contestare il provvedimento amministrativo (tale condizione, nell'ordinamento italiano, è soddisfatta dai principi di cui agli artt. 101 e 113 Cost.).

Quanto poi alla nozione di “*civil rights and obligations*”, anche in tale caso la Corte E.D.U. ha optato per un'interpretazione autonoma: ne consegue l'irrilevanza della distinzione italiana tra diritti

soggettivi ed interessi legittimi²⁰² (così come di ogni altra distinzione che i vari ordinamenti degli Stati membri contemplino tra le diverse posizioni soggettive). Anzi, si è espressamente statuito che la semplice circostanza che una pubblica amministrazione goda di potere discrezionale circa l'adozione di un provvedimento, non implica che il cittadino non sia titolare di un “*civil right*” ai sensi dell'art. 6, C.E.D.U.²⁰³

In sintesi, con la locuzione “*civil rights*”, la Corte E.D.U. è arrivata (mediante una progressiva espansione del significato della locuzione, originariamente intesa come riferita per lo più a situazioni di carattere patrimoniale) ad intendere (anche) *ogni posizione soggettiva vantata dai privati nei confronti di una p.a.*

Ciò che però rende l'art. 6 applicabile anche ai procedimenti amministrativi nazionali è -forse ancor di più che l'interpretazione estesa della locuzione “*civil rights*”- la nozione autonoma di “*tribunal*” che, come si è detto, riguarda qualsiasi autorità (anche amministrativa) in grado di costituire o incidere su posizioni soggettive.

²⁰² Sentenza 5 ottobre 2000, caso 33804/96, *Mennito v. Italy*: “*The Court does not deem it necessary to consider whether the autonomous concept of a right for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention covers only a “personal right” or a “legitimate interest” also*”.

²⁰³ Sentenza 27 ottobre 1987, caso 10426/83, *Pudas v. Sweden*.

Atteso che lo scopo dell'art. 6 è circondare delle garanzie del giusto processo ogni situazione soggettiva incisa da un potere, esso si applica inevitabilmente anche ai procedimenti amministrativi²⁰⁴. Anzi, ai procedimenti amministrativi ancor prima che ai processi amministrativi.

Ciò implica: (a) che un'autorità amministrativa, nonostante non sia un giudice, è tenuta a rispettare il principio del "*fair trial*" -con tutte le conseguenti garanzie- nello svolgere i propri procedimenti; (b) che un'autorità amministrativa che applichi garanzie sostanzialmente conformi a detto principio ("*a quasi-judicial procedure*" con confronto della parte pubblica e privata in posizione di parità di fronte ad un soggetto terzo ed imparziale) soddisfa pienamente il disposto dell'art. 6²⁰⁵.

Quindi, secondo un principio "compensativo", una fase procedimentale manchevole può essere "rimediata" da una successiva fase giurisdizionale conforme alle garanzie prescritte dell'art. 6²⁰⁶. Viceversa, un procedimento *quasi judicial* sarebbe conforme all'art. 6 anche se tali garanzie dovessero

²⁰⁴ Il *leading case* in materia è la sentenza del 16 luglio 1971, caso 2614/65, *Ringeisen v. Austria*.

²⁰⁵ Si veda la già citata *Ringeisen v. Austria*.

²⁰⁶ *Grand chambre*, 23 giugno 1981, casi 6878/75, 7238/75, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*.

poi mancare nel successivo processo attivato contro la decisione amministrativa²⁰⁷.

E' necessario comunque segnalare che secondo la giurisprudenza C.E.D.U., *l'art. 6 non è applicabile alle valutazioni delle commissioni che presiedono ad esami e concorsi, né alle valutazioni di autorità scolastiche o universitarie*. Ciò in quanto tale tipologia di valutazioni sarebbe *“so far removed from the exercise of the normal judicial function, that the safeguards in Article 6 cannot be taken as covering resultant disagreements”*²⁰⁸.

Occorre ora accennare al concetto di “giurisdizione piena” (*“full jurisdiction”*) che la giurisprudenza di Strasburgo lega al concetto di *“tribunal”* fin qui esposto.

In base a detto concetto, un *“tribunal”* (organo amministrativo o giurisdizionale) è tale quando è competente a giudicare di tutte le questioni, sia di fatto che di diritto, che siano rilevanti per la controversia per cui è adito, atteso che *“article 6 draws no distinction between questions of fact and questions of*

²⁰⁷ Cfr. sentenza *Grand chambre*, 22 novembre 1995, *Bryan v. the United Kingdom*.

²⁰⁸ Sentenza 26 giugno 1986, casi 8453/79, 8674/79, 8675/79, *Van Marie and others v. the Netherlands*. Secondo M. ALLENA, cit., 181-82, *“tale criterio è talmente generico, che avrebbe ben consentito, potenzialmente, un'estesa esclusione anche di altre scelte amministrative di carattere tecnico (pur determinative di “diritti di carattere civile”) dalle garanzie dell'art. 6 CEDU: sarebbe infatti bastato, a tal fine, sostenere che una data questione era, per natura, troppo “distante” dai normali caratteri propri della funzione giurisdizionale.”*

law. Both categories of questions are equally crucial for the outcome of proceedings relating to “civil rights and obligations”²⁰⁹.

Ciò vale naturalmente anche per le valutazioni tecniche compiute da una pubblica amministrazione, e che un giudice si trovi a dover (ri)controllare.

In proposito, è stato chiaramente statuito, da un lato, che un controllo giurisdizionale che si limiti a verificare l’illegittimità e la palese irragionevolezza dell’agire amministrativo non valuta davvero il fondamento della decisione della p.a.²¹⁰ (“*the merits of the matter*”).

Dall’altro, che un giudice può ripetere punto per punto la valutazione tecnica compiuta dalla p.a., anche se si tratti di una valutazione tecnica complessa, qual’è l’accertamento dello stato di insolvenza di una banca, potendola senz’altro sostituire: “*The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant’s submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts. By way of contrast, the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the*

²⁰⁹ Così la sentenza *Chevrol v. France*.

²¹⁰ C.e.d.u. 8 luglio 1987, *O. v. the United Kingdom*, caso 9276/81.

*outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently».*²¹¹

Dunque, i giudici non possono ritenersi vincolati da quanto previamente valutato dalle amministrazioni (ancorquando si tratti di fatti complessi), potendo invece procedere ad un riesame, se del caso mediante l'ausilio di un consulente tecnico²¹². Secondo la dottrina *“il pieno, diretto e sostitutivo accesso ai fatti in sede di procedimento giurisdizionale deve essere assicurato anche laddove vengano in rilievo fatti complessi o valutazioni di carattere tecnico, quali quelle ricondotte in Italia alla discussa nozione di discrezionalità tecnica”*²¹³.

²¹¹ Sentenza 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*.

²¹² C.E.D.U., 24 novembre 2005, caso 49429/99, *Capital Bank AD v. Bulgaria*; C.E.D.U., 21 ottobre 2003, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*.

²¹³ M. ALLENA., cit., 208. Nello stesso senso, F. GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 32 ss, ha notato che, secondo l'insegnamento dei giudici di Strasburgo, *“i fatti rilevanti debbono essere autonomamente sindacabili dal giudice, punto per punto (...). Non è quindi consentito al giudice di ritenersi vincolato alla valutazione amministrativa, pur complessa. Occorre difatti, quando quest'ultima sia in concreto contestata, che il giudice, ad essa, ove necessario, si sostituisca (...). Insomma, o i giudici esaminano, «indipendentemente» e compiutamente, tutti i profili di fatto decisivi per l'esercizio del potere amministrativo (anche se tecnicamente complessi ed opinabili), oppure non c'è piena giurisdizione e così (...), c'è violazione dell'art.6 ”*. Del

E' di particolare interesse la pronuncia del 21 gennaio 2014. Nel caso 48754/11 (*Placi vs. Italy*), il Consiglio di Stato, allo scopo di non travalicare i confini della giurisdizione di legittimità, si era rifiutato di esaminare il merito di un parere, emesso da una commissione medica, relativo all'eziologia di una patologia psichiatrica.

La Corte ha tuttavia ritenuto che in conseguenza di tale contegno “*relevant aspects of the judgment adopted were entirely based on the Medical Board’s findings. (...) as clearly transpires from the [Consiglio di Stato]’s judgment, the applicant’s challenges to the Board’s findings were dismissed because that court was not empowered to examine the merits of the technical expert findings made by the Board. This left the Board’s findings as the sole uncontested and decisive evidence used to determine the issues in the case, and without a doubt highlights the dominant or even totally overriding role of the Board. (...) In conclusion, the Court considers that the applicant had legitimate reasons to fear that the Medical Board had not acted with the appropriate neutrality in the proceedings before the [Consiglio di Stato]. It further transpires that, as a result of the Board’s composition, procedural position and role in the proceedings before the [Consiglio di Stato] the applicant was not*

resto, “*se è vero che un giudice può incontrare difficoltà a sostituirsi a valutazioni tecniche complesse, tuttavia, per ovviare a ciò, occorre creare giudici tecnici, oppure far uso di consulenti tecnici. In sostanza la complessità ed opinabilità della ricostruzione fattuale non costituisce una ragione sufficiente per negare la pienezza del riesame giudiziale*”.

on a par with his adversary, the State, as he was required to be in accordance with the principle of equality of arms. That conclusion suffices to find that the applicant was not afforded a fair hearing before an impartial tribunal and at a par with his adversary in the proceedings before the [Consiglio di Stato]” (punti 76, 78 e 78).

La Corte non si è dunque limitata a rimarcare l’incompatibilità con la Convenzione del concetto di merito tecnico, per le già esposte ragioni relative alla (mancata realizzazione della) *full jurisdiction* (necessità di piena revisione giudiziale di tutte le questioni rilevanti); ha altresì evidenziato come l’arrestarsi del giudice di fronte alle valutazioni tecniche compiute dalla pubblica amministrazione violi il diritto del ricorrente alla parità delle armi in sede processuale.

A leggere la giurisprudenza di Strasburgo, parrebbe non solo superato il monopolio della p.a. sulla valutazione dei fatti, anche complessi (atteso che “*The right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive*”²¹⁴); ma, in taluni casi, sembra addirittura che la potestà sostitutiva del giudice possa spingersi sino a sindacare scelte di discrezionalità amministrativa, addirittura ove intesa come *policy-*

²¹⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, 10 luglio 1998, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*.

making (quale la valutazione, indubbiamente coinvolgente complesse ponderazioni di interessi, circa l'affidabilità di un'impresa sul piano della sicurezza nazionale)"²¹⁵. Tuttavia, un eventuale riserva di amministrazione, nel caso delle scelte discrezionali pure, viene ritenuta ammissibile solo dove strettamente funzionale al compimento di scelte che coinvolgono il principio di sovranità popolare²¹⁶.

Mette conto sottolineare come la giurisprudenza della Corte E.D.U. suggerisca che, a seguito della ripetizione delle valutazioni tecniche, la decisione giudiziale dovrebbe o sostituire direttamente il potere

²¹⁵ C.e.d.u., 10 luglio 1998, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2001, caso 33776/96, *Potocka and Others v. Poland*. E' di questo parere E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.3, 2014, pag. 685: "di fronte alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ritiene essenziale la *full jurisdiction* per compensare la violazione dell'art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo, si deve ritenere che al giudice amministrativo non sia preclusa la cognizione piena dell'azione amministrativa, non limitata né dalla discrezionalità tecnica per fatti opinabili o per applicazione di scienze umanistiche o, comunque, che non portino ad una soluzione univoca, né dalla discrezionalità amministrativa pura perché nel procedimento amministrativo l'autorità decidente opera senza limitazioni e, in caso di procedimento condotto e concluso in violazione delle regole di garanzia previste, è necessario assicurare *ex post*, nel processo, tali garanzie."

²¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 novembre 2006, *Tsfayo v. the United Kingdom*, caso 60860/00.

amministrativo (adottando senz'altro il provvedimento attributivo del bene della vita), o statuire in quale modo debba ritenersi vincolata l'amministrazione nel ripronunciarsi²¹⁷.

Ora, in base a quanto fin qui brevemente ricostruito, è perlomeno dubbio che qualificare le valutazioni tecniche dei pubblici apparati italiani come irripetibili dal giudice amministrativo (secondo il modello nazionale del sindacato estrinseco), o ripetibili con severe limitazioni (secondo il modello del sindacato intrinseco debole), sia compatibile con i principi enucleati dalla giurisprudenza C.E.D.U. in relazione all'art. 6 della Convenzione²¹⁸.

²¹⁷ Pronuncia del 7 novembre 2000, caso 35605/97, *Kingsley v. the United Kingdom*: “it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power to quash the impugned decision, and that either the decision will then be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body”.

²¹⁸ Peraltro, è stato notato (M. ALLENA, cit., 211-212) che ciò che rileva nei giudizi di fronte alla Corte E.D.U. è *come le parti decidono di articolare la propria domanda*. Se le parti rinunciano, in sede nazionale, a far valere vizi relativi alla parte intrinseca della valutazione tecnica, non possono poi riproporre, di fronte alla Corte E.D.U., censure relative ai limiti del controllo giurisdizionale esperito. Quindi, nei casi in cui al giudice interno sia stato consentito un riesame puntuale dei fatti e il ricorrente si sia “accontentato” di un controllo tradizionale di legittimità (come il sindacato intrinseco debole), non dovrebbe stupire che la Corte abbia ritenuto soddisfatti i criteri di cui all'art. 6 C.E.D.U. Una *full jurisdiction*, se vi è stato pieno accesso al fatto, può essersi realizzata *limitatamente a quanto messo all'attenzione della*

Corte. Ciò non significa che un sindacato che si limiti effettivamente alla mera legittimità sia conforme alla Convenzione. Anzi, secondo la citata dottrina, deve ritenersi che, *ove sia necessario un sindacato più incisivo di quello di mera legittimità*, l'esperienza di sindacato qualificato come "di mera legittimità" sia conforme all'art. 6 solo ove esso sia "di legittimità" solo nominalmente, essendosi invece in concreto atteggiato come controllo più penetrante.

Il limite del principio della domanda spiegherebbe quindi alcune decisioni di rigetto della Corte su questioni relative al sindacato dei giudici degli Stati membri sulle valutazioni tecniche. E' il caso della nota sentenza "Menarini" (27 settembre 2011), rispetto alla quale anche E. FOLLIERI, cit., ha ritenuto che *"l'equivoco ingenerato dalla sentenza Menarini è stato ben chiarito: la Corte di Strasburgo ha affermato che non vi era stata alcuna violazione da parte del giudice amministrativo in relazione alla domanda proposta, che chiedeva l'esercizio di un sindacato basato sui vizi propri dell'eccesso di potere e delle sue figure c.d. sintomatiche tese a censurare la irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità"*.

Peraltro, anche a fronte di sentenze di rigetto, si sono registrate vigorose *dissenting opinions* (che appaiono in linea con i principi generali enunciati dalla Corte di Strasburgo), quali quella del giudice Pinto De Albuquerque proprio nel caso Merarini. Secondo De Albuquerque, nel caso citato, la magistratura italiana non ha in realtà esercitato un vero e proprio potere di controllo *"di piena giurisdizione"* sulle decisioni adottate dall'A.g.c.m. A parere di tale giudice, se non c'è potere sostitutivo vuol dire che *"il nucleo del giudizio è sottratto alla giurisdizione dei tribunali italiani"* e che *"la decisione che stabilisce la responsabilità in realtà appartiene alle autorità amministrative indipendenti e non ai tribunali amministrativi"*. Secondo De Albuquerque, *"gli organi giurisdizionali non fanno che ripetere l'uno dopo l'altro gli argomenti già sostenuti dall'AGCM, rinviando con notevole enfasi ai paragrafi della decisione amministrativa. La*

presunta analisi degli argomenti del ricorso della società è stata semplicemente un'adesione formale da parte dei giudici alla valutazione tecnica "indiscutibile" e incontestabile dell'AGCM. In definitiva, non vi è stata alcuna valutazione indipendente, concreta e dettagliata di illegittimità e responsabilità del comportamento della ricorrente. In conclusione, il controllo del giudice amministrativo è stato solo formale, perché non ha analizzato il nucleo della motivazione della decisione amministrativa di condanna, vale a dire la valutazione tecnica dei fatti contestati alla ricorrente. La ricorrente è stata privata di un'analisi autonoma dei motivi del suo ricorso". Ancora: "la limitazione dell'ambito di applicazione della giurisdizione amministrativa nel ragionamento del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione è logicamente insostenibile (...). La giurisdizione "piena" è giustamente caratterizzata dalla sua natura globale, poiché essa può e deve comprendere tutti gli aspetti, sia di fatto che di diritto, della responsabilità per il presunto illecito. La "pienezza" della giurisdizione implica necessariamente la sua esaustività. Nella logica pura, sono contraddittorie le proposizioni che presentano qualità incompatibili, come ad esempio: il giudice controlla pienamente la decisione amministrativa, ma non può sostituire la propria valutazione tecnica a quella della decisione amministrativa. Per un'implicazione logica elementare, una sola di queste proposizioni è vera, l'altra è falsa. In questo caso, la seconda parte della frase nell'esempio è falsa. Seguendo l'interpretazione "debole" (...) l'applicazione di concetti giuridici fondamentali come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante e le intese che limitano la concorrenza è effettivamente sottratta al controllo giurisdizionale. Il giudice amministrativo si converte in questo modo in un organo subalterno del potere giudiziario, che deve inchinarsi dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative." .

