**Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti.**

\* \* \*

Sommario: 1. - *Premessa*. 2. – *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica a partire dalla sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*. 3. – *La recente sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187*. 4. – *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica tra effettività della tutela e separazione dei poteri*. 5. – *Il criterio di “maggiore attendibilità”*.

\* \* \*

**1. *Premessa*.**

L’estensione del sindacato del giudice amministrativo nel giudizio di legittimità costituisce da lungo tempo terreno fertile di dibattito dottrinale[[1]](#footnote-1) e giurisprudenziale, alimentato e continuamente ridefinito dagli apporti della giurisprudenza europea e dagli approdi di quella nazionale.

In tale contesto, assume centrale importanza il tema della discrezionalità tecnica[[2]](#footnote-2), ossia di quella particolare forma di esercizio del potere, cui l’Amministrazione deve ricorrere nelle ipotesi in cui il perseguimento dell’interesse pubblico presupponga valutazioni di tipo tecnico-scientifico che, per loro natura, impongono l’applicazione di una regola propria di un settore scientifico, all’esito della quale l’Amministrazione è in grado di definire il nucleo del contenuto provvedimentale.

Mentre la discrezionalità amministrativa è bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, in applicazione di regole giuridiche, secondo i canoni costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa, la discrezionalità tecnica è indagine ed analisi dei presupposti per la scelta (ma pur sempre scelta e, quindi, in astratto, opinabile) del criterio tecnico e del suo procedimento applicativo, in osservanza di regole tecniche[[3]](#footnote-3).

Ove il criterio sia uno soltanto, poiché in tal senso volgono le regole della scienza e della tecnica, non vi è discrezionalità tecnica[[4]](#footnote-4), così come non vi è discrezionalità amministrativa per l’attività vincolata.

Un’attività vincolata, siccome tipizzata dalla legge sull’*an*, *quid*, *quomodo* e *quando*, esclude qualsiasi discrezionalità, che rimane soltanto (e nei limiti in cui) la legge lasci margini di apprezzamento, ovvero di scelta (amministrativa e/o tecnica).

Conseguentemente, ciò che accomuna i due tipi di discrezionalità consiste nell’essere scelta: una comunanza metodologica, che, come tale, non sopporta distinzioni di sindacabilità, incontrando soltanto il limite esterno del merito amministrativo, che non è scelta, ma valutazione di opportunità, la quale è presupposto della scelta.

Mentre detta valutazione rimane in sé e per sé nell’ambito pregiuridico, rientrando nella c.d. riserva di amministrazione[[5]](#footnote-5), una volta che si è positivamente esplicata, la stessa entra nel mondo giuridico e quindi, divenendo esercizio del potere discrezionale, nella sfera del sindacato giurisdizionale.

Di tal guisa, l’azione amministrativa, secondo un modello di esame analitico, può essere distinta in quattro diverse tipologie, differenziate in ragione del grado d’intensità del potere di scelta riservato all’Amministrazione:

1. attività vincolata quando il potere di scelta è nullo;

2. attività connotata da discrezionalità amministrativa quando il potere di scelta è definito da regole giuridiche, essenzialmente orientate alla luce del principio di proporzionalità, sancito anche e soprattutto dal diritto europeo;

3. attività connotata da discrezionalità tecnica quando il potere di scelta è definito da regole tecnico-scientifiche;

4. attività di merito, che, essendo presupposto di opportunità della scelta, attiene all’ambito pregiuridico[[6]](#footnote-6).

Il graduarsi del potere di scelta dell’Amministrazione è, a sua volta, definizione dei limiti del sindacato giurisdizionale, che non sussiste con riferimento alle valutazioni di merito (ovvero le valutazioni di opportunità)[[7]](#footnote-7), è limitato al riscontro dei vizi della violazione di legge e dell’incompetenza nel caso di attività vincolata ed è esteso al riscontro del vizio di eccesso di potere, nelle note figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza in una lunga tradizione che ha origine nell’intuizione[[8]](#footnote-8) sviluppata dal Consiglio di Stato francese sul *détournement de pouvoir*, quando abbia ad oggetto l’esercizio di attività discrezionale, amministrativa o tecnica.

Invero, la sindacabilità giurisdizionale dell’attività discrezionale della pubblica Amministrazione rappresenta un approdo della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, che, con un orientamento evolutivo, individuò l’esistenza del vizio dell’eccesso di potere, sotto il profilo dello sviamento, in un panorama allora connotato dall’insindacabilità di tale attività, ritenuta ricompresa nella c.d. riserva di Amministrazione e, pertanto, sottratta al sindacato giurisdizionale, in ossequio al principio di separazione dei poteri.

**2. *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica a partire dalla sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*.**

La giurisprudenza italiana, recepito l’insegnamento dei Giudici amministrativi d’Oltralpe[[9]](#footnote-9), ha, tuttavia inaugurato e dato seguito ad una peculiare distinzione nel sindacato giurisdizionale sulle scelte discrezionali della pubblica Amministrazione, avendo per lungo tempo affermato l’insindacabilità delle valutazioni frutto dell’esercizio di discrezionalità tecnica[[10]](#footnote-10).

Il punto di rottura con la precedente tradizione si deve alla nota decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, che - richiamato il consolidato orientamento del giudice di legittimità, secondo cui l’eccesso di potere giurisdizionale *ex* art. 111, (ora) comma 8 (e allora comma 3), Cost., “*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*” (Cass. Civ., 5 agosto 1994, n. 7261) – mette in luce come “*la c.d. “discrezionalità tecnica”, invece, è altra cosa dal merito amministrativo*”, ricorrendo “*quando l’amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta*”.

Definito pertanto il concetto di discrezionalità tecnica, distinto da quello di discrezionalità amministrativa e da quello[[11]](#footnote-11), ancora diverso, di merito amministrativo, la decisione (n. 601/1999), in punto di estensione del sindacato giurisdizionale, rileva che se “*è ragionevole l’esistenza di una “riserva di amministrazione” in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all’apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento amministrativo*”, sicché “*il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico giuridico seguito dall’autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo*”.

Superata così la tesi dell’insindacabilità delle valutazioni connotate da discrezionalità tecnica, fondata sull’equivoca confusione con le valutazioni di merito, così come la tesi che deponeva nel senso per cui il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica dovesse essere solo formale ed estrinseco, vale a dire limitato agli aspetti di manifesta irrazionalità e illogicità[[12]](#footnote-12), la predetta decisione ha posto le basi per il sorgere dell’ulteriore dibattito circa l’estensione di tale sindacato giurisdizionale, incentrato, in particolare, sulla possibilità di configurazione di un sindacato pieno o attenuato.

Al riguardo, si è discusso della possibilità di sindacare le valutazioni frutto di discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione con riferimento a tutte le figure sintomatiche dell’eccesso di potere, come avviene per la discrezionalità amministrativa, oppure limitatamente ad alcune di esse, ossia l’illogicità, l’irrazionalità e la contraddittorietà purché manifeste, così ritornando, con un circuito vizioso, ad un sindacato di tipo estrinseco che si riteneva superato[[13]](#footnote-13).

A ben guardare, tale ulteriore dibattito è basato su di un equivoco di fondo.

Infatti, se è ben vero che discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica siano entrambe espressione di una scelta dell’Amministrazione, sempre sindacabile dal giudice amministrativo, i due tipi di scelta differiscono in ragione del loro oggetto.

Mentre la discrezionalità amministrativa consiste nel bilanciamento dei contrastanti interessi, pubblici e privati, all’esito del quale, nel rispetto dei canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, l’Amministrazione definisce quello prevalente nel caso di specie, con il minor sacrificio dei diversi interessi pubblici e/o privati confliggenti, secondo il principio di proporzionalità, la discrezionalità tecnica consiste nella scelta dell’Amministrazione del criterio specialistico, proprio di una disciplina tecnico – scientifica, da adottarsi, nella fattispecie concreta, per la valutazione dei presupposti ai quali la norma legislativa riconduce l’esercizio del potere.

Mentre la discrezionalità amministrativa dirime un conflitto di interessi, la discrezionalità tecnica individua il criterio tecnico-scientifico da seguire[[14]](#footnote-14) e questo non può essere che quello ritenuto più attendibile dalla comunità scientifica, o, comunque (e di qui la scelta), uno dei criteri ritenuti di pari attendibilità in ambito tecnico – scientifico.

Per operare il sindacato della discrezionalità tecnica, occorre individuare gli aspetti del provvedimento in cui essa si esprime[[15]](#footnote-15).

La peculiarità dell’oggetto e del momento[[16]](#footnote-16) in cui viene in rilievo la discrezionalità tecnica definisce l’ambito del relativo sindacato giurisdizionale, poiché l’ontologica conformazione di tale valutazione rende inconfigurabili alcune delle figure sintomatiche dell’eccesso di potere.

In particolare, la discrezionalità tecnica, ovvero la scelta del criterio scientifico ed il suo procedimento applicativo, è insindacabile da parte del giudice amministrativo con riferimento a quegli elementi sintomatici dell’eccesso di potere che attengono precipuamente alla definizione del contenuto provvedimentale ed al bilanciamento dei contrastanti interessi[[17]](#footnote-17) (che appartengono al distinto esercizio della discrezionalità amministrativa).

Tuttavia, in realtà, non si tratta di una limitazione del sindacato, in quanto tali aspetti non attengono in alcun modo all’esercizio della discrezionalità tecnica.

Ne consegue, dal punto di vista lessicale, l’inappropriatezza del vocabolo limitazione, che impone un confronto con una situazione connotata dall’assenza di limiti, in quanto il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, proprio per l’oggetto e la natura sopra evidenziati di quest’ultima, può avere come parametro solo alcune delle figure sintomatiche dell’eccesso di potere, ovvero quelle che attengono alla fase istruttoria e quelle che costituiscono declinazione del principio di ragionevolezza, sulla valutazione di attendibilità del criterio.

Pertanto, il sindacato sulla discrezionalità tecnica, al pari di quello sulla discrezionalità amministrativa, è un sindacato pieno, in quanto involge tutti gli aspetti che vengono in rilievo per la prima, senza aprioristiche ed ingiustificate limitazioni[[18]](#footnote-18).

**3. – *La recente sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187*.**

In tal senso, si è strutturata la giurisprudenza del giudice amministrativo, di cui la sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187, è la chiara conferma, laddove, riferendosi al giudizio di una Commissione giudicatrice che aveva deposto per la non intellegibilità di una domanda di un concorso, rileva come tali “*considerazioni sono evidentemente espressione di discrezionalità tecnica e come tali sfuggono al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, non essendo manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, neppure venendo in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, né essendo sufficiente che la determinazione assunta possa in astratto considerarsi, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile*” (Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187).

La questione originava dal ricorso di un concorrente al concorso per l’ammissione di medici alle Scuole di specializzazione di area sanitaria per l’anno accademico 2019/2020 avverso il provvedimento del competente Ministero, che, avendo ritenuto scarsamente intellegibile una delle domande della prova, sulla scorta di un giudizio tecnico in proposito della Commissione giudicatrice, aveva attribuito un punto, per tale domanda, a tutti i concorrenti.

Il T.A.R. del Lazio, Sez. III, con sentenza 23 novembre 2020, n.12358, ritenendo che la Commissione non avesse “*verificato quanti concorrenti hanno dato una risposta esatta e probabilmente non sono un numero irrilevante*”, in accoglimento del gravame, concludeva affermando che “*allora si dovrebbe dar conto di come mai vi sia stato un numero non irrisorio di risposte corrette dal momento che le ipotesi sono due: l’illustrazione non rendeva impossibile individuare con esattezza di che tipo di frattura si trattasse oppure bisogna ipotizzare che molti hanno tirato ad indovinare una risposta tra cinque possibili. Ovviamente solo la prima ipotesi è plausibile e ciò è sufficiente ad evidenziare l’insufficienza della motivazione dedotta*”, attesa altresì l’esistenza di “*un giudizio pro veritate espresso da un ortopedico che ha affermato come dall’illustrazione riportante la radiografia era possibile rilevare una serie di dati che convergevano verso la risposta esatta*”.

Il Tribunale, in altri termini, con la propria decisione, ha preteso di sostituire il proprio giudizio, addirittura con un ragionamento di tipo induttivo, circa la chiarezza o meno della domanda concorsuale in questione, a quello formulato dalla Commissione esaminatrice, nell’esercizio della propria discrezionalità tecnica.

Infatti, pur in assenza di censure specifiche all’attendibilità del criterio tecnico prescelto dalla Commissione per l’espressione della sua valutazione, il Tribunale, ha ritenuto che il giudizio della Commissione difettasse sotto il profilo motivazionale, non avendo spiegato il contenuto delle rimostranze ricevute da diversi concorrenti.

La decisione risulta, in realtà, contraddittoria, in quanto è lo stesso giudice ad affermare che “*la ragione dell’annullamento della domanda è stata individuata nella difficoltà di osservare in modo inequivoco l’esistenza di eventuali lesioni a causa della riproduzione dell’illustrazione della radiografia nello strumento informatico*”, dando così conto della motivazione che aveva condotto la Commissione all’adozione del provvedimento impugnato.