E ciò di sicuro laddove non siano assicurate garanzie “*quasi judicial*” nella fase procedimentale. Un procedimento non del tutto in linea con gli *standards* imposti dalla Convenzione (ed il procedimento amministrativo italiano non pare ancora giunto a tali livelli) potrebbe diventare lesivo delle garanzie di cui all’art. 6, se non compensato *ex post* da una fase giurisdizionale che consenta un pieno riesame delle valutazioni tecniche, e, se necessario, una loro sostituzione *tout court*²¹⁹.

Insomma, alla luce dell’elaborazione giurisprudenziale sin qui esposta, non pare più sostenibile una riserva di valutazione tecnica (comunque declinata giudizialmente, tanto nella maniera del sindacato estrinseco, quanto in quella, in realtà non troppo

²¹⁹ In dottrina, vedi F. GOISIS, cit: “*Non necessariamente ci deve essere pieno accesso al fatto in sede (propriamente) giudiziale, ma, come più volte chiarito specie in relazione a vicende britanniche, un procedimento amministrativo fortemente garantistico (in cui cioè le garanzie del giusto processo siano in gran parte già realizzate sub specie di giusto procedimento), può essere adeguato, perché ivi si realizza (come ovvio) un pieno accesso al fatto, e, in quanto giusto procedimento, non si hanno eccessive disparità tra parte privata e pubblica, realizzandosi invece un accettabile contraddittorio. Insomma, secondo linee forse non logicamente chiarissime, ma, si direbbe, opportunamente pragmatiche, garanzie procedimentali e processuali si possono “fondere,” ossia possono essere considerate congiuntamente e cumulativamente. In altri termini, in un dato caso in cui né la fase procedimentale, né quella giudiziale, siano perfettamente adeguate, e però, nel complesso, le garanzie da esse cumulativamente offerte sono accettabili, vi può essere conformità con l’art. 6.”*

diversa, del sindacato intrinseco debole) né nel procedimento né nel processo amministrativo. Secondo il citato principio della “compensazione”, sicuramente non in entrambi.

Di conseguenza, se non si individuano giudici diversi da quello amministrativo, e se non ci sono garanzie “quasi giudiziali” nel procedimento (cosa che non pare ancora essere avvenuta nel nostro ordinamento), sembra di dover concludere che il sindacato intrinseco debole non basti ad assicurare quel pieno accesso al fatto richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo.

La giurisprudenza nazionale, come già notato nel paragrafo precedente, sembra cominciare a recepire gli influssi della C.e.d.u., e si registrano alcune sentenze che, facendo espresso riferimento alla Convenzione, ampliano il sindacato sulla discrezionalità tecnica oltre i limiti del sindacato come tradizionalmente inteso dal giudice nazionale, pur, in principio, affermando le formule usuali²²⁰.

²²⁰ Di alcune di queste si è già discusso (per la pronuncia Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012 n. 1330, e per quella del Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 229, vedasi il paragrafo precedente).

In una vertenza riguardante l’impugnazione degli atti di una procedura a evidenza pubblica, il Consiglio di Stato (sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482) ha sindacato, voce per voce, i punteggi attribuiti dall’amministrazione in sede di esame delle offerte e ha ritenuto “non motivate” e “difficilmente giustificabili” una serie di valutazioni (in particolare, nella sentenza si nota che diversi elementi “*di oggettiva rilevanza*” dell’offerta presentata dall’impresa ricorrente sarebbero stati “*pretermessi senza alcuna plausibile motivazione*”).

5.2. Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a fronte di orientamenti iniziali che affermavano la necessità di assicurare una tutela piena anche nei confronti degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica, se del caso anche mediante sindacato intrinseco del giudice, l'orientamento successivo si è sviluppato e consolidato in modo diverso: secondo C.g.c.e., sez. V, 21 gennaio 1999,

Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3411 ha trattato di una procedura selettiva finalizzata all'ammissione ad un corso concorso per accedere alla qualifica dirigenziale. Il Consiglio di Stato, analizzati dettagliatamente i giudizi espressi per ciascun candidato con riferimento alle varie "categorie valutative" che erano state prese in considerazione della p.a., ha ritenuto che la commissione avesse attribuito al ricorrente un punteggio troppo basso nella valutazione concernente la "qualità della funzione". Il Collegio ha inoltre rilevato che, in sede di predeterminazione dei criteri, la commissione aveva attribuito alla valutazione richiamata (connotata da profili di indubbia soggettività) un "range di oscillazione" del punteggio "tale da poter sterilizzare, ai fini della promozione, le altre categorie di punteggio legate a dati oggettivi". L'amministrazione avrebbe dunque rovesciato "la graduatoria risultante in base ad altre "voci" valutative, basate su riscontri oggettivi, per effetto di un ulteriore parametro discrezionale, svincolato da predeterminazione analitica di subpunteggi per le singole, previste componenti del giudizio ed anche da qualsiasi motivazione, tanto da risultare in effetti arbitrario. Quanto sopra, anche in considerazione del curriculum professionale dell'interessato, mostratosi nel tempo disponibile alla mobilità ed investito – contrariamente a quanto affermato da controparte - di quelle che appaiono complesse e variegate responsabilità direzionali".

causa C-120/97, *Upjohn Ltd*, nonché C.g.c.e., sez II, 15 ottobre 2009, C-425/2008, il diritto comunitario, in nome dell'autonomia dei singoli Stati in tema di tutela giudiziaria, non impone di istituire rimedi sostitutivi contro le valutazioni tecniche, ben potendo detti Stati optare per un mero controllo estrinseco.

La dottrina ha criticato il *leading case* del 1999²²¹, sostenendo innanzitutto che impedire al giudice di verificare mediante c.t.u. la correttezza della valutazione tecnica non può che risolversi in una diminuzione di tutela giurisdizionale per il ricorrente.

Quanto poi all'argomento –sostenuto dalla C.g.c.e.– secondo cui gli stessi atti comunitari contenenti valutazioni tecniche sono sindacati dalla Corte solo in modo estrinseco (talchè non sarebbe possibile richiedere agli Stati membri una tutela più intensa di quella che la giustizia comunitaria assicura avverso i provvedimenti amministrativi europei), è stato notato che la sentenza *Upjohn Ltd* porta ad esempio atti che non sono amministrativi bensì normativi (quindi di alta amministrazione o schiettamente politici), rispetto ai quali quindi l'opzione per una tutela meno incisiva non dovrebbe sorprendere.

Con riguardo alle valutazioni tecniche complesse, la giurisprudenza comunitaria si è dunque per lungo tempo assestata lungo il crinale del solo controllo estrinseco.

Ancora nel 2010, la C.g.c.e. ha riformato una sentenza del giudice di primo grado perché quest'ultimo aveva

²²¹ F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1513 ss.

presentato una *“propria valutazione di circostanze economiche complesse”*, così sostituendo *“la propria valutazione a quella della Commissione, violando in tal modo il margine di discrezionalità di quest’ultima, invece di verificare la legittimità della sua valutazione”*²²².

Dal 2011 in poi si registra una diversa sensibilità del giudice comunitario, più attento alle posizioni della Corte E.d.u.

In questo senso, è stato affermato che, alla luce del concetto di *full jurisdiction* delineato dalla C.e.d.u., il giudice *“non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione (...) al fine di rinunciare ad un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto”*²²³.

Ancora, C.g.c.e. 8 dicembre 2011, causa C-389/10 P, ha statuito che *“sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice dell’Unione debba astenersi dal controllare l’interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell’Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l’esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l’insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una*

²²² C.g.c.e. Grande Sezione, 29 giugno 2010, causa C-441/07. *Commissione v. Alrosa*, punto 67.

²²³ C.g.c.e. 8 dicembre 2011, in causa C-386/10 P, punto, 129.

situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono.” (punto 121).

Questa attenzione verso gli insegnamenti della giurisprudenza E.D.U., con superamento di ogni “deferenza” giudiziale, non si registra solo nell’ambito della giurisdizione di merito -ove si è statuito che la competenza di cui all’art. 31, Regolamento 1/2003 deve interpretarsi nel senso che il giudice ha il potere di “sostituire la sua valutazione a quella della Commissione”, così da “sopprimere, ridurre o aumentare l’ammenda o la penalità inflitta”²²⁴.

Tale mutamento di indirizzo si registra anche nei casi in cui venga in rilievo una giurisdizione di mera legittimità –è il caso dei programmi di clemenza nel diritto antitrust, oppure dei profili diversi dall’*an* e dal *quantum* della sanzione, una volta accertato l’illecito-ove è stato riaffermato che il giudice non può far leva sul potere discrezionale della Commissione al fine di rinunciare ad un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (C.g.c.e., sez. V, 18 luglio 2013, causa C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd*, nonché 24 ottobre 2013, causa C-510/11 P, *Kone*).

Infine, nel 2014, la Corte ha statuito che “*nell’esercizio del sindacato di legittimità ex art. 263 TFUE, il Tribunale generale non si limita ad accertare se vi sia stato un errore manifesto di valutazione ma esercita un esame approfondito, con riguardo sia ai fatti che al diritto, dell’atto impugnato*

²²⁴ C.g.c.e. sez. I, 30 aprile 2014, in causa C-238/12 P, *FLSmidth & Co A/S c. Commissione europea*, punto 56.

*alla luce delle contestazioni del ricorrente, in tal modo soddisfacente i requisiti di un sindacato pieno ai sensi dell'art. 47 della Carta*²²⁵ di Nizza.

6.1. La giurisprudenza amministrativa nazionale nei diversi settori dell'ordinamento che comportano valutazioni tecniche. Le autorità amministrative indipendenti.

L'analisi della giurisprudenza evidenzia come l'intensità del sindacato praticato sulle valutazioni tecniche muti a seconda del settore dell'ordinamento che si prende in considerazione.

I giudici sembrano infatti modulare il controllo sui concetti giuridici indeterminati in modo variabile a seconda della diversa qualità delle regole tecniche il cui impiego è prescritto dal legislatore, e della conformazione concreta che le norme imprimono al potere amministrativo.

I limiti del sindacato vengono così motivati a volte con l'accentuata opinabilità delle scienze di riferimento, e in ragione della delicatezza e rilevanza degli interessi e valori presi in considerazione (è il caso delle discipline storico-artistiche); altre con l'elevata complessità delle valutazioni effettuate dalla p.a., e con la particolare posizione della stessa (è il caso delle autorità indipendenti).

²²⁵ C.g.c.e. 10 luglio 2014, in causa C-295/12 P.

Pur nella inevitabile disorganicità del quadro generale, è possibile tuttavia tentare di tratteggiare alcune linee di tendenza relative ai singoli ambiti di materia esaminati.

6.1.1. Cominciando dal controllo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, l'orientamento pretorio maggioritario sostiene la praticabilità del solo sindacato intrinseco debole (o “di attendibilità”).

Ciò in quanto la giurisprudenza avverte in modo evidente la necessità di tenere conto della complessità delle valutazioni che le autorità indipendenti si trovano a dover affrontare, nonché della peculiare posizione di spiccata indipendenza che le caratterizza.

In questo senso, un controllo intrinseco (seppur debole) viene ritenuto sufficiente a controbilanciare il *deficit* di legittimazione democratica che, secondo parte della dottrina, affligge tali autorità. Per la stessa ragione, non parrebbe sufficiente un sindacato meramente estrinseco, e travalicherebbe le attribuzioni delle autorità indipendenti un sindacato di tipo sostitutivo.

In via prevalente i giudici amministrativi²²⁶ e quelli ordinari²²⁷ ritengono dunque che il g.a. possa

²²⁶ Cons. St. sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1550; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 9 aprile 2010, n. 6185; Cons. St. sez. VI, 4 aprile 2006, n. 1397; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I, 13 marzo 2006, n. 1898; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 6 giugno 2008, n. 5578; Cons. St., VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, 25 aprile 2002, n. 2199 e 6 ottobre 2001, n. 5287; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2008, n. 7549.

esercitare un controllo sul parametro normativo e sui fatti al vaglio delle Autorità, ma senza poter sostituire, per mezzo di c.t.u., una valutazione tecnica non inattendibile.

Non è quindi sostituibile (se attendibile) ad esempio, l'individuazione del "mercato rilevante" operata dall'AGCM, e lo stesso vale per la specificazione del parametro normativo operato dall'Autorità. Specularmente, il mezzo della c.t.u. è utilizzabile solamente per l'individuazione di presupposti di fatto ben delineati, e appartenenti a campi del sapere di obbiettiva difficoltà.

Le sentenze (per tutte, Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156) che si collocano in questo filone, secondo cui *"il sindacato del giudice amministrativo (...) è di tipo "debole", che, cioè, non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità"*, applicano l'insegnamento di precedenti pronunce, come la già esaminata sentenza del Consiglio di Stato 5287/2001, e fanno riferimento al concetto delle valutazioni tecniche "complesse", *"nelle quali è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario. Per tali*

²²⁷ Cass. civ. SS. UU., 17 marzo 2008, n. 7063; Cass. civ. SS.UU. 29 aprile 2005, n. 8882.

valutazioni complesse, la stretta comunicazione fra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito (...), è stata ritenuta indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione, con conseguente impossibilità, sul piano del controllo giurisdizionale, di configurare un sindacato di tipo "forte", caratterizzato dalla possibilità della sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'Amministrazione (...). L'organizzazione concreta del sindacato giurisdizionale è stata, così, correttamente collegata, da una parte alle peculiari caratteristiche di tali valutazioni complesse, e dall'altra, alla speciale rilevanza della garanzia che la legge ha inteso assicurare agli interessi presi in considerazione da tali valutazioni, anche in relazione al principio del buon andamento di cui all'art.97 Cost., attraverso la predisposizione di strutture amministrative, dotate di particolari legittimazione e competenze.”.

Secondo la sentenza citata, i sopraesposti principi “acquistano una speciale rilevanza a proposito dei provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e dalle sue valutazioni tecniche complesse. Queste, infatti, si caratterizzano per il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata (...) al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali. Sotto questo profilo, cioè che assume particolare rilievo è l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, ad un'Autorità che si caratterizza non

soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità. La legge, infatti, ha inteso predisporre una speciale garanzia per le situazioni soggettive, costituzionalmente garantite, connesse con la tutela della concorrenza (art.41 Cost.), sottraendo le relative valutazioni e decisioni al circuito dell'indirizzo politico. Tale garanzia, voluta dal Legislatore, caratterizza anche la fase della tutela giurisdizionale e dei relativi accertamenti, ed essa viene assicurata attraverso un sindacato giurisdizionale realizzato nelle forme del controllo della logicità, coerenza e ragionevolezza, anche sotto il profilo del rispetto delle regole tecniche, e dei presupposti di fatto posti a fondamento della valutazione”.

Nel caso affrontato dalla sentenza citata, l’A.g.c.m. aveva autorizzato Enel spa ad una concentrazione, imponendo però delle condizioni, contestate da Enel con ricorso (accolto) al T.a.r. Lazio. La sentenza veniva poi cassata in appello, e il Consiglio di Stato riteneva dimostrato che il Tribunale avesse “*proceduto non al controllo della legittimità della delibera dell'Autorità, ma ad una nuova valutazione della vicenda sottoposta al suo esame*”. Tale dimostrazione, secondo il giudice d’appello, si evinceva facilmente dalle stesse affermazioni della sentenza di prime cure: (a) “*quando il Tribunale, afferma che la circostanza che "in poco più di un anno e mezzo un numero di clienti {Enel} pari ad oltre il 40% della sua quota di mercato, abbiano abbandonato il gruppo {Enel} per rivolgersi a*

concorrenti minori o appena entrati nel mercato non sembra proprio dimostrare che {Enel} dispone di una posizione dominante nel mercato della fornitura", e che "sembra dimostrare invece l'esistenza di una concorrenza vivace che ha saputo intercettare la clientela insoddisfatta della Fornitura di {Enel}", si è di fronte ad una palese valutazione alternativa a quella dell'Autorità.”; (b) “Altrettanto deve dirsi allorquando la pronuncia di primo grado afferma che "appare anche logico prospettare per il futuro, in ragione della tendenza fortemente negativa, ma ulteriore (seppure più modesta) flessione" della quota di mercato di {Enel Trade} nel 2001. Anche qui si è di fronte all'enucleazione di un elemento utilizzato per l'espressione di una nuova autonoma valutazione, effettuata dal Tribunale, della posizione sul mercato della fornitura di {Enel}”; (c) “Il Tribunale, indica, i comportamenti economici di {Enel} che considera ragionevolmente ipotizzabili, per contrapporli a quelli ipotizzati dall'Autorità, in tal modo pervenendo ad una valutazione del ruolo e degli effetti della borsa elettrica di segno opposto a quella posta dalla AGCM.”.