Si noti che, trattandosi di esercizio di discrezionalità tecnica, la motivazione risiede nell’utilizzo di un criterio tecnico attendibile, il quale è da solo sufficiente a supportare il contenuto decisorio del provvedimento, allorquando coerente con l’esito cui l’Amministrazione perviene in seguito all’applicazione del criterio.

Come sopra rilevato, infatti, allorquando venga in gioco l’esercizio di discrezionalità tecnica, la susseguente attività dell’Amministrazione assume i caratteri dell’attività vincolata e, come tale, non necessita di un apparato motivazionale che giustifichi la scelta dell’interesse pubblico ritenuto prevalente, in quanto tale individuazione è operata in astratto dal Legislatore con la mediazione (assente nel caso di attività vincolata *tout court*) dell’applicazione, al caso di specie, del criterio tecnico, individuato da parte dell’Amministrazione.

Quanto sopra disvela come quello che il Tribunale qualifica come difetto motivazionale, in realtà, tale non è, avendo il giudice di prime cure, censurato la scelta del criterio tecnico operata dalla Commissione, pur senza rilevarne l’inattendibilità, con la predilezione di un altro criterio, senza alcuna valutazione (e neanche indicazione) di una sufficiente attendibilità di quest’altro.

L’eccesso di potere giurisdizionale in cui è incorso il primo giudice emerge vieppiù laddove la sentenza richiama, a proprio sostegno, il parere espresso da un tecnico di parte, di segno contrario rispetto alle conclusioni della Commissione.

È bene premettere come sia assolutamente consentito al giudice acquisire *aliunde* pareri di contenuto tecnico e ciò, *a fortiori*, in seguito alla novella di cui all’art. 16 della Legge n. 205 del 2000, che ha introdotto il potere di disposizione di CTU nel giudizio amministrativo di legittimità[[19]](#footnote-19).

Come ha avuto modo di rilevare la giurisprudenza formatasi in materia, la possibilità per il giudice amministrativo di avvalersi della CTU, ha consentito l’affermazione di diversi principi che sovrintendono il giudizio di legittimità e, segnatamente:

“*a) la presenza di una valutazione tecnica non implica, di per sé, l’instaurazione di un regime speciale di insindacabilità;*

*b) il giudice amministrativo ha il potere di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, ivi compresi i processi conoscitivi seguiti dall’amministrazione che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica;*

*c) il sindacato del giudice non deve attuarsi solo sulla base di massime d’esperienza appartenenti al sapere comune e di dominio dell’intera collettività, ma, quando effettivamente tali massime siano insufficienti, può disporre grazie al c.t.u. di tutte le conoscenze tecnico-specialistiche che appaiono, secondo i casi, necessarie alla più completa conoscenza dei fatti*” (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2001).

Tuttavia, la medesima giurisprudenza ha sentito la necessità di chiarire che “*la consulenza tecnica d’ufficio è uno strumento di conoscenza posto a disposizione del giudice, che giova unicamente ad arricchirne la cognizione di nozioni che non appartengono al patrimonio dell’intera collettività, né sono desumibili. Grazie all’apporto del consulente il giudice fruisce di conoscenze tecnico specialistiche appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva complessità, ai quali non si accede senza la disponibilità di sofisticati strumenti di indagine. Ne discende che, in primo luogo, la c.t.u. non può supplire l’onere della parte di allegare i fatti e di introdurli nel processo; in secondo luogo che il compito della fissazione e qualificazione del fatto non è delegabile al c.t.u., ma deve essere espletato dal giudice. Questi può solo ampliare la sua conoscenza, come rilevato, grazie all’ausilio di una consulenza specialistica. Il giudice, proprio perché “dominus” della qualificazione del fatto, non può mai limitarsi a recepire acriticamente le risultanze della consulenza tecnica, ma è sempre tenuto ad un’autonoma valutazione e rielaborazione del fatto anche “alla luce” dei dati tecnico-scientifici offerti dal c.t.u. Al giudice non interessa tanto la valutazione finale del consulente, che pure troverà gli opportuni spazi nella relazione illustrativa, ma il percorso conoscitivo che questi avrà svolto nel ripercorrere l’intero iter della determinazione tecnica assunta dall’amministrazione*”.

Date tali coordinate di diritto, nella citata sentenza del T.A.R. del Lazio, emerge come il giudice, non abbia affatto fruito della consulenza, peraltro di parte, al fine di rilevare l’inattendibilità del criterio impiegato dall’Amministrazione, ma se ne sia giovato delle conclusioni per avvalorare la propria decisione, che, pur sotto il velo del difetto motivazionale, si è posta come sostitutiva a quella dell’Amministrazione.

Tale sconfinamento di giurisdizione, violativo del principio di separazione dei poteri, è stato infatti, censurato dal giudice di appello, il quale non si è risparmiato di osservare che “*in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, questo deve considerarsi limitato a verificare se l’Amministrazione abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni dell’Amministrazione, anche se in astratto opinabili, con quelle giudiziali, anche se deve ammettersi in tale sede una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall’Amministrazione. In ogni caso, tuttavia, 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 delle norme poste, tra l’altro, a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato*”.

L’analisi della decisione del giudice d’appello consente di individuare il vero ed unico limite che incontra il sindacato giurisdizionale sull’attività dell’Amministrazione connotata dall’impiego di discrezionalità tecnica (analogo a quello della discrezionalità amministrativa), vale a dire l’impossibilità per il giudice di sostituire, la scelta dell’Amministrazione, con una propria, ritenuta migliore.

In tal senso, infatti, il Consiglio di Stato, sulla scia di consolidata giurisprudenza[[20]](#footnote-20), ha precisato che “*il giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – proprie valutazioni a quelle effettuate dall’autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle fattispecie al suo esame*”, atteso che “*la discrezionalità tecnica esercitata dalla Commissione* […] *non può ritenersi soggetta ad un sindacato giudiziale sostitutivo, dovendo il giudice limitarsi a verificare se la risposta da essa fornita mediante la “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati, rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate che possano essere date a quel problema, alla luce sia sella tecnica, che delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto*”.

Tale rimane, dunque, l’unico limite che incontra il giudice amministrativo[[21]](#footnote-21), che si arresta di fronte alla pari attendibilità della scelta tecnica operata dall’Amministrazione, secondo il principio di ragionevolezza, che è canone costituzionalmente sancito tra i principi fondamentali (art. 3 Cost.).

Tuttavia, come sopra accennato, detto limite non è proprio del sindacato su provvedimenti che siano frutto di attività discrezionale tecnica, ma riguarda, in generale, il giudizio amministrativo di legittimità, nell’ambito del quale, l’operatività del principio di separazione dei poteri impedisce che il giudice possa sostituire le proprie scelte a quelle operate discrezionalmente dall’Amministrazione.