Secondo il Consiglio di Stato, il Tribunale amministrativo aveva dunque svolto “*un sindacato di merito sulle scelte dell'Autorità che si risolve inammissibilmente nell'affermazione di una soluzione prognostica alternativa, che induce il Tribunale ad escludere direttamente l'esistenza della posizione dominante di {Enel} nel mercato della generazione: segno, questo evidente, del fatto che il giudice di primo grado ha ritenuto di poter direttamente e immediatamente definire, attraverso l'accertamento*

giurisdizionale e la valutazione dell'insussistenza della posizione dominante, il rapporto controverso, senza la rinnovazione della valutazione tecnico-economica da parte dell'Autorità. Si tratta di un esito che, (...) si risolve, pur sul rispetto della formula dell'annullamento, in quella "indicazione" di una volontà del giudice, che si sostituisce a quella dell'Amministrazione, che costituisce uno dei modi in cui si sostanzia l'eccesso di potere giurisdizionale”.

6.1.2. A fronte dell'orientamento appena analizzato, si registra pure un orientamento che viene sovente segnalato come diverso dal precedente, ma che in realtà appare diverso più nella forma che nella sostanza. Si tratta di quel filone di sentenze che propongono il superamento della distinzione tra sindacato forte e sindacato debole, ma solo al fine di confermare l'opzione per il controllo intrinseco debole.

Benchè enuncino la necessità di superare la contrapposizione tra “sindacato forte o debole”, e di applicare un controllo “forte, pieno ed effettivo”, “tendente ad un modello comune a livello comunitario”, pronunce quali Cons. St. sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515; Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469, Cons. St., VI, 20 febbraio 2008, n. 597 e Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, fanno tale affermazione, nella sostanza, per ribadire la

praticabilità del solo sindacato intrinseco debole, e per escludere quello sostitutivo²²⁸.

La sentenza 926 del 2004, dopo aver ribadito i principi consolidatisi sul sindacato degli atti della autorità indipendenti²²⁹, ha inteso premettere, a fronte delle

²²⁸ Secondo R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it: “È evidente che la contrapposizione tra “controllo debole” e “controllo forte” presentava elementi di ambiguità, lasciando ipotizzare appunto la possibilità di un sindacato giurisdizionale più intenso ma non esercitato. Proprio prendendo atto di questa ambiguità la più recente giurisprudenza amministrativa ha successivamente specificato che sindacato esercitato sull’attendibilità tecnica della valutazione effettuata dall’Autorità non è affatto “debole”, ma è l’unico consentito al giudice, traducendosi, infatti, l’ipotizzato “controllo forte” in una inammissibile sostituzione del giudice all’Amministrazione.”.

²²⁹ In estrema sintesi:

-i provvedimenti dell'Autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a "concetti giuridici indeterminati" (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra "contestualizzato"; d) una ultima fase di applicazione delle sanzioni;

- i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi e ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle

imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione. L'individuazione del parametro normativo e il raffronto con i fatti accertati (fasi b e c) sono invece una manifestazione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo mediante sindacato intrinseco debole (Cons. St., Sez. VI, n. 2199/2002 . Per vero, questa ricostruzione è criticabile (cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, cit., 127) nella sua applicazione, in quanto l'accertamento di una posizione dominante, ad esempio, dovrebbe essere ricondotto al mero accertamento di fatto (pienamente sindacabile) mentre viene ricondotto dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156) alla discrezionalità tecnica, applicando il solo sindacato intrinseco, talché il giudice rinuncia a ricostruire autonomamente i fatti.

- il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità antitrust (fasi b e c sopra descritte), è un sindacato (definito "di tipo debole"), che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità, potendo però il giudice censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili;

- in questi casi la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione ed utilizzando, ove necessario, lo strumento della consulenza tecnica;

- di fronte ad una valutazione complessa in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, posta in essere dall'Autorità, il sopradescritto tipo di sindacato si giustifica a causa della particolare rilevanza degli interessi rimessi, proprio per la loro importanza, alla tutela

censure proposto della parti, che si appuntavano sulla natura “debole” del sindacato, che il controllo praticabile sulle valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti è senza dubbio intrinseco e non estrinseco (“*non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine*”).

La Sezione ha poi osservato che, nonostante la qualificazione della giurisdizione del G.A. in materia antitrust come esclusiva *ex art. 33, l. 287/1990*, “*il giudizio amministrativo resta, (...) un giudizio di tipo impugnatorio, in cui al giudice spetta di verificare se il potere spettante all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato (si tratta di un potere vincolato, ma vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, il cui esercizio comporta valutazioni complesse rimesse in prima battuta all'Autorità garante) (...). In tali giudizi, con la proposizione del ricorso la materia controversa non passa interamente dall'Autorità al giudice; un tale modello, non introdotto nel nostro ordinamento, radicherebbe in capo al giudice l'esercizio di un potere relativo ad interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore ad una Autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall'esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l'indipendenza della stessa Autorità. Il fatto che si tratti di un'Autorità posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico rende ancor più*

dell'Autorità antitrust, organo caratterizzato da specifica composizione tecnica, posto in posizione di particolare indipendenza e che esercita poteri neutrali, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico.

necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante.”.

Venendo poi alla questione della distinzione tra sindacato forte e debole, il Consiglio di Stato ha precisato il proprio precedente orientamento: *“in realtà, con l'espressione sindacato "di tipo debole" la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato””.*

Secondo la pronuncia 926 inoltre, in una prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario (imposta a seguito del processo di applicazione decentrata del

diritto comunitario della concorrenza, avviato dal regolamento CE n. 1/2003), è preferibile raffrontare non gli istituti o le terminologie giuridiche (sindacato "debole" o "forte"), ma comparare i modi attraverso cui i problemi vengono risolti. E le modalità con cui il giudice amministrativo esercita il proprio sindacato sugli atti dell'Autorità appaiono, secondo la Sezione *“molto simili a quelle del giudice comunitario”*.

In definitiva, *“ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo come "forte" o "debole", ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito sia stato correttamente esercitato”*.

Il Collegio ha infine notato che la riconosciuta ammissibilità anche della consulenza tecnica, quale strumento di verifica di fatti ed elementi rilevanti ai fini dell'analisi economica e delle valutazioni complesse effettuate dall'Autorità, *“conferma il grado di effettività della tutela giurisdizionale (risultando poi irrilevante se nelle singole fattispecie tale strumento sia stato ritenuto necessario, o meno, tenuto anche conto che proprio in tale materia il c.d. adversary system, basato sulla contrapposizione dei consulenti economici delle parti, funziona bene e risulta adeguato per far emergere le eventuali distorsioni dovute ad analisi non corrette, come avviene negli Stati Uniti dove spesso non viene*

utilizzata dal giudice la possibilità di nominare esperti)”.

Con le sentenze 515 dell’8 febbraio 2007, n. 515²³⁰, 6469 del 17 dicembre 2007, e 597 del 20 febbraio 2008, la Sesta Sezione ha poi ribadito i principi affermati con la sentenza 926²³¹.

Cons. St. sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856 ha ulteriormente qualificato come sterile la *“rigida contrapposizione sindacato forte-sindacato debole, che rischia, per l'eccessiva astrattezza dei suoi schematismi, di smarrire il presupposto e il senso stesso del sindacato sulla discrezionalità tecnica”*.

²³⁰ *“La Sezione ha inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, "sindacato forte o debole", per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato. Tale ultimo orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità.”*

²³¹ Nello stesso senso vanno le sentenze Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1550; Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 aprile 2010, n. 6185.

Ciò è particolarmente vero quando si tratti del potere regolatorio²³² delle autorità amministrative indipendenti.

²³² Nel caso di specie si trattava della delibera n. 731/09/CONS dell'AGCOM), recante l'"*Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell'accesso alla rete fissa (mercati 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione 2007/789/CE)*".

Sul potere regolatorio e sul relativo sindacato, cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisprudenziale*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 265 ss; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

Secondo R. GIOVAGNOLI, cit, un sindacato sostitutivo non si attaglia né alle (a) funzioni regolatorie né a quelle (b) sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti, suppur per diverse ragioni.

A. Per quanto riguarda le prime, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter superare il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica, che, secondo parte della dottrina, affligge le autorità indipendenti, valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere. Infatti, gli atti di regolazione adottati dalle Autorità, proprio perché espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti da soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della responsabilità politica, debbano essere adottati nel rispetto di un procedimento articolato, aperto al contraddittorio e alla partecipazione dei soggetti interessati. Tali garanzie procedurali contribuiscono a legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti: in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal

Secondo la terza sezione “L'esigenza che questo pubblico potere, da taluni definito anche "atipico" o "acefalo", sia ricondotto e sottostia, come ogni altro, ad un principio di legalità sostanziale, non trovando esso un'espressa copertura costituzionale e suscitando, quindi, non poche riserve in ordine al fondamento della sua legalità formale”, è sufficientemente garantita da un “controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le

legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. In questo quadro, allora, il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione si è appuntato soprattutto sul rispetto delle citate garanzie procedimentali.

B. Per quanto riguarda invece le funzioni sanzionatorie, valorizzando i caratteri e la natura (da molti definita persino “paragiurisdizionale”) delle Autorità indipendenti, con riferimento alle sanzioni dalle stesse irrogate, l'Autore conclude nel senso che il legislatore abbia voluto attribuire ad esse la titolarità del potere sanzionatorio, ritenendole i soggetti meglio in grado di accertare e valutare la sussistenza della fattispecie di illecito. Deve quindi escludersi che il giudice amministrativo, mediante un sindacato sostitutivo, si riappropri, in sede processuale, di una potestà punitiva che è attribuita all'Autorità indipendente come funzione sua propria, attribuzione giustificata proprio in nome delle caratteristiche di tecnicità, indipendenza, neutralità. Non può che essere praticato, quindi, il tradizionale sindacato sul corretto esercizio di un potere “altrui”, che, pertanto, deve svolgersi senza sostituirsi al soggetto titolare del potere, nei limiti tipici del tradizionale giudizio di legittimità.

quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, "le regole del gioco"”.

Nel caso sottoposto alla propria attenzione, il Collegio ha accolto il ricorso, rilevando che *“il controllo, invocato dall'appellante, sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dal AGCOM sul piano regolatorio non mira, in alcun modo, a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente Autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. L'incoerente o incompleta applicazione di quel modello, ponendosi in contrasto con i principi che l'informano, può infatti frustrare le stesse finalità che hanno giustificato la sua adozione, essendo indubbio che anche teorie o principi economici possano essere applicate ben al di là del loro margine di elasticità e opinabilità, con risultati non consentanei alle loro premesse e, dunque, erronei.”*.

Con la sentenza 1013 del 20 gennaio 2014, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ancora una volta ribadito che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche della p.a. non può essere di tipo sostitutivo.

In una questione che coinvolgeva una sanzione amministrativa, Il Consiglio di Stato aveva precisato che il sindacato del giudice amministrativo non si estende al merito (salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio) ma è limitato alla verifica dell'assenza, nei provvedimenti delle autorità indipendenti, di travisamenti di fatto, di vizi logici o di errori giuridici.

Ciò a fronte della tesi del ricorrente in Cassazione, il quale riteneva invece che, per le caratteristiche della giurisdizione esclusiva, e per il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, l'allora vigente art. 33, l. 287/90 implicasse che il sindacato del g.a. non dovesse limitarsi ai profili di logicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione con cui l'Autorità Garante individua gli estremi di un mercato rilevante ai fini di accertare e sanzionare intese restrittive della concorrenza. Quel sindacato, al contrario, dovrebbe spingersi alla verifica dei fatti posti a base del contestato accertamento. L'autolimitazione che il Consiglio di Stato ha imposto alla propria latitudine di giudizio integrerebbe, pertanto, nella ricostruzione del ricorrente, un vero e proprio diniego di giurisdizione.

La Cassazione ha invece precisato che *“L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati.”*. Di fronte alla valutazioni tecniche, comportanti sempre un certo grado di opinabilità, *“il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità*

e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto”.

Ipotizzare invece che, “con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità - valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali-, il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita”.

Anche nel corrispondente scenario Europeo, osserva la Corte, mentre per un verso viene ribadito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti (cfr. Corte di giustizia 3 maggio 2012, n.285/11, *Legris Industries*), per altro verso si afferma che appartiene alle prerogative della Commissione di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno: di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano deve limitarsi alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonchè dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere, non spettando al tribunale sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle dell'autore della

decisione di cui gli venga chiesto di verificarne la legittimità (cfr. Corte di giustizia 6 ottobre 2009, n. 501, 513, 515, 519/06 P. *GlaxoSmithKline*)²³³.

Secondo le Sezioni Unite, tuttavia, la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante implica, certo, il divieto di sostituzione, *“ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento*

²³³ A seguito delle sopraesposte argomentazioni, la Cassazione ha statuito il seguente principio di diritto: *“Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”*.

amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo”.

Con sentenza delle Sezioni Unite del 24 giugno 2011, n. 13904, la Cassazione ha inoltre fornito un’interessante precisazione: non costituisce sconfinamento del g.a. nel merito amministrativo la pronuncia del Consiglio di Stato che, nell’annullare un provvedimento dell’Agcom, abbia fissato criteri ermeneutici che impongano ulteriori accertamenti di fatto al fine di determinare l’ambito geografico di riferimento del “mercato rilevante” per la concorrenza tra operatori della telefonia mobile. E ciò perché detti canoni fungono da meri parametri di legittimità, entro i quali l’Autorità conserva il potere discrezionale (tecnico) di identificare l’ambito territoriale del mercato concorrenziale.

6.2. La verifica delle offerte anomale negli appalti pubblici.

Le valutazioni tecniche sono frequenti nel settore degli appalti pubblici, settore nel quale il tema della verifica di anomalia delle offerte riveste particolare rilievo.

Il giudizio volto alla verifica dell’anomalia (o congruità) dell’offerta che appaia anormalmente bassa (artt. 86-89, D. Lgs. 163/2006) è finalizzato ad accertare la serietà della stessa, e quindi le reali possibilità dell’impresa di eseguire correttamente l’appalto alle condizioni proposte.

E' un giudizio -di carattere tecnico²³⁴- globale e sintetico, delle singole componenti in cui l'offerta si scompone, ma soprattutto di quanto esse incidano sull'offerta nel suo insieme; e volto ad accertare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca o meno nell'inattendibilità dell'offerta complessiva²³⁵.

Il subprocedimento di valutazione dell'anomalia mira a garantire l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente possibile²³⁶. L'esclusione dalla gara è quindi frutto di un giudizio (operato dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza dell'offerta rispetto al fine da raggiungere.

6.2.1. Si tratta allora di una valutazione “*riservata alla stazione appaltante, cui compete il più ampio margine di apprezzamento*”. Di conseguenza, il sindacato giurisdizionale su di essa è meramente estrinseco, e circoscritto “*ai soli casi di manifesta e macroscopica*

²³⁴ Secondo la giurisprudenza, è oggetto di discrezionalità tecnica anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta (Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090; Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2010, n. 5848; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8148; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 27 agosto 2014, 2205).

²³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636; Tar Milano, 13 settembre 2012, n. 2318; T.r.g.a., Trento, 21 marzo 2012, n. 92.

²³⁶ Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6442; sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2956; sez. V, 18 febbraio 2013, n. 973, 15 aprile 2013, n. 2063.

erroneità o irragionevolezza” (Cons. St., Ad. Plen. n. 36 del 29 novembre 2012).

Secondo l’orientamento maggioritario dunque, l’unico sindacato praticabile è quello estrinseco, limitato alla rilevazione dei profili di eccesso di potere²³⁷.

Quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa è stato recepito dalle Sezioni Unite della Cassazione (cfr. la decisione del 16 luglio 2014, n. 16239).

Nel caso deciso in detta sentenza, il ricorrente aveva censurato il contegno del TAR, asseritamente incorso in eccesso di potere giurisdizionale: (a) per aver incaricato i consulenti tecnici di valutare l’attendibilità del giudizio di anomalia anche sulla base di considerazioni diverse da quelle espresse in sede amministrativa (il ricorrente incidentale aveva infatti dedotto che la commissione avrebbe dovuto tener conto di ulteriori sottostime dei costi nell’offerta del ricorrente principale, e il Tar aveva condiviso tale prospettazione); (b) per averne recepito poi le conclusioni. Così facendo, aveva sostenuto il ricorrente principale, il Tar aveva surrettiziamente proceduto ad una nuova valutazione dell’offerta.

Le S.U. hanno senz’altro aderito alle tesi sviluppate dal g.a., ribadendo che: (a) *“la sfera di valutazione*

²³⁷ Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2014, n. 2057; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n.8; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 novembre 2012, n. 36; Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2012, n. 343; Cons. St., sez. V, 16 marzo 2011, n. 1636; Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1040; Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2000, n. 345; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 19 febbraio 2008, n. 1462.

della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, come tale sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà”; (b) “possono essere dunque introdotti in giudizio elementi che, sul piano sintomatico, rendano evidente il vizio di eccesso di potere (o l'assenza del vizio) in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia”; (c) “siffatto sindacato non è precluso dall'art. 34 c.p.a., comma 2, che fa divieto al giudice amministrativo di pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", poichè la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte sono già pervenute all'esame della stazione appaltante.”

6.2.2. Accanto all'orientamento tradizionale, favorevole al solo sindacato estrinseco, si registrano anche pronunce²³⁸ che ammettono il controllo intrinseco debole²³⁹, qualora esso si riveli necessario

²³⁸ Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346; Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4082; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 8 febbraio 2011, n. 1215; Tar Trento, 8 aprile 2011, n. 112; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 21 aprile 2005, n. 2995; T.a.r. Toscana, sez. II, 6 giugno 2007, n. 825.