Ne discende che i limiti al sindacato giurisdizionale nel giudizio amministrativo sono esattamente gli stessi, sia in relazione all’esercizio del potere discrezionale, sia in ordine all’impiego di discrezionalità tecnica.

Le valutazioni di ragionevolezza, logicità e coerenza, che sono riservate al giudice amministrativo per l’eventuale configurazione del vizio di eccesso di potere, se non consentono all’organo giudicante una sua sostituzione all’Amministrazione, tuttavia configurano un sindacato pregnante del giudice stesso sull’esercizio, in senso sostanziale, del potere discrezionale[[22]](#footnote-22).

La pienezza del sindacato giurisdizionale nei confronti dell’attività discrezionale della pubblica amministrazione ha trovato chiara conferma nell’anticipazione, nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità, delle indicazioni conformative dell’azione amministrative, che erano, in precedenza, proprie del giudizio di ottemperanza, non a caso, esteso al merito, laddove il riesercizio del potere a seguito dell’annullamento giurisdizionale fosse stato mancante o sviato.

In ciò consiste la grande novità introdotta dall’art. 34, lett. e), c.p.a., in forza della quale, il giudice, nel pronunciare sentenza di accoglimento del ricorso, “*dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*”.

Le stesse valutazioni devono ammettersi in ordine ai provvedimenti connotati dall’esercizio di discrezionalità tecnica, per i quali, tuttavia, la ragionevolezza, la logicità e la coerenza della scelta del criterio risiedono nell’attendibilità stessa del criterio tecnico prescelto e nel rispetto del susseguente procedimento applicativo.

Ove il criterio sia attendibile ed il suo procedimento applicativo sia stato rispettato, la scelta del suo impiego è sempre ragionevole, logica e coerente, a prescindere dall’esistenza di altri criteri parimenti attendibili, ma non più di quello prescelto.

Infatti, “*non è* […] *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*”[[23]](#footnote-23) (Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 601).

Analogamente, pur con la relativa distinzione di oggetto, nell’ambito della discrezionalità amministrativa, la valutazione giudiziale di attendibilità consiste nel giudizio di ragionevolezza del bilanciamento degli interessi effettuato dall’Amministrazione, in quanto ove il Giudice ritenga detto bilanciamento ragionevole e proporzionato, non può procedere all’annullamento del provvedimento, a meno che non abbia in astratto individuato un bilanciamento dagli esiti più ragionevoli, secondo il principio di proporzionalità.

Emerge così, come sia per la discrezionalità amministrativa, sia per la discrezionalità tecnica, la ragionevolezza (*id est*, per la seconda, l’attendibilità) della scelta dell’Amministrazione costituisce il limite oltre il quale al Giudice è preclusa ogni valutazione.

**4. – *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica tra effettività della tutela e separazione dei poteri*.**

Il riconoscimento di tale limite esterno al sindacato, comunque pieno, del giudice amministrativo, necessario per assicurare il rispetto del principio di separazione dei poteri, deve essere verificato alla luce della giurisprudenza sovranazionale, che in nome di un “*fair trial*”, depone verso il riconoscimento di una “*full jurisdiction*”.

Infatti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, già immanente nella Carta costituzionale e successivamente declinato dalla Convenzione EDU (artt. 6 e 13) e dalla Carta di Nizza (art. 47), postula, secondo la giurisprudenza delle Corti europee, “*che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell’interesse azionato*” (Cfr. Corte Giust., sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, Johnson).

Dal canto suo, la Corte EDU, nella nota decisione *Menarini Diagnostics vs. Italia*, ha ritenuto che i giudici amministrativi italiani “*soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all’articolo 6 della Convenzione*”[[24]](#footnote-24), in ragione, tra l’altro, del fatto che, nel caso esaminato, “*la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità*” [[25]](#footnote-25), avendo “*potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l’AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri*” ed “*esaminare l’adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico*”[[26]](#footnote-26).

Gli insegnamenti dei giudici sovrastatali, a ben guardare, non postulano un sindacato del giudice amministrativo che impinga nel merito delle scelte della pubblica amministrazione, ma depongono nel senso per cui il giudice, per soddisfare i requisiti previsti dagli artt. 6 e 13 CEDU, nonché dall’art. 47 della Carta di Nizza e, conseguentemente, garantire un *fair trial* ed una tutela giurisdizionale effettiva, siano posti nella condizione di poter valutare la ragionevolezza delle decisioni dell’Amministrazione, sotto il profilo della proporzionalità.

Ed allora scolorano le tesi che propugnano un contrasto tra il sindacato di legittimità del giudice amministrativo italiano ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto, al primo, è pacificamente riconosciuto il sindacato di ragionevolezza sui provvedimenti dell’Amministrazione, siano essi esercizio di discrezionalità amministrativa generale o di discrezionalità tecnica[[27]](#footnote-27).

Ciò che non può fare il giudice è sostituirsi all’Amministrazione nella valutazione di opportunità, ovvero quella valutazione che l’Amministrazione svolge nell’ambito del pregiuridico, la c.d. sfera del merito amministrativo, e, relativamente all’esercizio della discrezionalità tecnica, nella scelta del criterio da adottarsi, anche se il criterio prescelto sia opinabile e tuttavia parimenti attendibile, ma non inconferente, irrazionale o illogico.

La distinzione tra il merito amministrativo e la discrezionalità segue quella tra volontà e valutazione: il primo è insindacabile, attenendo all’opportunità di una scelta o di un’altra liberamente apprezzabile dall’amministrazione nel perseguimento dell’interesse pubblico; la seconda è sempre sindacabile sia essa amministrativa o tecnica, rientrando nella sfera della razionalità e dell’attendibilità

Tale limitazione non contrasta con il diritto sovranazionale o con il diritto europeo, ma ne è, anzi, puntuale attuazione, in quanto espressione del principio di separazione dei poteri, che è principio generale e comune alla cultura costituzionale europea ed al suo patrimonio giuridico.