²³⁹ Specularmente, i due orientamenti citati si dividono anche sull'utilizzo della c.t.u. Vi sono pronunce che, nella logica del giudizio tipicamente impugnatorio (sull'atto e non sul rapporto sottostante), rifiutano l'utilizzo della consulenza tecnica, ritenendo che, ove non siano immediatamente rilevabili i sintomi dell'eccesso di potere, il giudice non possa

per verificare appieno la legittimità del provvedimento, e nel caso in cui emergano elementi tali da giustificare una ripetizione (ma non una sostituzione) delle valutazioni tecniche.

Sul punto, si registrano invero oscillazioni: mentre vi sono sentenze che concepiscono il controllo intrinseco come un modello da utilizzare solo laddove il controllo estrinseco non basti, talchè la ripetizione delle valutazioni tecniche dovrebbe essere operata solo nel caso in cui una previa verifica formale si sia rivelata insufficiente (Cons. Stato sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346), ci sono invece arresti che lo ammettono come regola, con il solo limite del divieto di sostituzione giudiziale (T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 21 gennaio 2005, n. 64).

sostituirsi alla p.a. -a nulla rilevando l'espressa introduzione del mezzo della c.t.u. da parte del legislatore, attese le ineludibili esigenze di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3769; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694; Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4837). A queste si contrappongono arresti secondo cui *“negare l'ammissibilità del sindacato operato da parte dei c.t.u. (...) significherebbe precludere al giudice di legittimità quella piena conoscenza del fatto che costituisce necessario strumento per un corretto esercizio del proprio potere giurisdizionale. I c.t.u., nella loro attività, ed il Collegio, nel dividerne le conclusioni, non sostituiscono in alcun modo una propria ponderazione di interessi”* (T.a.r. Lazio, sez. III, 24 luglio 2007, n. 6775. Nel medesimo senso: Tar Lazio, sez. III-ter, 23 luglio 2008, n. 7279; Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1862; Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607 T.a.r. Trento, 8 aprile 2011, n. 112).

L'orientamento favorevole al sindacato intrinseco debole si è sviluppato nel tempo, evolvendo progressivamente dalla distinzione, operata pretoriamente, tra i presupposti di fatto (ancorchè opinabili) della valutazione, e la valutazione in sé: mentre i primi, si è argomentato, sarebbero sottoponibili a sindacato diretto ed intrinseco (ma debole), la seconda sarebbe sindacabile solo estrinsecamente (sulla linea di quanto insegnato da Consiglio di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435: *"Il giudizio di valutazione dell'anomalia dell'offerta, quando ha ad oggetto l'accertamento di fatti strettamente tecnici, esula dall'ambito della discrezionalità amministrativa, e può essere riesaminato dal giudice amministrativo, con un giudizio che deve ritenersi attenere alla legittimità, e non al merito dell'atto; per contro, quando il giudizio di anomalia ha ad oggetto valutazioni, il giudice amministrativo non può sostituire queste ultime con le proprie di segno opposto"*).

Come si intuisce tuttavia, la linea di demarcazione tra i due casi è nella sostanza rimessa all'ermeneutica del giudice²⁴⁰.

Peraltro, accade non di rado, anche nell'ambito della valutazione di congruità come in ogni settore in cui siano coinvolte valutazioni tecniche, che le pronunce che affermano la possibilità di esperire un sindacato di attendibilità di fatto non vadano oltre il tradizionale controllo estrinseco dell'*iter* logico della p.a., senza

²⁴⁰ Come osservato da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, cit., 124-25.

verificare effettivamente la valutazione tecnica da questa operata.

E' consolidato –salve le eccezioni, segnalate anche nel paragrafo 4.3.- il rifiuto del sindacato sostitutivo: il giudice amministrativo, si argomenta, può sindacare le valutazioni compiute dall'amministrazione sotto il profilo (a) della loro logicità e ragionevolezza e (b) della congruità dell'istruttoria. Mentre non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo né illogico– formulato dall'organo amministrativo, cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il g.a. invaderebbe una sfera propria della p.a.²⁴¹.

Rilevante quanto ribadito da Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862, in un caso in cui il giudice di primo grado aveva ritenuto che l'importo residuo (detratti i costi di manodopera al valore dell'offerta complessiva) fosse *"insufficiente per coprire i costi legati alle macchine, alle attrezzature, alla formazione del personale, ai dispositivi di protezione, alla copertura delle spese generali e ad assicurare un utile"*.

²⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014 n. 162; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2012, n. 4206; Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2732; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846; Cons. Stato., sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; C.d.S., sez. V, 28 ottobre 2010, n. 7631.

La decisione del giudice di prime cure, secondo il Consiglio di Stato, aveva di fatto sovrapposto la propria valutazione a quella (propria e riservata) dell'amministrazione. Ciò perché il T.a.r. aveva: (a) ommesso di considerare l'iter logico seguito dalla p.a. per escludere la sussistenza di quegli "specifici elementi", integranti un "sospetto di anomalia", che giustificano l'attivazione di una verifica facoltativa; (b) valutato direttamente la coerenza di taluni costi con il residuo importo, avanzante dall'offerta economica dopo aver detratto i costi per il personale.

La Quarta Sezione ha quindi ribadito che: (1) *“il sindacato del giudice amministrativo non può estendersi alla verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, ove ciò fosse, il giudice invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica”*; (2) *“al contrario, il giudice amministrativo ben può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo”* (2.1) *“della loro logicità e ragionevolezza (al fine di verificare la presenza delle relative figure sintomatiche di eccesso di potere) e”* (2.2) *“della congruità dell'istruttoria all'esito della quale l'amministrazione ha proceduto alle proprie valutazioni”*; (3) *“il giudice può anche considerare i singoli elementi o voci dell'offerta, ma non già al fine di valutarne l'eventuale anomalia, bensì solo come elementi concreti suffraganti la verifica della suddetta sussistenza dei profili di completezza dell'istruttoria, nonché di ragionevolezza e logicità della valutazione”*.

6.3. *I concorsi pubblici.*

Venendo all'ambito dei concorsi pubblici e degli esami di abilitazione professionale, l'impostazione prevalente in giurisprudenza è, ancora una volta, quella del sindacato estrinseco.

Scorrendo le sentenze, si leggano tipicamente affermazioni come quelle riportate in Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1427: *“Quanto alla illogicità ed erroneità della valutazione in concreto effettuata (...) la Commissione esaminatrice è titolare di un'ampia discrezionalità (...) Le relative determinazioni non sono sindacabili dal Giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico, un errore di fatto o ancora una contraddittorietà immediatamente rilevabile; in sostanza, il giudizio amministrativo è il luogo in cui le concrete valutazioni della Commissione di esame possono essere apprezzate "ab estrinseco" e non la sede per contrapporre giudizi di merito, salvo il caso in cui tali giudizi siano chiaramente irragionevoli e arbitrari.”*²⁴².

²⁴² Nel medesimo senso: Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2014 n. 3229; Cons. Stato, sez. VI 20 febbraio 2014 n. 838; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6219; Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 774; Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8656; Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4659). La giurisprudenza mostra una spiccata preferenza per il controllo estrinseco quando si tratti di ingressi ed avanzamenti di carriera nelle forze armate (Cons.

Tuttavia, esiste un orientamento che, almeno in via di principio, fa salvo il sindacato intrinseco debole (si veda Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3364: *“l'esercizio della discrezionalità tecnica, propria delle valutazioni della commissione d'esame nei concorsi o nelle procedure comparative pubbliche, è sindacabile dal giudice amministrativo riguardo sia alla ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, che all'attendibilità delle operazioni tecniche in quanto coerenti e corrette rispetto al criterio tecnico e al procedimento applicativo”*). Nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2295; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283).

Non è peraltro raro che venga applicato un controllo intrinseco debole, qualificato come estrinseco (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6219²⁴³; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 18 settembre 2012, n. 7851), oppure, più di frequente, che si proclami il controllo di attendibilità limitandosi di fatto al controllo estrinseco (Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6706).

Le ragioni di approcci giurisprudenziali così cauti alle valutazioni concorsuali riposano sulle ben note

St. sez. IV, 4 luglio 2008, n. 33338, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2008, n. 3740). In tali casi la discrezionalità è qualificata come *“amplissima”* e implicante *“sfumate analisi di merito”* (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 649. Nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 586; Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 20 gennaio 2004, n. 495; Tar Abruzzo, L'Aquila, 29 gennaio 2003, n. 13; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 11 giugno 2001, n. 1219).

²⁴³ Su cui si vedano le riflessioni giù svolte nel paragrafo 4.1.

posizioni dottrinali secondo cui, in materia di concorsi, ci si trova di fronte a giudizi irripetibili, ad una soggettività assoluta nel momento valutativo²⁴⁴, o, ancora, ad una mancanza di regole tecniche comunemente accettate oppure alla mancanza di richiami alla norma tecnica da parte del diritto²⁴⁵.

Peraltro, anche tale prospettiva è criticabile²⁴⁶, atteso che un'imponente parte della giurisprudenza si rifiuta di applicare il controllo intrinseco debole non solo alle statuizioni genuinamente irripetibili (quali sono quelle orali) ma anche alla correzione degli elaborati scritti.

La Cassazione (Sez. Unite, 28 maggio 2012, n. 8412), per parte propria, sembra pacificamente attestata sul limite del sindacato estrinseco. Nel caso di un ricorso avverso la non ammissione agli esami orali per l'abilitazione alla professione di avvocato, il Consiglio

²⁴⁴ V. CERULLI IRELLI, *Note*, cit., 496.

²⁴⁵ F. LEDDA, *Potere*, cit., 443; C. VIDETTA, *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 573; S. VINTI, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 2002, 560 ss.

²⁴⁶ In questo senso M. ALLENA, *Art. 6*, cit., 284. Sul punto, D. NALIN, *Concorsi pubblici e fallimenti cognitivi: la reazione possibile*, in *Diritto e scienza* (www.dirittoescienza.it), n. 3, 2012, ha notato che “*verifica del giudizio e riesame dell'elaborato sono un unicum. Individuare punti di debolezza di un giudizio implica il raffronto tra il giudizio e il suo oggetto, dunque, inevitabilmente, un – diverso – giudizio su tale oggetto. Non si deve confondere il riesame dell'elaborato da parte del giudice con un'attività di sostituzione del giudice all'amministrazione: ciò che è impedito è il secondo, non anche il primo*”.

di Stato aveva accertato: (a) il difetto del presupposto sul quale si era fondato il giudizio della commissione esaminatrice (l'asserita presenza di "*errori grammaticali*"); (b) l'assenza di incoerenze della forma in relazione alla tipologia dell'atto giudiziario oggetto d'esame (censurate invece dalla commissione con l'espressione "*forma impropria, ossia non adatta alla stesura di un atto giudiziario*").

Il Ministero ricorreva per Cassazione, lamentando l'eccesso di potere giurisdizionale, asseritamente sfociato nella sostituzione della valutazione tecnico-amministrativa da parte del giudice.

La Suprema Corte -dopo aver premesso che le valutazioni tecniche di esami o concorsi pubblici sono inserite in un procedimento amministrativo complesso nel quale viene ad iscriversi il momento valutativo tecnico della commissione esaminatrice quale organo straordinario della pubblica amministrazione- ha ribadito, dando continuità ad un proprio precedente orientamento (Sez. Un., 19 dicembre 2011, n. 27283; 9 maggio 2011, n. 10065), che il sindacato sulle valutazioni tecniche, nell'ambito di cui si discute, è legittimamente svolto quando vengono scandagliate la presenza (o assenza) di illogicità manifeste, o di travisamenti dei fatti in relazione all'articolazione dei criteri preventivamente individuati dalla commissione.

La valutazione demandata alla commissione esaminatrice, ben inteso, "*è priva di "discrezionalità" in senso proprio*", perché la p.a. "*non è titolare di alcuna ponderazione di interessi, né della potestà di scegliere soluzioni alternative, ma è solo richiesta di accertare, secondo criteri oggettivi o scientifici (che*

la legge impone di portare a preventiva emersione), il possesso di requisiti di tipo attitudinale - culturale dei partecipanti alla selezione”.

Il giudizio circa l'idoneità del candidato avviene, dunque, secondo regimi selettivi di volta in volta scelti dal legislatore, che non precludono in alcun modo la piena tutela innanzi al giudice amministrativo, giudice del fatto come della legittimità dell'atto (in tal senso le decisioni della Corte Costituzionale 20/2009 e 78/2009). Siffatta tutela è attuata solo *“sotto il profilo del vizio d'eccesso di potere e, dunque, senza alcuno sconfinamento nel merito da parte del giudice, ma attraverso la verifica della logicità, della coerenza e della ragionevolezza delle basi argomentative concernenti l'analisi dell'elaborato”.*

Le Sezioni Unite hanno quindi deciso che il Consiglio di Stato, nell'accertare l'inesistenza dei *"gravi errori di grammatica"* e l'assenza di incoerenza della forma in relazione alla tipologia dell'atto giudiziario, aveva compiuto un mero accertamento in fatto circa la mancanza dei presupposti sui quali la commissione aveva espresso la propria valutazione. Così operando, il giudice amministrativo si era certamente *“tenuto negli ambiti del proprio potere giurisdizionale ed, in particolare, [aveva] legittimamente vagliato la sussistenza del lamentato vizio di eccesso di potere”.*

Peraltro la stessa giurisprudenza della Cassazione non sembra così granitica, atteso che si rinvergono pronunce delle Sezioni Unite che argomentano in favore del sindacato intrinseco debole.

E' il caso di Cass. Civ., Sez. Un., 21 luglio 2010, n. 14893, secondo cui è praticabile *“un sindacato che giunga (...) ben più che al controllo della mera coerenza logica della argomentazione, al diretto sindacato di attendibilità dei giudizi tecnici adottati, restando esclusa pertanto la possibilità di alcun intervento demolitorio sulle valutazioni attendibili ancorchè opinabili (...) con la conseguenza di veder adottate, in perfetta conformità al ruolo "debole" del sindacato stesso, decisioni di annullamento "con ricorrezione" delle valutazioni delle commissioni esaminatrici affette da manifesta inattendibilità od implausibilità.”*.

Si tratta di una pronuncia di particolare interesse. A fronte di un' osservazione (ritenuta “non implausibile”) dell'Avvocatura di Sato, secondo cui il parametro di inattendibilità adottato per individuare valutazioni inaccettabili (ad esempio perché affette da “errori madornali”) sarebbe sostanzialmente elusivo del divieto di sovrapposizione (posto che la madornalità dell'errore sarebbe un criterio aperto ad una lettura soggettiva e consentirebbe indebite sovrapposizioni di giudizio), la sentenza si preoccupa di chiarire il procedimento che la commissione deve seguire, nonché i relativi poteri del giudice:

a) il ruolo delle commissioni di esame, espressione di discrezionalità tecnica, è quello di *“accertare, secondo criteri oggettivi o scientifici (che la legge impone di portare a preventiva emersione) il possesso di requisiti di tipo attitudinale-culturale dei partecipanti alla selezione la cui sussistenza o insussistenza deve essere conclusivamente giustificata”*;

b) a tali fini, *“il legislatore ha imposto alla commissione esaminatrice la preventiva, generale e astratta posizione delle proprie regole di giudizio, al fine di assicurare che le singole, numerose, anche remote valutazioni degli elaborati (nell’ampio arco temporale delle odierne procedure di selezione) siano tutte segnate dai caratteri dell’omogeneità e permanenza”*; e ciò perché solo in tal modo (attraverso cioè la definizione preventiva di una cornice), è possibile pervenire *“all’auspicato risultato di una procedura concorsuale trasparente ed equa”*;

c) dette regole di giudizio non devono tuttavia consistere in formule note e tautologiche, ma devono chiarire *“quanto con la traccia proposta viene richiesto e quanto (in specie nell’ottica aperta propria dell’opinabilità delle soluzioni giuridiche) ci si attende in termini di risultato finale rappresentante lo standard minimo per una valutazione di idoneità”*;

d) ciò comporta che *“quanto più espliciti e analitici saranno i criteri con riguardo ai livelli di accettabilità dell’elaborato rispetto alle proposte contenute nella traccia tanto meno rilevante diventerà l’onere”*.

Il giudice amministrativo deve, di conseguenza: (1) esaminare se i criteri, chiaramente esplicitati o sommariamente enunciati, ma desunti anche dalle motivazioni poste a base delle valutazioni, siano coerenti con le possibilità di argomentazione offerte dalla traccia, o non siano, di contro, irragionevolmente restrittivi; (2) esaminare se *“la motivazione data all’esito della singola valutazione, ove imposta e pertanto redatta, evidenzi un travisamento delle premesse logico-giuridiche alla base dei criteri o sia*

inficiata da elementi di contraddizione al suo interno”; (3) valutare, infine, “*se il giudizio sintetico o il risultato numerico di inidoneità, autorizzati dalla norma, espressi su un elaborato, appaiono, alla lettura di esso, frutto di travisamento dei criteri posti espressamente o siano espressivi dell’adozione di criteri irragionevolmente restrittivi*”.

Nonostante le cautele in punto di sindacato sin qui esposte, esistono tuttavia pronunce che dettano prescrizioni tali da comprimere notevolmente il margine di discrezionalità in capo alla p.a. che deve ripronunciarsi, così come arresti senz’altro sostitutivi - è il caso di T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 16 luglio 2001, n. 491, che, in controtendenza con l’orientamento maggioritario espresso ad es. da Cons. St. 23 luglio 2009, n. 4659 circa la sostanziale irrilevanza dei pareri *pro veritate*, ha “ribaltato” la valutazione compiuta dalla commissione, basandosi su relazioni di esperti prodotte dal ricorrente.

E’ da rilevare infine che il tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica delle commissioni di concorso si intreccia con il problema degli obblighi motivazionali cui sono soggetti i relativi provvedimenti.

Tra i molteplici orientamenti²⁴⁷ sul punto, è il filone giurisprudenziale che ritiene sufficiente il mero

²⁴⁷ A fronte di una tesi che ritiene sufficiente come motivazione il mero punteggio numerico (Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2699; Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 924), oppure il mero punteggio numerico solo nei casi in cui vi siano criteri di massima regolativi della procedura,

punteggio numerico quello che si fonda sulla natura tecnica della valutazione della commissione: si veda Tar Campania, Napoli, sez. VII, 25 settembre 2006, n. 8318, secondo cui *“la motivazione, quale estrinsecazione delle ragioni che hanno condotto l’Amministrazione ad operare una determinata scelta è vicenda che trova applicazione in ogni caso in cui la P.A. deve decidere in base a discrezionalità amministrativa, mentre, allorquando l’Amministrazione esprime un giudizio di valore e si versa, pertanto, nell’ambito della cosiddetta “discrezionalità tecnica” – non dovendosi spiegare il perché di una scelta rispetto ad un’altra – ma soltanto di attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da criteri predefiniti, non vi è alcun bisogno di motivazione”*²⁴⁸.

prefissati in maniera rigida (Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2032; Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 233); vi è un orientamento che ritiene necessaria una compiuta motivazione (Tar Lazio Roma, sez. III, ord. 5 agosto 2014, n. 3919; Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2007, n. 3012), distinguendosi poi ancora tra le pronunce che ritengono sufficiente l’uso di segni grafici che consentano di individuare gli aspetti della prova non valutati positivamente dalla Commissione (Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331), e quelle che richiedono, per lo meno nei casi in cui vengono in rilievo questioni di particolare complessità, un’apposita motivazione svolta per iscritto, sempre che si tratti di motivazione negativa (Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2009, n. 5145).

²⁴⁸ nel medesimo senso: Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1971; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n.5175; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio n.4165 del 2005; Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2006, n.3147; Tar Campania, Napoli, Sez.IV, 27

6.4. *Il settore dei beni culturali e paesaggistici. Cenni alla materia ambientale ed urbanistica.*

Ove si tratti di beni culturali e paesaggistici (la cui tutela è disciplinata dal D. Lgs. 42/2004), e delle valutazioni amministrative volte all'apposizione dei relativi vincoli, la giurisprudenza si mostra particolarmente attenta a non varcare la soglia del potere amministrativo.

Ciò, secondo quanto si legge nelle affermazioni pretorie, in ragione della particolare delicatezza e rilevanza degli interessi e valori costituzionali coinvolti, e soprattutto per l'elevata opinabilità che connota le regole tecniche applicate (afferenti alle c.d. "scienze umane").

Sono proprio le scienze "umane" infatti -quelle che occorre applicare per determinare il valore estetico o il pregio artistico di un bene- a rappresentare "*un giudizio opinabile per antonomasia, in quanto tale, sottratto alla sfera di sindacabilità da parte del giudice*"²⁴⁹.

E, ove si tratti di scienze "umane", il giudizio tecnico è considerato come connotato da un grado massimo di soggettività, e inestricabilmente connesso a valutazioni di interesse pubblico. Non a caso, le ricostruzioni dottrinali che individuano valutazioni

giugno 2005, n.8679; Tar Lazio, Roma, Sez. 1, 3 maggio 2005, n.3303).

²⁴⁹ A. GIUSTI, cit., 295.

riservate alla p.a. fanno molto spesso riferimento proprio alla materia dei beni culturali e paesaggistici²⁵⁰.

Logico corollario²⁵¹ di questa impostazione è dunque la netta prevalenza, in giurisprudenza, del modello del

²⁵⁰ E. CAPACCIOLI, *Rassegna di giurisprudenza sulla tutela delle cose di interesse storico o artistico*, Milano, 1962, 5 ss; V. CERULLI IRELLI, *Note*, cit., 496; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., 79, ss. In senso critico verso le tesi che ritengono le valutazioni del pregio storico artistico come una mescolanza di valutazione tecnica e valutazione di interessi, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit, 115 ss.

²⁵¹ Secondo M. BRUNETTI, *Discrezionalità tecnica e sindacato del g.a. tra tradizione ed innovazione*, in *Diritto e scienza* (www.dirittoscienza.it), n. 3/2012, nel c. 3 dell'art. 10, D. Lgs. 42/2004, "la dichiarazione di assoggettamento al vincolo ex art. 13 del decreto, alla luce dei parametri suindicati, formalmente si presenta come un procedimento di natura vincolata condizionato nel suo esito positivo da accertamenti tecnico-discrezionali. Tuttavia la gli elementi di "interesse artistico, storico, archeologico", "eccezionale interesse culturale" sono espressione di concetti non solo extra-giuridici, ma di più del tutto indeterminabili in astratto, il cui accertamento in concreto sarà fortemente influenzato da variabili di natura soggettiva (caratteristiche soggettive della persona fisica svolgente attività amministrativa), ed oggettiva (la variabilità del canone estetico nel tempo e nello spazio). L'Amministrazione accerterà la presenza dell'elemento richiesto in funzione del contenuto che "ritiene" di dover imprimere al provvedimento. Ciò che rientrerebbe a pieno titolo nell'area della discrezionalità tecnica si fonde con la categoria della discrezionalità amministrativa: è pur vero che la Soprintendenza per i Beni Culturali, ove ne sussistano i requisiti, deve emettere un provvedimento che accerti

sindacato estrinseco, mediante il quale vengono controllate solo le illogicità più manifeste²⁵².

Scorrendo la giurisprudenza in materia, è dunque usuale imbattersi in affermazioni fraseggiate nel modo che segue: *“le valutazioni in ordine all'esistenza di un interesse storico-artistico su un immobile, tali da giustificare l'apposizione del relativo vincolo, costituiscono espressione di un potere nel quale sono presenti sia momenti di discrezionalità tecnica, sia*

l'esistenza del vincolo, ma la stessa applicazione della norma al caso concreto è estremamente opinabile. In questi casi resta fermo il sindacato del giudice amministrativo limitato alla coerenza logico-motivazionale del provvedimento. D'altra parte è l'ordinamento stesso che lascia questo spazio all'Amministrazione, quindi non ci sarebbe alcun motivo di restringere un potere che viene conformato come “aperto” in termini assolutamente inequivoci. Si può dunque dire che qui la valutazione tecnico-discrezionale (è corretto continuare a qualificarla in tal modo in ragione dell'attinenza della valutazione ai presupposti dell'esercizio del potere) venga costruita in termini prettamente di merito e non di legittimità.” Nello stesso senso, A. L. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm. TAR*, fasc.9, 2004, pag. 2443: *“nell'ipotesi di accertamento dell'interesse culturale o paesaggistico, più che rinvio ad una vera e propria regola tecnica, vi è piuttosto il rinvio ad una clausola aperta che attende di essere riempita attraverso l'operazione creativa della p.a.”*.

²⁵² Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 682; Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, 1439; Cons. St., VI, 22 agosto 2006, n. 4923; Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2005, n. 2937; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 13 novembre 2001, n. 1531.

momenti di propria discrezionalità amministrativa. Dette valutazioni sono espressione di una prerogativa esclusiva dell'amministrazione e posso essere sindacata in sede giurisdizionale “solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere inattendibilità” delle stesse. Ciò in quanto “La declaratoria di particolare interesse storico ed artistico di un immobile scaturisce infatti dall'applicazione di canoni e criteri aventi peraltro un grado notevole di opinabilità, poiché basati sulla valutazione del contenuto artistico e della rilevanza storica dei beni, con l'effetto dell'ampiezza della discrezionalità esercitata e della conseguente limitazione del riscontro di legittimità al solo difetto di motivazione, alla illogicità manifesta ed all'errore di fatto” (Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3894²⁵³).

Si registra poi, ancora una volta, una certa incoerenza tra le affermazioni di principio e l'applicazione pratica: è il caso delle pronunce che enunciano un sindacato intrinseco debole solo per praticarne uno schiettamente estrinseco (Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2937, e C.g.a. Sicilia, 10 giugno 2011, n. 418).

Fin dal 2001, la già citata pronuncia del Consiglio di Stato del 6 ottobre 2001 n. 5287 aveva ascrivito la valutazione circa la consistenza di un vincolo

²⁵³ Nel medesimo senso: Cons. Stato, VI, 29 settembre 2009, n. 5869; Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1332) Cons. Stato, VI, 19 giugno 2009, n. 4066; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5455.

idrogeologico al novero di quelle valutazioni “complesse”, in cui il profilo tecnico e quello dell’opportunità si presentano congiuntamente²⁵⁴, talchè doveva considerarsi impraticabile qualsiasi controllo sostitutivo.

Lo sviluppo ulteriore della giurisprudenza, attestatasi sul crinale del controllo meramente estrinseco, ha evidenziato un arretramento dei poteri cognitori del giudice, per cui non solo non viene sostituita la valutazione tecnica ma viene limitato anche l’accesso del giudice a meri presupposti di fatto, ciò che sembra evidenziare *“una sostanziale confusione tra il momento cognitivo e quello decisivo, laddove argomentazioni valide a giustificare l’assenza di un sindacato forte sono invece adottate a sostegno di un limitato accesso al fatto”*²⁵⁵.

²⁵⁴ Si tratta, secondo la sentenza 5287 dei “casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettiva complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all’interesse dedotto dal ricorrente, anch’esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell’art.113 Cost.”. Inoltre *“L’emersione di siffatti interessi (...) induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell’amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica”*.

²⁵⁵ A. GIUSTI, cit., 297.

Non mancano, peraltro, sentenze che vanno in senso opposto, e che svolgono un controllo diretto sui presupposti di fatto²⁵⁶.

Le tendenze sostitutive manifestate dalla giurisprudenza di primo grado vengono prontamente cassate dal Consiglio di Stato.

Un esempio in tal senso è la vicenda decisa da C.g.a. Sicilia, 418/2011. In primo grado, il T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, n. 1153 del 19 aprile 2010, aveva annullato il vincolo ex art. 13, D. Lgs. 42/2004, posto su un bene dichiarato di interesse etnoantropologico e storico particolarmente importante (rientrante tra quelli elencati agli artt. 10, c.3, lett. a), D. Lgs. 42/2004 e 2, l.r. 80/1977).

A seguito di verifica e consulenza tecnica, il Tar aveva ritenuto che la salvaguardia del bene non avrebbe potuto recare una testimonianza "*maggiore di quella che già deriva dalle risultanze archivistiche e documentali (che quindi non sarebbero in nulla arricchite dal bene così come oggi esistente)*". Inoltre, aveva proceduto ad elencare una serie di presupposti in base ai quali un bene etno-antropologico può essere ritenuto meritevole di tutela.

Entrambe le operazioni intellettive venivano censurate dal Consiglio di Stato, che le riteneva sintomo di sostituzione giudiziale e ribadiva: "*nel peculiare settore dei beni culturali l'accertamento volto a*

²⁵⁶ Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2004, n. 792; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 maggio 2004, n. 825; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 30 ottobre 2006, n. 9259.

verificare la sussistenza del relativo interesse non può che essere compiuto dall'Amministrazione applicando regole tecnico specialistiche ontologicamente caratterizzate da una fisiologica ed ineliminabile opinabilità. Ne consegue che queste valutazioni possono essere censurate in sede giurisdizionale soltanto quando risulti la loro palese inattendibilità sotto il profilo tecnico. In altri termini, il giudizio espresso dall'Amministrazione dei beni culturali ai fini dell'imposizione di un vincolo, attesa la sua fisiologica opinabilità, può essere sindacato solo ove esso si collochi comunque al di fuori da quei limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato che l'Amministrazione è istituzionalmente chiamata ad applicare, risultando, così, in tutto o in parte inattendibile”.

Conseguentemente, il g.a. “dovrà guardarsi dal sovrapporre il proprio giudizio a quello espresso dagli organi tecnici, incentrando invece il suo sindacato sulla verifica del corretto esercizio dei poteri affidati all'Amministrazione sotto il profilo della completezza dell'istruttoria, della effettiva sussistenza dei presupposti del provvedere nonché dell'osservanza di criteri di proporzionalità e ragionevolezza”.

Anche nel diverso settore delle valutazioni tecniche in materia ambientale, il sindacato generalmente praticato è meramente estrinseco (Cons. St., sez. III, 24/09/2013, n. 4687; T.a.r. Roma, Lazio, sez. I, 15/07/2013, n. 6997; Cons. St. sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 561).

In detto ambito, la giurisprudenza usa contrassegnare la discrezionalità tecnica come particolarmente “ampia”. Si ritiene così che *“il giudizio di valutazione di impatto ambientale e l'atto di verifica preliminare costituiscono esercizio di una ampia discrezionalità tecnica, censurabile, in sede di sindacato di legittimità, oltre che per incompetenza e violazione di legge, anche in relazione alle figure sintomatiche di eccesso di potere per difetto, insufficienza o contraddittorietà della motivazione, ovvero per illogicità o irragionevolezza della scelta operata, o anche per difetto di istruttoria, errore di fatto, travisamento dei presupposti”*²⁵⁷.

Pure nel settore della valutazioni ambientali, tendono ad essere censurate in appello (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1783) la posizioni più eterodosse dei giudici di primo grado. Nel caso deciso da T.a.r. Calabria, sede di Catanzaro (sez. I, 24 novembre 2011, 141), un'impresa aveva impugnato una determinazione dirigenziale della Regione Calabria, che negava una Via in ragione di un parere del competente Nucleo di valutazione. Il T.a.r. Calabria, aveva disposto una c.t.u., che confermava le censure svolte dalla ricorrente contro il parere impugnato e su tale base aveva accolto il ricorso. La valutazione della pubblica amministrazione veniva così sostituita da quella del

²⁵⁷ Così Consiglio di Stato, sez. IV, 9/01/2014, n. 36. Nel medesimo senso: Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4246; Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 561; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2004, n. 316; Trib. Sup. acque pubbliche, 11 marzo 2009, n. 35.

c.t.u., senza che in essa venissero rilevati profili di erroneità o inattendibilità.

Specularmente, così come nel settore delle valutazioni ambientali, nell'ambito della pianificazione urbanistica, la discrezionalità tecnica è configurata come particolarmente "ampia", ed è ammesso il solo sindacato estrinseco (Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1219; Cons. St. sez. IV, 27 dicembre 2007, n. 6686).

In tale ambito, è usuale l'affermazione secondo cui *"il sindacato giurisdizionale (...) oltre che alla verifica di eventuali vizi di incompetenza e di violazione di legge, deve intendersi esercitabile nei limiti del riscontro della assenza di figure sintomatiche di eccesso di potere afferenti alla logicità e ragionevolezza delle scelte complessivamente effettuate dall'amministrazione, onde evitare un non ammesso sindacato "di merito" in ordine alle determinazioni da questa assunte"* (Cons. St., sez. IV, 13/03/2014, n. 1219).

Peraltro, l'onere motivazionale, che è dalla giurisprudenza ritenuto soddisfatto con la mera indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte amministrative, senza necessità di una motivazione puntuale e "mirata", varia *"a seconda che si tratti di previsioni interessanti la pianificazione in generale ovvero un'area determinata, ovvero qualora incidano su aree specifiche, ledendo legittime aspettative; (...) mentre richiede una motivazione specifica una variante che interessi aree determinate del PRG., per le quali quest'ultimo prevedeva diversa destinazione (a maggior ragione in presenza di*

legittime aspettative dei privati), non altrettanto può dirsi allorchè la destinazione di un'area muta per effetto della adozione di un nuovo strumento urbanistico generale, che provveda ad una nuova e complessiva definizione del territorio comunale”²⁵⁸.

6.5. Il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle infermità.

6.5.1. Nonostante il fatto che proprio nell’ambito dalle controversie relative al riconoscimento della dipendenza delle infermità dalla causa di servizio abbia originato la sentenza 601/99, con la relativa introduzione del sindacato intrinseco debole, l’orientamento dominante della giurisprudenza, in tale settore, è quello del sindacato estrinseco²⁵⁹.

Il fondamento di tale atteggiamento restrittivo è la nota tesi della p.a. come soggetto maggiormente idoneo alla valutazione tecnica (nel caso di specie, alla valutazione medico-legale), per cui si rinvencono di frequente statuizioni secondo cui “*il Comitato di*

²⁵⁸ Nel medesimo senso: Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710; Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2011 n. 3497; Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008 n. 5478.