In tal senso, infatti, si è più volte espressa la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, avendo ritenuto che “*il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, oggi espresso all’articolo 47 della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (v, in tal senso, in particolare, sentenze Chalkor/Commissione, C‑386/10 P, EU:C:2011:815, punto 52, e giurisprudenza ivi citata). Dalla giurisprudenza dell’Unione risulta quindi che, allorché è adito, ai sensi dell’articolo 263 TFUE, con un ricorso d’annullamento di una decisione di applicazione dell’articolo 81, paragrafo 1, CE, il Tribunale deve, in generale, sulla base degli elementi prodotti dal ricorrente a sostegno dei motivi invocati, esercitare un controllo completo relativamente alla questione se ricorrano o meno i requisiti di applicazione di tale disposizione (v., in tal senso, sentenze Remia e a./Commissione, 42/84, EU:C:1985:327, punto 34; Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punti 54 e 62, nonché Otis e a., C‑199/11, EU:C:2012:684, punto 59). Il Tribunale deve altresì verificare se la Commissione ha motivato la propria decisione (v., in tal senso, sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punto 61 e giurisprudenza ivi citata, nonché Otis e a. EU:C:2012:684, punto 60). In occasione di detto controllo, il Tribunale non può basarsi sul margine discrezionale di cui dispone la Commissione, in virtù del ruolo ad essa assegnato, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare ad esercitare un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (v., in tal senso, sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punto 62, nonché Otis e a., EU:C:2012:684, punto 61). In particolare, se è vero che la Commissione dispone, in virtù di tale ruolo, di un margine discrezionale in materia economica, segnatamente in ambito di valutazioni economiche complesse, ciò non comporta che, come risulta dal punto precedente della presente sentenza, il Tribunale debba astenersi dal controllo della qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione. Infatti, pur non spettando a quest’ultimo sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione, la quale ha in materia competenza istituzionale […], da una giurisprudenza ormai consolidata emerge che il giudice dell’Unione deve, in particolare, non soltanto verificare l’esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituiscono l’insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte (v., in tal senso, in particolare, sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punto 54 e giurisprudenza ivi citata, nonché Otis e a., EU:C:2012:684, punto 59)*” (CGUE, Sez. III, 11 settembre 2014, C‑67/13 P)[[28]](#footnote-28).

Quindi sindacato pieno, ma non sostitutivo degli atti della Commissione europea quale modello generale, al più alto livello, di tutela giurisdizionale effettiva.

Detto schema di controllo giurisdizionale assicura la contemporanea salvaguardia del principio di separazione dei poteri, che concorre, con il principio personalista il principio democratico e la garanzia di un sistema di giustizia costituzionale a definire il patrimonio costituzionale comune dei Paesi dell’Unione Europea.

Pretendere, infatti, che il giudice possa sostituirsi alle valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione importerebbe la fine del potere amministrativo, con la sua sottoposizione al potere giurisdizionale.

Se, da un lato, l’interesse pubblico, per sua natura, non si atteggia al pari dell’interesse privato, di fronte al quale, il giudice ordinario è tenuto ad arrestarsi a prescindere dalla sua condivisibilità in ossequio al principio d’insindacabilità dell’autonomia privata che non si ponga *contra legem*, l’individuazione del primo, tuttavia, rimane appannaggio esclusivo dell’Amministrazione, con la conseguenza che tale operazione può essere sanzionata dal giudice soltanto ove conduca a risultati irragionevoli e non quando questi siano meramente opinabili.

Ma ciò, come si è avuto modo di osservare, non inficia il principio di effettività della tutela, in quanto il ricorso al rimedio giurisdizionale, con il sindacato di ragionevolezza, che è parametro costituzionale, è pienamente garantito.

La tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica amministrazione postula, infatti, che questi siano conformi alla legge e la ragionevolezza è presupposto di tale conformità.

Ipotizzare che il sindacato del giudice amministrativo possa spingersi oltre, ovvero fino a sanzionare le scelte amministrative legittime, ma opinabili, significa liberare il giudice dal vincolo di soggezione alla Legge e farne, insieme, giudice, amministratore e legislatore.

Richiamando alcune distinzioni care alla dottrina amministrativista, può agevolmente affermarsi che il principio di effettività della tutela giurisdizionale è rispettato e garantito allorquando il giudice amministrativo possa esercitare un sindacato pieno, ossia connotato da una conoscenza *funditus* di tutti i profili di fatto e di diritto che vengono in gioco nel processo intellettivo e volitivo dell’Amministrazione ed esteso all’individuazione di tutti i vizi dell’atto amministrativo.

Al di là dell’equivoca e superata distinzione tra sindacato forte e sindacato debole, i caratteri del giudizio ed il suo oggetto non importano violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

**5. *Il criterio di “maggiore attendibilità”*.**

Si può quindi affermare che la discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione è tesa a individuare il criterio tecnico maggiormente attendibile, secondo le acquisizioni della comunità scientifica ed in ciò consiste la ragionevolezza della scelta. Il giudice amministrativo ha il potere di sindacare tale individuazione e tale scelta, utilizzando le usuali tecniche decisionali del giudizio amministrativo ed avvalendosi, se necessario, anche alla luce delle prospettazioni e degli apporti tecnici e conoscitivi delle parti, dei mezzi istruttori idonei allo scopo, quali la verificazione (art. 66 c.p.a.) e la consulenza tecnica (art. 67 c.p.a.).

Come ha di recente sostenuto autorevolissima dottrina, richiamando a conforto la Relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull’attività della Giustizia amministrativa per l’anno 2020[[29]](#footnote-29), “il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di “maggiore attendibilità” e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili”.

Infatti, se “in linea di principio non può essere dubbio che la pienezza della tutela implica che le scelte tecniche dell’Amministrazione sono sindacabili a fondo in sede giurisdizionale” non comportando valutazioni di opportunità, è “privo di senso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica possa risolversi in un semplice accertamento di macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall’Amministrazione”[[30]](#footnote-30).

La discrezionalità tecnica inerisce alla conoscenza del fatto, che deve essere compiutamente identificato dal giudice, al pari del diritto, affinché sia rispettato il canone costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), che presuppone la parità delle parti (e quindi anche della P.A. rispetto agli altri soggetti processuali).

È quindi la stessa Costituzione che impone il sindacato pieno della discrezionalità tecnica, affinché sia rispettato il principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

A ben guardare, trattasi di un sindacato ancora più ampio di quello della discrezionalità amministrativa, poiché la prima, a differenza della seconda, non è tesa a bilanciare interessi (attività riservata all’Amministrazione), ma ad individuare il criterio tecnico più attendibile con una valutazione scientificamente verificabile.

Il giudice amministrativo, pertanto, nel sindacare la scelta tecnica non si sostituisce all’Amministrazione (né esercita, in proposito, alcuna giurisdizione di merito), ma afferma la prevalenza della scelta tecnica “più attendibile”.