²⁵⁹ Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2014, n. 5545; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1454; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2683; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2006, n. 141; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4958; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 29 aprile 2014, n. 279.

verifica per le cause di servizio (C.V.C.S.) è l'organo tecnico munito di speciale competenza tecnica, di variegata composizione professionale, a cui è affidato dal vigente ordinamento (artt. 10 e 11 del d.P.R. 29 ottobre 2001 n. 461) il giudizio imparziale e oggettivo sul piano medico-legale circa il carattere professionale della patologia denunciata ai fini dell'ottenimento dell'equo indennizzo o della pensione privilegiata dal pubblico dipendente, in posizione di piena autonomia e indipendenza rispetto ai giudizi espressi da altri organi tecnici, compresa la commissione medica ospedaliera (C.M.O.), in quanto momento di sintesi deputato all'accertamento definitivo della effettività e fondatezza della richiesta, anche alla luce della tutela dell'erario e quale superiore valutazione di giudizi espressi da altri apparati. Ne deriva l'inconfigurabilità di contraddizione tra il giudizio della C.M.O. e quello del C.V.C.S. e, nel contempo, la natura tecnico-discrezionale di quest'ultimo, con conseguente sua insindacabilità nel merito in sede di giurisdizione generale di legittimità, essendo rilevabili solo i noti vizi di manifesta illogicità ed irrazionalità e di travisamento dei fatti” (Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2014, n. 5545²⁶⁰).

La preferenza per il sindacato di tipo estrinseco reca sovente con sé l'esclusione del mezzo della c.t.u.; oppure ancora il suo utilizzo al solo scopo di verificare

²⁶⁰ Nel medesimo senso: Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2014 n. 3882 e 24 giugno 2014 n. 3193.

i tipici sintomi dell'eccesso di potere (cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 12 marzo 2014, n. 88: “ *l'accertamento del Comitato di verifica per le cause di servizio costituisce tipica manifestazione di discrezionalità tecnica, sottratta, in linea di principio, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo il caso di eccesso di potere per assenza di motivazione e manifesta irragionevolezza sulla valutazione dei fatti, ma non è questo il caso e non vi è, quindi, spazio alcuno per concedere ingresso alla richiesta di esercizio, da parte del Collegio, di poteri istruttori*”. Nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2014, n. 5545, ove si legge che, proprio perché il CVCS è un organo dotato di particolare competenza tecnica, il cui parere riveste una “*evidenziata valenza per l'ordinamento*”, ne consegue che un “*ulteriore giudizio reso in sede di verifica o consulenza tecnica d'ufficio non potrebbe inficiare e tanto meno*” sostituirlo. Vedansi anche Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2002, n. 1204; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, n. 15708 del 7 luglio 2010).

6.5.2. Le posizioni dei giudici amministrativi in materia sono ribadite dalla Cassazione.

Con pronuncia 1 giugno 2010, n. 13339, le Sezioni Unite hanno statuito che “*provenendo dall'organo che per la sua composizione e competenza è maggiormente in grado di cogliere l'esistenza o meno di un nesso eziologico fra l'insorgenza di una determinata infermità ed il tipo di lavoro svolto dal pubblico dipendente, il parere del [Comitato per le Pensioni Privilegiate Ordinarie] rappresenta il momento di sintesi e di superiore valutazione dei*

giudizi espressi da altri organi tecnici, rispetto ai quali si impone, sottraendosi anche al sindacato di legittimità ove non manifestamente irragionevole ovvero affetto da palese travisamento dei fatti o da omessa considerazione di circostanze capaci di condurre ad una diversa conclusione finale”. Talchè il parere del CPPO, se “*motivato in modo adeguato*” è “*tale da sfuggire al sindacato del giudice*”.

In applicazione di tali principi, la Cassazione ha ritenuto che il Consiglio di Stato, nel respingere l'appello perchè il provvedimento impugnato si era basato sul conforme parere del CPPO -che, secondo il Consiglio, in quanto “*espressione di discrezionalità tecnica*”, “*sfugg(iva) al sindacato di merito del Giudice*”- non avesse denegato la propria giurisdizione.

6.5.3. Paradossalmente, proprio nella materia che ha inaugurato il sindacato intrinseco debole, tale tipologia di controllo è svolta solo in rari casi, e l'indirizzo ad esso favorevole è del tutto minoritario.

Cionondimeno, nel caso deciso da Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1731, il Collegio ha affermato che deve considerarsi tramontata l'equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile: “*a partire dalla sentenza n. 601/99 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a*

procedimento applicativo. Deve, quindi, escludersi che la qualificazione degli atti in termini di esercizio di discrezionalità tecnica o, volendo utilizzare altra terminologia, di valutazioni tecniche possa costituire un ostacolo alla tutela giurisdizionale o limitare il sindacato del giudice”.

Il Consiglio di Stato (sez, VI, 23 febbraio 2004, n. 685) ha inoltre deciso una vertenza promossa da un dipendente pubblico per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una neoplasia polmonare esaminando direttamente la questione tecnica, dopo aver accertato che il ricorrente era un fumatore abituale, ha invocato a sostegno delle proprie conclusioni risultanze desumibili da un sito medico *on line* (“*Gli effetti dannosi del fumo, anche di una sola sigaretta, possono (...) ricondursi alla nozione di fatto notorio. (...) fra gli indici di ricorrenza del fatto notorio, anche la reperibilità agevole delle informazioni sulla rete va valutata dal giudice. (...) ben può essere consentito al giudice, considerare - stante le notizie comunemente diffuse dalla stampa e la discussione pubblica esistente sul tema, non solo nel mondo scientifico - notoria la dannosità anche di una sola sigaretta al giorno (e supportare tale affermazione con notizie ricavabili da istituzioni scientifiche reperibili su Internet).*”).

Si è affidato “alla propria scienza”, per così dire anche il T.a.r. Lazio, che, nella sentenza resa dalla sez. III, *ter*, il 23 maggio 2005, n. 4047 si è confrontato direttamente con i problemi tecnici prospettati nelle censure avanzate dai ricorrenti contro il d.m. 21 luglio 2004 (“*linee guida per la procreazione assistita*”). A

dette doglianze il giudice ha risposto con argomentazioni tutte giuridiche (in sintesi, un confronto tra la legge 40/2007 e le linee guida), nonché con riferimenti allo “stato dell’arte” in materia di terapie geniche per la cura degli embrioni.

6.5.4. Con riguardo ai giudizi medico legali, esiste pure un orientamento minoritario e non recente, che li ritiene meri accertamenti tecnici (accertamenti di fatto svolti sulla base di scienze non opinabili), e come tali ripetibili da un organo diverso dalla pubblica amministrazione, che sia dotato delle necessarie competenze tecniche²⁶¹.

Nel caso deciso da Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4811, si discuteva di un’esclusione, per inidoneità fisica, da una procedura di l’arruolamento nel Corpo della Guardia di finanza. In primo grado il ricorso proposto dall’interessato avverso il provvedimento di esclusione veniva accolto dal Tribunale a seguito di accertamento sanitario in contraddittorio, eseguito presso l’Istituto di medicina legale dell’Università degli studi di Roma La Sapienza.

L’amministrazione resistente lamentava in appello che la natura del giudizio in discussione fosse riservato all’apprezzamento tecnico-discrezionale dell’Amministrazione: di qui l’irrilevanza di

²⁶¹ Oltre alla sentenza Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4811, vedansi Cons. Stato, Sez. IV, n. 4251/2003; Cons. Stato, sez. IV Sez., n. 1299/96; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 1986, n. 297; T.a.r. Lombardia, Milano sez. III, 18 luglio 1998, n. 1913.

accertamenti compiuti, sulla base di diversi parametri di valutazione, da organi diversi dalle commissioni mediche all'uopo abilitate.

Il Collegio ha invece statuito che il giudizio circa l'idoneità fisica non ha natura di *“valutazione tecnico-discrezionale, ma di un vero e proprio accertamento tecnico, come tale incondizionatamente sindacabile”*. Ciò in ragione della natura esatta delle scienze su cui detto giudizio si fonda: *“non può parlarsi di discrezionalità tecnica in quei casi in cui il provvedimento da adottare non sia una valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche e specialistiche, ma semplicemente un accertamento tecnico e cioè l'accertamento di un fatto verificabile in modo non opinabile in base a conoscenze e strumenti tecnici di sicura acquisizione”*.

Conseguentemente a tale affermazione di principio, a fronte della censura della p.a. resistente, che deduceva la sostanziale nullità della verifica disposta dal Tribunale perché gli accertamenti tecnico-sanitari devono essere effettuati esclusivamente dagli organi amministrativi a ciò istituzionalmente preposti, Il Consiglio di Stato ha replicato che *“le vigenti disposizioni processuali non limitano in alcun modo i poteri istruttori del giudice di chiedere chiarimenti o documenti o di ordinare nuove verificazioni o di disporre consulenza tecnica in relazione allo status civile o militare del ricorrente, con conseguente infondatezza della censura al riguardo proposta”*.

In realtà, la differenza di orientamento, come si intuisce dalla lettura delle sentenze, è più apparente che reale.

Ciò che muta la qualificazione del giudizio amministrativo (accertamento tecnico anziché discrezionalità tecnica) e che consente il ricorso ad un parere tecnico diverso da quello della pubblica amministrazione, è la diversa qualificazione della disciplina tecnica che viene in rilievo nei diversi casi concreti: laddove si voglia ritenere tale disciplina come opinabile, si conclude che il giudizio è una valutazione tecnica, con la conseguente tendenza a non ammettere la ripetizione da parte del c.t.u.; qualora invece la si voglia qualificare come scienza esatta, si conclude che il giudizio è un accertamento tecnico, del tutto ripetibile.

In questo senso si spiega il perché quando si tratti dell'accertamento di requisiti fisici per l'accesso a determinate carriere, la giurisprudenza ammette la ripetizione tramite c.t.u., o, più spesso, mediante verifica²⁶² (Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 20 gennaio 2003, n. 240; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 289); non così quando si controverta invece di requisiti psico-attitudinali, data la soggettività dei giudizi inerenti alle scienze della psiche (T.a.r. Lazio, sez. I ter, 4 novembre 2005, n. 10409).

²⁶² Ciò non vale però quando la valutazione dei requisiti fisici sia finalizzato al riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio, perché, in tali casi, l'orientamento prevalente resta quello che consente il mero controllo estrinseco.

Parte III. E' possibile un sindacato sostitutivo?

SOMMARIO: 1. Critica delle dottrine che configurano la valutazione tecnica come un potere riservato alla p.a. - 2. Critica delle dottrine che individuano fattispecie in cui valutazioni tecniche e amministrative sarebbero inscindibilmente fuse. - 3. Per una configurazione della sostituzione giudiziale come regola residuale di tipo generale. Con l'eccezione delle prove orali dei concorsi e degli esami. - 4. Conclusioni.

Acquisito lo “stato dell’arte” del dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica, si intende ora vagliare l’ammissibilità di un sindacato intrinseco forte, mediante il quale cioè il giudice sostituisca la valutazione tecnica della p.a. con quella del c.t.u., anche qualora la valutazione non sia risultata né palesemente erronea né “inattendibile” nel senso accolto dal Consiglio di Stato a partire dalla sentenza 601.

1. Critica delle dottrine che configurano la valutazione tecnica come un potere riservato alla p.a.

L'indagine non può che muovere dalle dottrine di quegli Autori che qualificano l'attività di valutazione tecnica come un potere riservato alla pubblica amministrazione²⁶³.

E' questa la posizione di Carlo Marzuoli, secondo cui la pubblica amministrazione sarebbe più idonea del giudice a scegliere tra diverse soluzioni opinabili, in quanto tale tipologia di scelta non può che basarsi su valori, e solo la pubblica amministrazione ne è portatrice, in quanto espressione indiretta della sovranità popolare.

Qualora invece fosse il giudice a decidere, a prevalere sarebbero i valori del ceto professionale cui appartiene il tecnico.

A tale autorevole ricostruzione può tuttavia obiettarsi, in primo luogo, che non tutta la pubblica amministrazione è riconducibile al principio di

²⁶³ Indipendentemente dalla presenza o meno di una riserva di valutazione tecnica a livello costituzionale, il problema dei limiti al sindacato su tali valutazioni è presente, com'è ovvio, anche nella dottrina di altri sistemi giuridici, continentali e non (si è già fatto cenno nella parte I, par. 1, nota 6 al sistema tedesco). Argomenta in favore di un sindacato limitato ad un "weak reasonableness test", e teso al rafforzamento delle garanzie partecipative nel procedimento, E. JORDAO, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: beyond Rights Review*, in *Administrative Law Review*, Vol. 66, 2014 –nell'articolo si legge un'analisi comparata dei sistemi canadese, statunitense, italiano e francese.

legittimazione popolare –è il caso delle autorità amministrative indipendenti²⁶⁴.

Soprattutto, se una valutazione tecnica è davvero cosa distinta da una ponderazione del pubblico interesse, allora essa deve essere compiuta sulla base del solo sapere specialistico, senza che rilevino i valori di stampo democratico.

Secondo la suggestiva ricostruzione di Daria de Pretis, l'esistenza di un potere di valutazione non discrezionale riservato alla p.a. potrebbe evincersi dal principio del buon andamento, il quale imporrebbe che i pubblici apparati siano strutturati in modo tale da essere i soggetti più idonei a svolgere le attività loro affidate.

Un potere riservato potrebbe –secondo tale ricostruzione- essere ipotizzato ogni volta in cui un'attività di tipo valutativo sia affidata ad un'amministrazione che, per la sua organizzazione, appaia la più adeguata allo svolgimento dell'attività di cui è incaricata.

Secondo l'Autrice, la riserva di valutazione necessita comunque di essere rinvenuta in una norma espressa.

²⁶⁴ In senso contrario, si veda G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 01, 133, secondo cui anche per le autorità amministrative indipendenti si può immaginare una riserva di valutazione tecnica, fondata sulla circostanza che i procedimenti gestiti da dette autorità sono caratterizzati da un contraddittorio particolarmente accentuato.

Tuttavia, una parte ragguardevole della dottrina non ritiene rinvenibile una riserva di valutazione tecnica in Costituzione²⁶⁵, e si può rilevare che l'art. 97 della Costituzione impone che la p.a. sia organizzata in modo efficiente, ma non pare statuire anche che essa debba presumersi ben organizzata e più efficiente di qualsiasi altro soggetto -ciò che appare comunque lontano dall'esperienza di come funzionino in concreto i pubblici uffici nel nostro Paese.

Non sembra insomma che dalla lettura dell'art. 97 derivi inevitabilmente la volontà del Costituente di configurare la pubblica amministrazione come il soggetto più idoneo a decidere anche di valutazioni non discrezionali.

²⁶⁵ In questo senso: F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in Nuova Rass. 1981, 1376 ss.; G. VACIRCA, cit.; 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 ss.; F. SALVIA, cit., 701 ss.; G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. rim. dir. pubb.*, 1992, 158 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 214 ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica e imparzialità*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 469 ss.; M.G. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, ivi, 1999, 1101 ss.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999, 160 ss.

L'articolo pare solo prescrivere che la p.a. sia organizzata in modo efficiente. Anzi, proprio tale disposizione potrebbe, quasi paradossalmente, indurre ad escludere che il Costituente ritenesse l'amministrazione sempre e comunque un soggetto imparziale e ben organizzato.

Come già suggerito nel par. 5.2 della parte I, non pare insuperabile nemmeno il richiamo all'art. 17 della legge sul procedimento²⁶⁶, interpretabile come un mero meccanismo acceleratorio endoprocedimentale, più che come fonte di una riserva generale di valutazione tecnica in capo alla p.a. –riserva che andrebbe a collidere con un principio di rango costituzionale, quale quello di effettività e pienezza della tutela avverso gli atti della pubblica amministrazione.

Infatti, le raffinate tesi di de Pretis e Marzuoli, portano a scorgere in Costituzione una riserva di amministrazione implicita. Che tuttavia, andrebbe a comprimere il principio di pienezza della tutela giurisdizionale contro la p.a., principio, invece, previsto espressamente dagli artt. 24 e 113 Cost.

E' quindi ragionevole ritenere che la limitazione di un principio costituzionale espresso debba fondarsi su una norma di rango costituzionale altrettanto espressa, e non su una ricostruzione implicita²⁶⁷. Questa

²⁶⁶ D. DE PRETIS, voce *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*; e F. FRACCHIA-C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2000, III.

²⁶⁷ Secondo A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia "amministrativa"?* in *Giornale Dir. Amm.*,

osservazione vale anche per le riserve di valutazione tecnica che, in ipotesi, si potrebbero rinvenire -sotto il profilo della particolare legittimazione organizzativa- nelle leggi istitutive delle autorità amministrative indipendenti.

Altrimenti il rischio è che la tutela giurisdizionale finisca per essere limitata da fonti primarie, atteso che entrambi gli Autori affidano poi di fatto l'individuazione della riserva all'interpretazione delle singole indicazioni legislative.

Del resto, il principio di effettività della tutela giurisdizionale dovrebbe tollerare una sola eccezione: quella delle ponderazioni di pubblico interesse, affidate istituzionalmente alla p.a.²⁶⁸.

2006, 3, 304, una riserva di valutazione tecnica, per sua natura limitativa della tutela giurisdizionale, *“non dovrebbe ritenersi né generale, né implicita: in particolare non può ritenersi implicita nella complessità o nella opinabilità delle regole tecniche da applicare, o nella indeterminazione della norma giuridica che la richiama, o nella qualificazione dell'organo competente”*.

²⁶⁸ In questo senso, F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (eds), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 115: *“l'affermazione del principio della pienezza e dell'effettività della tutela, infatti, comporta che non possano ritenersi esclusi dalla verifica giurisdizionale tutti quei giudizi che non impingono nell'unica scelta riservata all'amministrazione, che è quella di opportunità/inopportunità”*; ID, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.4, 2000, 1045; nonché N. PAOLANTONIO, *Interesse*, cit..

Infine, una riserva di valutazione tecnica appare oggi incompatibile con la C.E.D.U., posto che –come già illustrato nel par. 5 della parte II- essa è, secondo la relativa elaborazione giurisprudenziale, inconfigurabile, tanto nel corso del procedimento quanto nel corso del processo amministrativo.

2. Critica delle dottrine che individuano fattispecie in cui valutazioni tecniche e amministrative sarebbero inscindibilmente fuse.

Uno degli argomenti ricorrenti contro il sindacato intrinseco è quello secondo cui, in molti casi, la valutazione dell'interesse pubblico sarebbe contestuale e inestricabilmente frammista alla valutazione tecnica.

Secondo questa impostazione non si potrebbe escludere –ad esempio- che “*nel soppesare il criterio di congruità delle giustificazioni di un concorrente la cui offerta sia sospetta di anomalia, o nel valutare quale progetto dei promotori adottare ai sensi dell'art. 37-ter della legge quadro sui lavori pubblici*”, la p.a. compia “*anche valutazioni di opportunità, se l'una scelta può, ad esempio, condizionare l'importo delle risorse destinate ad altra attività di cura dell'interesse pubblico*”²⁶⁹.

Argomentazioni simili si leggano anche con riguardo alle valutazioni per la determinazione del pregio

²⁶⁹ F. CINTIOLI, *Giudice*, cit., 203.

artistico di un bene, anche se in tali casi ciò che rilevare viene evidenziato è soprattutto il grado di soggettività delle scienze umane che devono essere impiegate nel giudizio²⁷⁰.

E tuttavia, la circostanza che la scienza da applicare per qualificare il dato di fatto sia estremamente soggettiva –ma l’opinabilità è caratteristica di tutte le scienze, e non solo di quelle non esatte, come si dirà appresso- non implica anche che la valutazione tecnica sia mista ad una valutazione del pubblico interesse. L’un concetto non implica l’altro.

²⁷⁰ In questo senso, si può leggere quanto scritto da M. BRUNETTI, *Discrezionalità tecnica*, cit., il quale, a proposito della dichiarazione di assoggettamento al vincolo ex art. 13, D. Lgs. 42/2004, “*formalmente si presenta come un procedimento di natura vincolata condizionato nel suo esito positivo da accertamenti tecnico-discrezionali. Tuttavia la gli elementi di “interesse artistico, storico, archeologico”, “eccezionale interesse culturale” sono espressione di concetti non solo extra-giuridici, ma di più del tutto indeterminabili in astratto, il cui accertamento in concreto sarà fortemente influenzato da variabili di natura soggettiva (caratteristiche soggettive della persona fisica svolgente attività amministrativa), ed oggettiva (la variabilità del canone estetico nel tempo e nello spazio). L’Amministrazione accerterà la presenza dell’elemento richiesto in funzione del contenuto che “ritiene” di dover imprimere al provvedimento. Ciò che rientrerebbe a pieno titolo nell’area della discrezionalità tecnica si fonde con la categoria della discrezionalità amministrativa: è pur vero che la Soprintendenza per i Beni Culturali, ove ne sussistano i requisiti, deve emettere un provvedimento che accerti l’esistenza del vincolo, ma la stessa applicazione della norma al caso concreto è estremamente opinabile.”.*

Più in generale comunque, né la dottrina né la giurisprudenza sembrano aver ancora individuato un criterio certo per selezionare i casi in cui la valutazione discrezionale e quella tecnica sono inestricabilmente connesse.

Chi scrive ritiene invece persuasive quelle dottrine secondo cui il segmento valutativo-tecnico e quello discrezionale sono sempre ontologicamente e cronologicamente distinguibili²⁷¹.

Ciò perché la valutazione tecnica attiene alla fase prodromica a quella dell'esercizio del potere (la ponderazione degli interessi), e si risolve in un apprezzamento dei fatti cui la norma fa rinvio.

Detta valutazione dovrebbe allora poter essere sostituita dal giudice amministrativo, atteso che non è espressione di potere discrezionale, e atteso che si

²⁷¹ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 1401: “nell'applicazione delle regole del sapere specialistico possono aversi due evenienze distinte: in taluni casi siffatta applicazione porta a risultati certi (...). Altre volte invece si perviene, sulla base della regola, a valutazioni ampiamente opinabili (...) che a prima vista -solo a prima vista però, giacchè ne resta estraneo il profilo della ponderazione di interessi- parrebbero prossime alla discrezionalità amministrativa. Ma siffatti giudizi restano nell'ambito dell'apprezzamento tecnico e non si confondono con le scelte esercizio di discrezionalità: una valutazione non è mai, congiuntamente e contestualmente, un misto di discrezionalità e di tecnica.”. Nel medesimo senso: N. PAOLANTONIO, *Interesse*, cit., 413 ss; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004, 160.

tratta di apprezzamenti che fanno parte di una norma la cui interpretazione è dal Costituente rimessa, in ultima battuta, al potere giudiziario.

La distinzione ontologica tra le due fasi permette allora di distinguere tra il presupposto di fatto per l'esercizio del potere, e l'esercizio dello stesso, che non può che essere la sola ponderazione degli interessi.

Tale distinzione, come già notato, si desume dallo stesso articolo 3 della legge sul procedimento, che ben distingue l'acquisizione dei "presupposti di fatto" dalla "decisione dell'amministrazione"²⁷², ed è rinforzata proprio dall'art. 17, l. 241/90, che colloca le valutazioni tecniche nella fase "preventiva" all'"adozione di un provvedimento"

A fronte di ciò, la tesi, che spesso si legge in dottrina, secondo cui la fase dell'acquisizione dei presupposti di fatto è inevitabilmente condizionata da valutazioni di pubblico interesse, appare un'affermazione che dà per presupposto ciò che andrebbe dimostrato.

Ancora, per ribattere alla tesi di chi sostiene l'inscindibilità della valutazione tecnica rispetto a quella discrezionale, si potrebbe argomentare che, o la legge prescrive alla p.a. di valutare, insieme al dato tecnico, anche l'interesse pubblico; oppure non lo fa (rimandando la valutazione amministrativa vera e propria ad un momento cronologicamente successivo e logicamente diverso). In questo secondo caso, poiché si tratta sempre di due attività ontologicamente

²⁷² A. CASSATELLA, cit.,

distinte, la prescrizione di dover valutare (solo) il dato tecnico implica il divieto di introdurre in quella sede anche valutazioni discrezionali “pure”.

Infine, atteso che la dottrina non ha individuato con chiarezza tutte le fattispecie caratterizzate dalla commistione di profili tecnici e profili discrezionali, l’adozione di una regola generale quale quella della sostituibilità, appare, oltre che più chiara, preferibile perché offre al ricorrente una tutela più intensa.

3. Per una configurazione della sostituzione giudiziale come regola residuale di tipo generale. Con l’eccezione delle prove orali dei concorsi e degli esami.

Se non si ritiene di accogliere le dottrine che individuano un potere riservato di valutazione tecnica, l’ammissibilità di un sindacato anche sostitutivo sulle valutazioni tecniche può essere sostenuta combinando quattro ordini di argomenti: (a) i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di parità delle parti, come declinati dagli artt. 24, 111 e 113 Cost; (b) una concezione della norma tecnica come “incorporata” nella norma giuridica, e quindi per tale via “giuridicizzata”, sulla cui interpretazione è il giudice a dover avere l’ultima parola; (c) la necessità di tenere conto delle elaborazioni della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo; (d) la labilità della distinzione tra scienze esatte e scienze opinabili.

A parere di chi scrive, l'argomento forse più forte per ritenere che il giudice amministrativo possa fare prevalere la valutazione tecnica opinabile del c.t.u. su quella altrettanto opinabile (ma non macroscopicamente errata né inattendibile “*quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*”) della p.a., è di tipo ordinamentale e processuale.

Gli articoli 24, 111 e 113 Costituzione (come gli art. 1 e 2 del codice del processo amministrativo) richiedono un processo amministrativo che garantisca una tutela piena ed efficace, non escludibile o limitabile a particolari categorie di atti.

Inoltre, il giusto processo amministrativo deve essere ispirato al principio di parità delle parti (come rimarcato anche dalla Corte E.D.U. con la sentenza *Placì vs. Italy*, su cui vedasi il paragrafo 5 della parte II).

A fronte di tale quadro, se non si accolgono le citate tesi sulla riserva di valutazione tecnica, e se è vero che la discrezionalità tecnica è cosa diversa dalla discrezionalità amministrativa, non esistono ostacoli insuperabili alla sostituzione degli apprezzamenti tecnici opinabili (anche ove attendibili), perché è nella natura del giurisdizione che il giudice possa imporre il risultato della valutazione del c.t.u. sulle valutazioni delle parti.

Da questo punto di vista, se è vero che il processo amministrativo deve essere un processo di parti in posizione di parità, sia consentito parafrasare la famosa affermazione di Franco Ledda (“*i dubbi di carattere scientifico non si risolvono con lo strumento*

del potere, come pur si pensava in altri tempi: per questo aspetto, la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore)²⁷³: forse nella scelta tra soluzioni tecniche (attendibili ma opinabili) “la bilancia del giudice” dovrebbe valere più della “spada dell'amministratore”.

Dopotutto il giudice è il soggetto che l'ordinamento prepone a risolvere le controversie tra le parti (se tale deve essere la pubblica amministrazione), e il dubbio sarebbe risolto da un soggetto appartenente ad un potere istituito appositamente per rendere giustizia (in una materia in cui, se è corretto quanto argomentato sin qui, non si configura nessuna invasione dell'ambito riservato al potere amministrativo).

Nel contesto del processo, se ci si trova a dover scegliere tra due valutazioni attendibili ma opinabili, perché quella operata da una parte (tale dovrebbe essere considerata la p.a., ove non vi sia esercizio del potere discrezionale) dovrebbe prevalere?²⁷³

²⁷³ Secondo A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439-60: “va perseguito l'obiettivo di un ‘processo amministrativo paritario’, nel quale l'amministrazione non goda di un'attendibilità privilegiata, ma per il giudice sia semplicemente ‘parte’ (...) è evidente come, rispetto a questo obiettivo, il giudizio ancorato al c.d. sindacato ‘debole’ sia un ‘simulacro di giudizio’” .

Come si è visto nel paragrafo 5 della parte II, la giurisprudenza della Corte E.D.U. sembra prospettare la necessità di una “giurisdizionalizzazione”, con relative garanzie di “paritarietà”, dello stesso procedimento amministrativo.

Del resto, è proprio nel processo amministrativo che si realizza il massimo livello di garanzie e contraddittorio, con un prezioso “supplemento” di conoscenza della controversia rispetto a quanto appreso nell’istruttoria procedimentale.

Un altro argomento nasce dall’osservazione che la sentenza 601/1999 del Consiglio di Stato ha recepito la teoria dei concetti giuridici indeterminati secondo cui il sindacato su nozioni tecniche richiamate da norme giuridiche si risolve in una questione di interpretazione delle norme giuridiche stesse (nelle quali le norme tecniche vengono ad essere “incorporate” e quindi “giuridicizzate”).

Chi scrive ritiene di aderire a tale ricostruzione, e che tuttavia da essa debbano trarsi, una volta rifiutate le ricostruzioni circa l’esistenza di un potere valutativo riservato, le inevitabili conseguenze: il giudice amministrativo non dovrebbe quindi incontrare limiti al proprio sindacato, atteso che all’autorità giudiziaria è demandata l’interpretazione definitiva della norma.

Se una valutazione tecnica è opinabile significa dunque solo che la norma giuridica che la richiama può essere interpretata in più di un modo, ciò che certamente il giudice amministrativo dovrebbe poter fare.

L’eventuale prevalere della valutazione del giudice su quella della p.a. non può ritenersi invasivo di alcuna riserva di attività amministrativa, atteso che –se non si accolgono le prospettazioni circa la sussistenza nell’ordinamento di una tale riserva- le valutazioni tecniche non contengono apprezzamenti del pubblico

interesse -il che implica che non c'è, nelle valutazioni tecniche, spendita di potere, e quindi non ci si trova di fronte, solo perché si è in presenza di valutazioni tecniche, ad interessi legittimi, come pare riconosciuto anche dalla giurisprudenza²⁷⁴.

Ancora: la tradizionale distinzione tra accertamenti basati su scienze esatte (“accertamenti tecnici”) e accertamenti svolti mediante l’impiego di scienze opinabili (“discrezionalità tecnica” o “valutazioni tecniche” o “apprezzamenti tecnici”) non è indiscutibile²⁷⁵.

²⁷⁴ In questo senso: Cass. Civ., Sez. Un, 20/01/2014, n. 1013: *“L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica”*.

²⁷⁵ In questi termini le osservazioni di N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, cit.; A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it. Significativa anche l’osservazione di F. LEDDA, cit., *“la scienza non può mai garantire certezze di carattere assoluto; e garanzie maggiori non ci possono essere fornire dalla tecnica, considerata come una sua proiezione applicativa”*.

Ciò perché è dubbio che esistano scienze che diano risultati certi: ogni giudizio scientifico conserva un margine di inevitabile opinabilità²⁷⁶: un enunciato, secondo la migliore epistemologia²⁷⁷ è scientifico proprio in quanto non può mai essere provato come vero in maniera assoluta (“verificato”), ma può essere sottoposto a controllo, smentito, “falsificato”.

Il giudice che faccia prevalere la risultanza tecnica opinabile emersa nel processo sulla valutazione, altrettanto opinabile, elaborata dalla p.a. (applicando il medesimo criterio scientifico) sta semplicemente *falsificando*, nell’accezione *popperiana* del termine, la valutazione tecnica.

Ma se cade la distinzione tra accertamenti tecnici e valutazioni tecniche, allora il giudice dovrebbe poter conoscere di entrambi gli istituti anche mediante sindacato intrinseco di tipo forte²⁷⁸.

²⁷⁶ Ciò che è riconosciuto a volte anche dalla giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. IV, ord. 2292/2000; sez. V, 1247/2001.

²⁷⁷ K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto-correttivo della scienza*, Einaudi, 1998.

²⁷⁸ S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l’ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 06, 1385: “Se dunque la ridetta distinzione tra scienze “esatte” e scienze “sociali” o “umane” viene messa -e non a torto- in forse, e se si muove dalla verosimile premessa che scienze veramente “esatte” non esistono, la conseguenza è duplice: da una parte viene seriamente minata anche la fondatezza della distinzione tra “accertamenti” tecnici (corrispondenti alle scienze “esatte”) ed “apprezzamenti” tecnici (corrispondenti alle scienze “sociali”), e dall’altra si offre al giudice un comodo accesso

Come si è visto, la giurisprudenza C.E.D.U. pare affermare che, se non c'è un sindacato pieno su tutti gli elementi di fatto e di diritto sottoposti all'attenzione del giudicante, non sono pienamente attuate le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione.

Quindi, se non si individuano giudici diversi da quello amministrativo, e se non ci sono garanzie “*quasi giudiziali*” nel procedimento (condizione che non pare ancora essersi avverata nel nostro ordinamento), sembra di dover concludere che il sindacato intrinseco debole non basti ad assicurare quel pieno accesso al fatto richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Certamente non è idoneo a soddisfare lo *standard* delineato dai giudici di Strasburgo il sindacato estrinseco, ed è in tal senso criticabile la copiosa giurisprudenza nazionale che ancora si limita ad applicare solo tale forma di controllo.

Ma nemmeno lo è il modello di controllo conosciuto come sindacato “intrinseco debole”, il quale, invero, come già segnalato, scarsamente si differenzia, a

ad un sindacato non solo "intrinseco" (ossia di condivisibilità delle risultanze oltre che di mera logicità) ma anche "forte" (ossia suscettibile di condurre ad una sostituzione dell'apprezzamento del giudice a quello dell'amministrazione) in ordine a questi secondi. O, quantomeno, si elide l'argomento senz'altro più ostico che nel dibattito in tema è stato utilizzato per inibire il sindacato del giudice amministrativo: se cade la distinzione tra "accertamenti" ed "apprezzamenti", l'ipotesi della sostituibilità della valutazione tecnica giudiziale a quella amministrativa assume una vis expansiva non più arginabile, prefigurandosi come la soluzione di carattere generale”.

livello già teorico ma soprattutto nella sua applicazione pratica, da quello estrinseco -e ciò pare testimoniato da quella dottrina secondo cui il sindacato intrinseco debole inaugurato dalla sentenza 601 sarebbe nient'altro che una "*nuova figura di eccesso di potere destinata a consentire un maggior approfondimento del controllo del giudice*"²⁷⁹ sulle valutazioni tecniche).

Ad abundantiam, un divieto assoluto di sindacato intrinseco forte appare eccessivo anche perchè un simile sindacato è invece consentito qualora si verta in materie assegnate al giudice ordinario.