**Prof. Avv. Daniele Granara**

Università di Genova

Pubblicato il 18 febbraio 2021

1. La bibliografia sul tema è assai ampia. A mero titolo esemplificativo, cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm*., 1891, IV, 29 ss.; L. ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Sato e la giurisdizione amministrativa*, Stab. Tipografico Metastasio, Assisi, 1891; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, capo III, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo Italiano*, vol. III, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1907; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Vallardi Ed., Milano, 1911; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir*., XIX, Milano, 1970, 589 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. (disc. Pubbl.)*, VII, 1991, 502 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm*., 1994, 635 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871 ss.; *ID*., *Giustizia amministrativa*, sesta edizione, a cura di Enzo Cardi e Alessandro Nigro, Bologna 2002, 62 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Editrice Italica, Pescara, 1979; *ID.*, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm*., 2012, num. 2, 436; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell’Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffré, Milano, 1985; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, IV, Giuffré, Milano, 2003, 3 ss.; A. BARBERA, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, num. 4, 715; L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Monduzzi Editore, Bologna 2005; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell’azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm*., 2006, num. 3; P. DE LISE, *Le prospettive della giustizia amministrativa tra federalismo ed esigenza di efficienza*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (novembre 2008); M.S. GIANNINI, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in Scritti, X, Milano, 2008; A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo, Commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Zanichelli, Bologna, 2011, 1 e ss.; R. GRECO, *L’istruttoria e l’accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in *Giustizia Amministrativa,* 3 gennaio 2011; S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, *in Dir. proc. amm.*, 2015, fasc. 2, 798 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Settima edizione, Torino, 2017, 5 ss.; *ID*., *L’interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, pp 6 ss.; F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; P. MANTINI, *La nuova giustizia amministrativa. Trasformazioni, organizzazione, riforme, con presentazione di Filippo Patroni Griffi*, Giuffré, Milano, 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. Anche in tema di discrezionalità tecnica la produzione dottrinale è copiosa. In proposito, *ex multis*, cfr. F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it*., III, 1902; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it*., 1910; *ID.*, *I limiti al sindacato di legittimità*, Giuffré, Milano, 1911; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, L. Pierro, Napoli, 1912; 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, Giuffrè, Milano, 1972, 997 ss.; *ID.*, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffré, Milano, 1985; V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Discrezionalità della Commissione, signora della prova, e horror vacui del giudice comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. e europeo*, 2000, 1770 ss.; F. CINTIOLI, *Nuovo processo amministrativo e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Dir. & Form.*, 2001, 909 ss.; *ID.*, *Tecnica e processo amministrativo*, in *dir. proc. amm*., 2004, 983 ss.; G. D’ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 N. 205*, in *Dir. Amm*., 2005, 659 ss.; AA. VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio Italiano – Spagonolo*, Giuffré, Milano, 2009; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, 823 ss.; F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2014, 38 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm*, Anno XVIII, 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. In tal senso, cfr. R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, Relazione in occasione del Convegno “*L’indipendenza della magistratura oggi*”, svoltosi presso l’Università degli studi di Milano in data 8.11.2019, in *www.sipotra.it*, 2019, 5. [↑](#footnote-ref-3)
4. Si parla in tal caso di accertamento tecnico, il quale al pari della discrezionalità tecnica, attiene alla fase istruttoria del procedimento, ma, a differenza di questa, si caratterizza per essere un’attività sostanzialmente vincolata, ossia priva di discrezionalità. Tale attività, in particolare, è posta in essere allorquando l’Amministrazione è tenuta all’impiego di un criterio tecnico-scientifico per esercitare il potere conferitole dalla legge, ma tale criterio o è già predeterminato dalla norma attributiva del potere o è il risultato dell’analisi condivisa dalla comunità scientifica, con la conseguente assenza di qualsivoglia margine di scelta in capo all’Amministrazione, nemmeno in ordine alla determinazione della regola tecnico-scientifica da applicare per la verifica della sussistenza dei presupposti individuati dalla fattispecie normativa. In tale ultima ipotesi, pertanto, attesa la predeterminazione *ex lege* della regola scientifica da applicare al caso e l’esito di tale applicazione, l’Amministrazione è sempre vincolata nella determinazione del nucleo del contenuto dispositivo del provvedimento. Come è agevole osservare, in detta ipotesi, non residuando discrezionalità alcuna in capo all’Amministrazione, pare più corretto parlare di accertamento tecnico, eliminando ogni riferimento, anche lessicale, alla discrezionalità. Cfr., in proposito, G. C. DI SAN LUCA, *op. cit.*, 2021; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm*., 1983, 431 ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. In tal senso, cfr. C. DEODATO, *Nuove riflessione sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell’ANAC*, in *federalismi.it*, 25 gennaio 2017, p. 13, che, concentrandosi sull’estensione del sindacato del giudice amministrativo relativamente alla discrezionalità tecnica, ricorda l’invalicabilità del limite costituito dalla “riserva di amministrazione, nel senso che, una volta accertata la correttezza del processo tecnico di definizione in concreto del concetto indeterminato stabilito in via astratta nel precetto normativo, rimane precluso al giudice il sindacato della correttezza della scelta finale”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr., in proposito, R. CHIEPPA, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in R. Chieppa – V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2007. L’A., ripercorse le principali posizioni dottrinali sul concetto di merito dell’azione amministrativa, sostiene che “la legittimità attiene alla rispondenza dell’atto alle regole giuridiche, che governano l’esercizio del potere amministrativo, mentre il merito è costituito da prescrizioni non giuridiche, che indirizzano l’autorità amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per l’interesse pubblico tutelato”. Cfr., inoltre, A. AMORTH, *Il merito dell’atto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1939. [↑](#footnote-ref-6)
7. In proposito, la dottrina di fine secolo ha messo in luce come in seguito alla positivizzazione, ad opera della Legge 7 agosto 1990, n. 241, dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa, sia sempre più ristretto lo spazio della c.d. “riserva di amministrazione”, in favore dell’estensione del sindacato giurisdizionale. Cfr., in tal senso, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2011, 1439 ss.; U. ZUBALLI, *Il controllo della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffré, Milano, 1998, 155. Cfr. anche, R. CHIEPPA, *op. cit.*, 2007, che evidenzia come “l’affinamento delle tecniche di controllo giurisdizionale sta quindi consentendo una progressiva estensione dell’area della legittimità ad opera della giurisprudenza e una restrizione delle ipotesi di aspetti di merito delle scelte amministrative insindacabili”.

   In realtà, la tendenza verso la riduzione dell’ambito della c.d. riserva di amministrazione, ben può farsi risalire, a livello normativo, all’entrata in vigore della Carta costituzionale, con la codificazione, all’art. 97, dei principi di buon andamento e imparzialità dell’amministrazione, che già postulavano l’efficienza, l’efficacia e l’economicità dell’azione amministrativa, poi positivizzate dal Legislatore del 1990. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr., in proposito, L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi.* E.C.I.G., Genova, 1985, 177 ss. L’A. richiama la vicenda sottesa alla prima decisione del Consiglio di Stato francese che individuò il vizio di *détournement de pouvoir*, relativamente al ricorso proposto dai carrozzieri (*fiacres*) di Lilla, avverso un’ordinanza del Sindaco della città, che impediva loro di sostare davanti alla stazione ferroviaria, nel centro cittadino, per presunte ragioni di igiene e salubrità, e, in realtà, per avvantaggiare la sua impresa privata di omnibus. Pur essendo il provvedimento apparentemente valido, il Consiglio di Stato francese, individuò, per tale ragione, un vizio di *détournement de pouvoir*, ossia di scorretto esercizio del potere. Per riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, cfr., anche, E. LAFERRIÈRE, *Chapitre Ier – Notions générales et historiques sur le recours pour excès de pouvoir*, in *Revue générale du droit on line*, n. 52438, 2020, *www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52438*. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr., in proposito, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, Serie II, XVIII, 1940, 153 ss.; F. BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 1964, 245 e ss.

   Cfr., anche, J.M. SAUVÈ, *L’avenir de la justice administrative dans une perspective européenne. Regards croisés sur les Conseils d’Etat d’Italie et de Framce*, in AA.VV. *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 2015, 7, che ricorda come “le Conseil d’Etat français et le Conseil d’Etat italien ont tous deux étendu par voie jurisprudentielle, selon une dynamique analogue, à la fois les fondaments d’annullation des décisions administratives et l’intensité du contrôle qu’ils opèrent sur l’exercice par l’administration de son pouvoir discrétionnaire. Ainsi le judge administratif français s’est reconnu la possibilité, dès les prèmieres années du XXème siècle, d’effectuer un contrôle, non seulement du détournement de pouvoir, mais aussi de la matérialité des faits. Le contrôle par le judge de cette dernière, initialment restrient à la censure des seules erreurs les plus grossières, les «erreurs manifestes d’appréciation», s’est en outre progressivament approfondi ed étendu”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Tale, in dottrina, era la posizione propugnata dal Presutti, secondo cui “la discrezionalità si concreta nella insindacabilità da parte degli organi esercitanti il sindacato di mera legittimità. Un atto amministrativo, cioè, in tanto è discrezionale, in quanto il diritto obiettivo non consenta che un organo giurisdizionale, esercitante un sindacato di mera legittimità, si esplichi su di esso” (E. PRESUTTI, *op. cit.*, 1910, 16). In giurisprudenza, si segnala Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 1980, n. 142, secondo cui, quella che oggi è individuata come discrezionalità tecnica, vale a dire “*la scelta di una delle possibili soluzioni ad un problema tecnico*” costituisce “*il merito insindacabile dell'atto discrezionale*”. Nel medesimo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 1980, n. 270, per cui “*le previsioni di incremento di popolazione comunale in sede di adozione di un p.r.g., sono il risultato di tipiche valutazioni tecnico-discrezionali non sindacabili in sede di legittimità*”. Tale ultima decisione, tuttavia, manifestando una visione anticipatoria, afferma la sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali“*per manifesti errori logici*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Rileva R. CHIEPPA, *op. cit.*, 2007, riferendosi al pensiero del Giannini, che “l’esistenza di una autonoma categoria denominata “discrezionalità tecnica” è stata contestata da autorevole dottrina, che ha ritenuto l’espressione scorretta”, in quanto “concluso l’accertamento tecnico la scelta non può che essere vincolata”. Nello stesso senso, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, 239-240, secondo cui “impropriamente […] si parla di una ‘discrezionalità tecnica’ con riferimento ai casi in cui l’agente, per potere esplicare un’attività a lui imposta, deve procedere preventivamente all’accertamento di situazioni di fatto tali da richiedere valutazioni le quali sono da attingere a discipline tecniche. Infatti, in tali casi fa difetto l’elemento caratterizzante della discrezionalità e cioè la determinazione di ciò che è più opportuno fare per soddisfare un pubblico interesse”. Cfr., anche, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 2019, 5, secondo cui “è improprio parlare di discrezionalità tecnica, anche se la categoria è ancora utilizzata: piuttosto si deve distinguere tra accertamento tecnico (che porta a un risultato scientificamente certo) e valutazione tecnica, che ricorre nei casi in cui la tecnica lascia un margine finale di opinabilità e dunque di scelta tra più soluzioni tecniche tutte altrettanto plausibili; sicché sulla valutazione tecnica si innesta la scelta più propriamente discrezionale dell’azione amministrativa; in tal caso, se la soluzione tecnica è corretta e attendibile ancorché opinabile, si scende nel campo della condivisibilità o meno, che esula dal sindacato del giudice”. In realtà, la discrezionalità tecnica non opera alcun bilanciamento di interessi, ma sceglie la soluzione tecnica più attendibile dal punto di vista scientifico, ovvero una delle soluzioni parimenti attendibili, se esistenti. In tale scelta consta la discrezionalità tecnica, poiché se vi è una soluzione più attendibile di tutte le altre, allora la scelta è vincolata. [↑](#footnote-ref-11)
12. In giurisprudenza, tuttavia, si riscontrano ancora decisioni orientate nel senso per cui le valutazioni frutto dell’esercizio di discrezionalità tecnica “*sono sindacabili in sede giurisdizionale solo se viziate da manifesta irragionevolezza o illogicità*” (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-*quater*, 1° giugno 2020, n. 5771). [↑](#footnote-ref-12)
13. Il dibattito origina da un atteggiamento di *self-restraint* assunto dalla giurisprudenza amministrativa in particolari settori del diritto pubblico. Tale orientamento, invalso soprattutto in materia di procedure concorsuali e selettive, depone nel senso per cui il sindacato del Giudice amministrativo, in presenza di valutazioni delle Commissioni giudicatrici, frutto di esercizio della discrezionalità tecnica, dovrebbe arrestarsi all’estrinseco, rilevando soltanto la manifesta irrazionalità o illogicità. In tal senso, si segnalano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978, secondo cui “*nelle gare pubbliche il controllo del giudice della legittimità sugli apprezzamenti tecnici dell’Amministrazione deve essere svolto “extrinsecus” nei limiti della rilevabilità “ictu oculi” dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell’Amministrazione*”; più di recente, a dimostrazione che il retaggio istituzionale è ancora resistente, Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173, che ha “*ribadito che la valutazione delle offerte nonché l’attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell’ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall’art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655). Ne deriva che, come da ripetuta affermazione giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della commissione di gara non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l’evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto*”. Nello stesso senso, cfr. anche Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7216, che, ancora, riconosce “*l’estrema limitatezza del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni della commissione giudicatrice sulle prove di concorso, atteso che il giudice può annullare la valutazione per eccesso di potere nelle ipotesi-limite di vizi riscontrabili dall’esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti (errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità o irragionevolezza) (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 871)*”. In realtà, anche le richiamate decisioni pongono il limite al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali tecniche nell’impossibilità per il giudice di operare un sindacato di tipo sostitutivo, vale a dire l’impossibilità di sostituire il giudizio dell’Amministrazione con un proprio giudizio ritenuto migliore. L’orientamento *de quo*, predicando l’astensione del Giudice amministrativo se non in presenza di vizi rilevabili *ictu oculi*, lascia un vuoto di tutela per quelle situazioni ove l’irragionevolezza e l’illogicità dell’azione amministrativa non emerge *prima facie*, ossia non è manifesta, ma necessita di un esame *funditus*. [↑](#footnote-ref-13)
14. Celebre è la definizione di discrezionalità tecnica elaborata da A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 593-594, secondo cui tale modulo procedimentale “non implica valutazione e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta (in ordine all’agire) alla stregua di esse. Nei casi in questione la scelta (del comportamento da tenere) alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore; e all’Amministrazione è rimessa semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell’operare) alla stregua di conoscenze (e perciò di regole) tecniche”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cfr., in proposito, Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 1997, secondo cui *“è, invero, frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell’interesse pubblico, insieme con l’interesse del ricorrente e degli altri interessi in gioco. 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 la difficoltà di superare i due momenti è in larga misura accentuata dallo sviluppo della tecnica e dai mutamenti organizzativi e funzionali dell’azione amministrativa*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Si è messo in luce come l’esercizio della discrezionalità tecnica attenga alla fase istruttoria del procedimento e, segnatamente, al momento della valutazione dei presupposti, posti dalla norma attributiva del potere, per il susseguente esercizio di quest’ultimo. Cfr., in tal senso R. CHIEPPA, *op. cit.*, 2007, secondo cui “l’esercizio della discrezionalità tecnica afferisce al momento della istruttoria procedimentale, in cui la P.a. mediante le conoscenze tecniche in proprio possesso – ovvero mediante l’acquisizione di pareri ad opera di specifici organi consultivi tecnici – comprende ed accerta i presupposti oggetto del procedimento amministrativo al fine di procedere alla successiva fase decisoria”. In dottrina, si è anche tuttavia ritenuto che nel caso in cui in esito alla scelta del criterio tecnico ed alla sua applicazione, non rimangano ulteriori margini di discrezionalità (amministrativa) all’Amministrazione, potrebbe verificarsi il fenomeno dello “scivolamento” della discrezionalità tecnica in discrezionalità amministrativa. La tesi è di Clemente di San Luca, secondo cui “laddove la norma lasci margini di scelta soltanto in relazione ai criteri tecnico-scientifici da utilizzare per la verifica della sussistenza dei presupposti, la P.A. sia portata – tutto sommato comprensibilmente – a prefigurarsi gli scenari conseguenti all’adozione del (ed a valutare gli effetti prodotti dal) provvedimento che la legge ha definito in modo vincolato, e dunque di fatto a prendere in considerazione anche gli interessi coinvolti in concreto (ciò che, versandosi nella fase istruttoria del procedimento, dovrebbe esserle precluso). Detto più chiaramente: una volta chiamata a scegliere se accogliere l’una o l’altra interpretazione del fatto/presupposto tecnico dell’azione amministrativa, nel caso in cui la rilevazione della sua sussistenza sia incerta, è più che naturale (verrebbe quasi di dire: umano) immaginare che la P.A. valuti le conseguenze che il riconoscere tale sussistenza potrà produrre sugli interessi compresenti quando, cioè, per effetto di detto riconoscimento, avrà emanato il provvedimento. Il che equivale a dire che, in ultima istanza, sarà l’apprezzamento del pubblico interesse a condurre alla scelta di assumere l’una o l’altra valutazione tecnica per l’acclaramento del presupposto” (G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*). Il pensiero è ripreso da C. MARZUOLI, *op cit*., p. 207. La tesi, tuttavia, pur abilmente argomentata, si presta all’obiezione per cui nessuna norma può lasciare all’Amministrazione “libertà” di scelta del criterio tecnico, poiché l’Amministrazione deve sempre scegliere quello più attendibile e l’apprezzamento di esso è solo sulla maggiore o minore attendibilità dello stesso. [↑](#footnote-ref-16)
17. Lo sviamento, la perplessità, l’indeterminatezza dell’oggetto, l’ingiustizia manifesta e la disparità di trattamento.