In generale infatti, "*in sede civile ordinaria la nozione di discrezionalità tecnica, che pure è stata presente, è da ritenersi superata. Ciò significa che il giudice civile conosce con la pienezza dei suoi strumenti istruttori dell'attività compiuta dall'Amministrazione (...) In sede penale il problema neppure si pone*"²⁸⁰. Ciò in quanto, secondo il risalente orientamento della Cassazione, "*il diritto non viene meno per il fatto che*

²⁷⁹ C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche*, cit. Nel medesimo senso: R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 03, 792, secondo cui il "*controllo denominato «intrinseco debole» tuttavia «assomiglia assai al classico controllo esterno sull'eccesso di potere»*", e A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubblico*, 2004, 2, 439-460, secondo cui spesso il controllo circa l'attendibilità si riduce ad "*un semplice corollario di parametri generali di ragionevolezza*".

²⁸⁰ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 415.

*la concreta sussistenza dei presupposti deve essere accertata dalla pubblica amministrazione secondo criteri di mera discrezionalità*²⁸¹.

Rispetto a fattispecie identiche (gli apprezzamenti tecnici), l'intensità della tutela verrebbe allora a mutare solo perché affidata alla cognizione di un giudice anziché di un altro, e solo perché rientrante in una piuttosto che in un'altra tipologia di giurisdizione, senza che vi sia una vera ragione di tale limitazione, ciò che parrebbe non essere conforme agli artt. 3, 24 e 113 Cost.

Infine, il sindacato intrinseco debole potrebbe inoltre apparire difficilmente conciliabile, sotto il profilo dell'effettività della tutela, con gli orientamenti della

²⁸¹ Cass. Civ. Sez. Un., 28 ottobre 1995, n. 11305. Nel medesimo senso, tra le pronunce più risalenti, Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 1997, n. 9344, in *Foro it.*, 1998, I, 1567, con nota di B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*. Sul trattamento delle valutazioni tecniche da parte del giudice ordinario, si veda, del medesimo autore, *L'accertamento amministrativo*, cit., 305 ss; nonché P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011*, 79 ss; P. LAZZARA, *Autorità*, cit., 234 ss; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 221 ss, il quale nota come siano "sempre più frequenti le pronunce della giurisdizione ordinaria che disapplicano il provvedimento amministrativo ancorché legittimo, sulla base del fatto che le risultanze della ricerca scientifica e tecnologica hanno reso obsoleta la normativa che se ne pone a fondamento".

giurisprudenza maggioritaria in tema di risarcimento del danno.

Secondo l'insegnamento pretorio infatti, con riguardo agli interessi legittimi pretensivi (quando si tratti cioè di un provvedimento che si asserisce essere stato ingiustamente negato) il giudice, per poter riconoscere il risarcimento, deve effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita in capo al privato, e deve quindi valutare se esistano effettivamente i presupposti per il rilascio del provvedimento favorevole.

Ma se l'emissione del provvedimento si basa su valutazioni tecniche, laddove si sposi l'orientamento tradizionale della sindacabilità solo estrinseca, si dovrebbe concludere che al giudice è precluso di svolgere un simile giudizio prognostico. Sarà necessario aspettare che, annullato il diniego, la p.a. emetta il provvedimento favorevole, per poter conseguire il risarcimento del danno da ritardo. Ciò che rende più difficoltoso (e lungo) per il cittadino ottenere la tutela agognata. Verosimilmente, quanto detto fin qui vale, anche se in misura minore, pure per il sindacato intrinseco debole.

Al contrario, se si aderisce alla tesi della sostituibilità *tout court*, il privato potrà ottenere il risarcimento più facilmente. Una volta accertata l'illegittimità del diniego, non ci sarebbe bisogno di aspettare il riesercizio del potere: il giudice potrà, tramite il consulente tecnico, verificare direttamente, ai soli fini risarcitori, se, qualora la valutazione tecnica fosse

stata svolta correttamente, il privato avrebbe potuto ottenere il provvedimento²⁸².

Occorre dire che la regola generale della sostituibilità delle valutazioni tecniche che qui si propone soffrirebbe comunque una eccezione, relativa al settore delle prove di esame orali, in adesione alle osservazioni di Cerulli Irelli secondo cui tali fattispecie sono strutturalmente irripetibili perché irripetibile è l'episodio della vita cui sono connessi.

Del resto, come segnalato nel paragrafo 5 della parte II, il settore degli esami e concorsi non rientra nell'ambito di applicazione della C.E.D.U. e della relativa elaborazione giurisprudenziale.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la limitazione del sindacato al solo intrinseco debole dovrebbe valere –in controtendenza rispetto all'applicazione invalsa nella giurisprudenza nazionale- solo per le prove orali, e non anche per la correzione degli elaborati scritti.

4. *Conclusioni.*

Concludendo, a parere di chi scrive, la sostituibilità delle valutazioni tecniche ad opera del giudice amministrativo dovrebbe diventare la regola, con la sola eccezione dell'irripetibilità delle prove orali degli esami e concorsi pubblici.

²⁸² F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 1161.

Si è consapevoli che l'applicazione della soluzione proposta, se, da un lato, potrebbe avere il pregio di individuare una regola generale sostitutiva delle opzioni giurisprudenziali che oscillano tra sindacato estrinseco, intrinseco debole e intrinseco forte "mascherato" (appoggiandosi sovente su affermazioni circa la commistione tra valutazioni tecniche e valutazioni amministrative che non forniscono un criterio generale ed univoco), comporterebbe anche una verosimile moltiplicazione del contenzioso.

Potrebbe tuttavia essere una soluzione più coerente con i principi generali, nonché maggiormente rispettosa delle esigenze di tutela del ricorrente e delle indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo, rispetto alle tesi che fondano gli attuali orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

Bibliografia.

- AA.VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, VII colloquio italo-spagnolo, Milano, 2009;
- AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013;
- G. ADAMO, *Il processo amministrativo tedesco visto da vicino*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- F. AGNINO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 454;
- R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978;
- M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;
- M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, pag. 1602;
- A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939;
- M. ASPRONE-M. MARASCA-A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009;

- E. S. ASSMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 1995, 683;
- G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989;
- 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 ss;
- S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80;
- S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della norma*, in *Riv. Giur. Edilizia*, fasc. 5, 2013, 219;
- V. BACHELET, *L'art. 113 Cost e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1971, 1744;
- V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967;
- G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, XI;
- A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, n.4;
- S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati". Ovvero: come cambia il*

sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust, in *Foro it.*, 2005, III. 6;

- F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969;

- F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Padova, 2009;

- L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986;

- G. BERTI, *Commento all'art. 113 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1987, 85;

- L. S. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005;

- R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella repubblica federale di Germania*, in G. RECCHIA (eds.) *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXV, Padova, Cedam, 1996, 260-346;

- M. BONINI, *Potere sanzionatorio delle autorità antitrust e giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, T.a.r., 2002, 2903;

- M. BRUNETTI, *Discrezionalità tecnica e sindacato del g.a. tra tradizione ed innovazione*, in *Diritto e scienza* (www.dirittoscienza.it), n. 3/2012;

- V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341;

- F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911;
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristampa a cura di G. MIELE, Padova, 1960;
- F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902;
- E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983;
- E. CAPACCIOLI, *Postilla al saggio "Interessi legittimi e risarcimento dei danni"*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 173;
- E. CAPACCIOLI, *Rassegna di giurisprudenza sulla tutela delle cose di interesse storico o artistico*, Milano, 1962, 5 ss;
- E. CARACCIULO LA GROTTERIA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di pubblico concorso*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2003, 7-8, 2312;
- R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 2003, 170;
- R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. App.*, 2000, 1334;
- R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale*

(*Kontrolldichte*), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 2, 503;

- F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2011, 1459 ss;

- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011;

- F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000*, Milano, 2001;

- A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica e imparzialità*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 469 ss;

- P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 385;

- J. C. CASSAGNE, *La discrecionalidad administrativa*, in <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativault.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>;

- A. CASSATELLA, *Verso un'eccessiva contrazione del sindacato sulle valutazioni tecniche?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 11, 1065;

- S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le Autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 222;

- P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione della pubblica amministrazione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3, 2012, pag. 741, nonché in "Sindacato

giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione”, Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011, Milano, 2013, 79;

- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001;

- V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss;

- F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d’ufficio e discrezionalità tecnica: l’intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA-M.PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2001, 913;

- F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica* in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371;

- F. CINTIOLI, voce “*Discrezionalità tecnica*” in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-2, Milano, 2008;

- F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005;

- F. CINTIOLI, *Orientamenti della Corte di Giustizia in tema di accesso al fatto del giudice amministrativo nazionale*, in AA.VV., *Sopranazionalità europea: posizioni soggettive e formazione*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 2000, 51;

- F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983;

- P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, 3, 823;
- M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2002, 3858;
- E. CODINI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Jus*, 3, 393-401;
- E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008;
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004;
- G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 659 ss;
- G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>;
- G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Foro amm., Tar.*, 2005, 579;
- N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, vol. III, 300 ss;

- G. D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 05, 829;
- D. DE CAROLIS, *Brevi considerazioni sull'accesso al "fatto" da parte del giudice amministrativo mediante il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, in www.giustamm.it;
- G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 197;
- M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185;
- M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica e i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm.*, CDS, 5, 2010, 1121;
- D. DE PRETIS, *Antitrust, valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Dir. form.*, 2004, 997;
- D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179;
- D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1998, 4, 331;
- D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in G. D. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001;
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995;

- D. DE PRETIS, voce *Valutazioni tecniche della p.a.*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 6176-6183;
- A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, III, 183 ss;
- M. DI CAGNO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 460;
- H. EHMKE, *“Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011;
- A. FALCHI DELITALIA, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, c.1, lett. f del D. Lgs 163/2006 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, fasc.12, 2012, 3143;
- C. FALITI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla discrezionalità tecnica con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dell’anomalia dell’offerta nelle gare d’appalto*, in *Giur. merito*, 2007, 4, 1141;
- B. FENNI, *La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo*, in <http://censura.diritto.it/docs/35092-la-discrezionalit-tecnica-ed-il-sindacato-delgiudice-amministrativo>;
- A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

- L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996;
- E. FERRARI-M. SICA-M. RAMAJOLI, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006;
- E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it;
- E. FOLLIERI, *La sindacabilità delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. IV, Cedam Padova, 2007, 57 e ss;
- E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, pag. 685;
- A. FONTANA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 10, 3216;
- F. FRACCHIA-C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2000, III;
- S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999;
- B. GAGLIARDI, *L'autonomia della commissioni di concorso e la tutela avverso l'eccesso di potere*

giurisdizionale, in *Foro amm. CDS*, fasc.12, 2010, 2628;

- E. GALANTI, *Discrezionalità della autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, Banca d'Italia, Euroistema*, n. 64, giugno 2009;

- M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2013, 742;

- R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2010, 762 ss;

- L. GIANI, *Spunti di riflessione in tema di controllo della discrezionalità tratti dall'ordinamento statunitense*, in *Dir. Amm.*, 1996, 04, 769;

- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 483 ss;

- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72 ss, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000;

- B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1057;

- R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it;

- A. GIUSTI, *Commento all'art. 17, l. 241/90*, in A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI (eds),

Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità, Roma, 2010, 437-438;

- A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007;

- F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014;

- F. GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 32 ss;

- E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1959, III, 193;

- E. JORDAO, *Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review*, in *Administrative Law Review*, Vol. 66, 2014;

- C. H. KOCH, JR, *Judicial review of administrative discretion*, in *The George Washington law review*, 54, 1985-1986;

- P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002;

- P. LAZZARA, «*Discrezionalità tecnica*» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212;

- P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 4, 2009, 955;

- P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 301;
- F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss;
- F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967;
- F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999, 160 ss;
- G. LOMBARDI, *Sindacato sulla discrezionalità tecnica e valutazioni delle prove concorsuali: l'eventuale ruolo dei pareri pro-veritate*, in www.lexitalia.it, n.3/2008;
- M. V. LUMETTI, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e il controllo del giudice amministrativa*, in www.giustamm.it;
- C. MARZUOLI, *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi di prova nel giudizio di legittimità*, in *Le Regioni*, 1986, 281;
- C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71;
- C. MARZUOLI, *Discrezionalità tecnica o violazione del diritto alla difesa nei sistemi tabellari di determinazione dell'indennità di esproprio*, in *Le Regioni*, 1990, 831;

- C. MARZUOLI, *La discrezionalità tecnica nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, in U. ALLEGRETTI-A. ORSI BATTAGLINI- D. SORACA (a cura di), II, Rimini, 1987, 633;
- C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985;
- D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003;
- F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181;
- F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011;
- F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 976;
- M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc.1, 2014, pag. 133;
- A. MILONE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 5, 1342;
- S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del*

giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, in *Giur. it.*, 2000, 2402;

- S. MIRATE, *Offerte anomale e CTU: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo*, in *Urb. App.*, 2007, 187;

- F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 472;

- C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1964, 1098;

- C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136;

- C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, 997 ss;

- C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, 1 ss;

- D. NALIN, *Concorsi pubblici e fallimenti cognitivi: la reazione possibile*, in *Diritto e scienza* (www.dirittoescienza.it), n. 3, 2012;

- M. NAVILLI, *Concorsi pubblici, criteri di valutazione delle prove e sindacato del giudice*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 5, 2001, 846;

- A. NICODEMO, *Le vicende della commissione di gara: dalla discrezionalità tecnica al rinnovo della procedura*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2012;

- M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in M. NIGRO, *Scritti*, cit., III, 1451 ss;
- M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1051 ss;
- M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione*, in M. NIGRO, *Scritti*, cit., III, 1427 ss.;
- V. ONIDA, *Il principio di legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 65;
- A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005;
- A. ORSI BATTAGLINI, *La determinazione del prezzo di riscatto delle case popolari*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1968, II, 223;
- V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 405 ss;
- N. PAOLANTONIO, *Dei caratteri degli accertamenti medici nelle visite medico collegiali*, in www.giustami.it;
- N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.*, Cons. St., 2002, 10, 2587;

- N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000;
- N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2, 1996, 413;
- V. PARISIO (eds), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998;
- G. PARODI, *Giudice amministrativo e "discrezionalità tecnica"*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di) *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, 1995, 291;
- G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990;
- G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss;
- G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. rim. dir. pubb.*, 1992, 158 ss.;
- L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422;
- L.R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1741;
- E. PICOZZA, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 185;

- K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto-correttivo della scienza*, Einaudi, 1998;
- U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1969, 519;
- E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 4, 16;
- E. PRESUTTI, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911;
- A. PRONTERA, *L'agire discrezionale dell'Amministrazione. Tra «vuoti» e «pieni» normativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 278;
- M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a. in Urb. app.*, 2001, 866;
- M. PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1999, 836;
- L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo*, in www.osservatorioaic.it;
- M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998;
- M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 2, 330;
- M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100;

- M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economica e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121;
- M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 164 ss;
- M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss;
- M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 80-104;
- M. RAMAJOLI, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione dell'energia elettrica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 280;
- O. RANELLETTI, *Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Riv. C. Conti*, 1911, I, 12 (ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992);
- O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912;
- A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975;

- G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 214 ss;
- F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001;
- F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 684;
- F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 603;
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989;
- M. G. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. amm.*, 1999, 4, 1101 ss;
- F. SCIADONE, *Il sindacato del giudice amministrativo in materia antitrust: eventuali asimmetrie con gli orientamenti comunitari*, in *Foro amm.- T.a.r.*, 2003, 1963;
- F.G. SCOCA-F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in www.giustamm.it;
- F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014;
- F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 257;
- F. G. SCOCA, *Il modello processuale. Profili oggettivi e strutturali*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 152 ss;

- F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 04, 1045;
- F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.* 1981, 1376 ss;
- F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, 1998, 107;
- M. SIRAGUSA-C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, fasc.2, 2013, pag. 408;
- F. SORRENTINO, *Le questioni tecnico-scientifiche nel processo costituzionale*, relazione al convegno *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, Firenze, 7-8 maggio 2004;
- G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 01, 133;
- S. SPINELLI, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm.*, T.a.r. 2002, 10, 3272;
- S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007;

- P. STANCAMPIANO, *Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche nel “vincolo indiretto”*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 7 maggio 1988, n. 579, in *Riv. giur. urb.*, 1989, I, 101;
- G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse della autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm. CDS*, fasc.11, 2012, 2817;
- A. L. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, Tar, fasc.9, 2004, 2443;
- M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, relazione al convegno *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, Firenze, 7-8 maggio 2004;
- S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 06, 1385;
- B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo* in *Foro it.*, 1998, I, 1567;
- B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001;
- A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439-60;

- A. TRAVI, Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, II, 10;
- A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia “amministrativa”?* in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 3, 304;
- A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 11, 1262;
- W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano 2012;
- G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: “relazione pericolosa” o “attrazione fatale”?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 718;
- R. TUMBIOLO, *Il sindacato del giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2013, 6, 705;
- A. UBALDI, *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm.* - C.d.S., fasc.10, 2013, 2724;
- G. VACIRGA, *Riflessioni sul concetto di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1584 ss;
- S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla*

discrezionalità tecnica in Italia, in www.giustizia-amministrativa.it;

- C. VIDETTA, *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 573;

- C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova* 2002, 06, 2251;

- C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, T.a.r. 2003, 4, 1185;

- C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 179 ss;

- C. VIDETTA-F. FRACCHIA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, 498;

- C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, T.a.r. 2005, 4, 1359;

- R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 3, 792;

- R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, 1401 ss;

- R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006;

- S. VINTI, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 560 ss;
- P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 102 ss;
- P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 2001;
- F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791;
- F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in www.giustamm.it.