    Una precisazione si impone per il difetto motivazionale. Mentre con riguardo alla discrezionalità amministrativa la motivazione consiste nell’espressione delle ragioni che hanno determinato l’esito del bilanciamento dei contrastanti interessi operato dall’Amministrazione, nell’ambito della discrezionalità tecnica, l’obbligo motivazionale assume un carattere di riscontro relativo, per due ragioni. In primo luogo, la scelta di un criterio, rispetto ad un altro, è *ipso facto* giustificata dalla sua maggiore attendibilità, il cui difetto dà luogo ad un’ipotesi di irrazionalità o illogicità. Dipoi, accertata l’attendibilità del criterio tecnico prescelto, l’attività amministrativa diviene vincolata e, in particolare, vincolata all’esito che risulta dall’applicazione del criterio, che, a sua volta, determina la decisione dell’Amministrazione nel senso predeterminato dal Legislatore. Ne consegue che, come per la generale attività vincolata della Pubblica Amministrazione che non involge profili di discrezionalità tecnica, l’obbligo motivazionale è compiutamente assolto con l’indicazione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno condotto alla determinazione, senza necessità di motivare circa la scelta dell’interesse prevalente, che non viene svolta dall’Amministrazione, ma, *ex ante*, dal Legislatore.

    In realtà, la configurabilità di tali elementi sintomatici ritorna in gioco allorquando l’Amministrazione non si limiti ad un esercizio di attività discrezionale tecnica in purezza, ma ricada in un’ipotesi di “scivolamento”, nei termini sopra illustrati alla nota che precede, in quanto in tali casi, la scelta del criterio tecnico scientifico è orientata dalla determinazione dell’interesse pubblico perseguendo, con la conseguenza che è la discrezionalità amministrativa, il cui esercizio dovrebbe, invero, logicamente e cronologicamente, guidare l’esercizio di quella tecnica. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr., in tal senso, C. DEODATO, *op. cit.*, 2017, 14: “Il sindacato della discrezionalità tecnica appare del tutto assimilabile al controllo della legittimità dell’esercizio di una funzione caratterizzata da discrezionalità amministrativa, sicché anche la consistenza di questa tipologia di esame può intendersi esaurita da una verifica seria e scrupolosa dei profili attinenti all’istruttoria, se de caso con l’ausilio di un esperto, e alla motivazione”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr., in proposito, M. A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio*, in *Il Foro Amministrativo*, Vol VII, 2008, 3533 ss.; F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 394 ss. [↑](#footnote-ref-19)
20. Difatti anche il Giudice di legittimità, in più occasioni, ha avuto modo di ribadire che se “*le valutazioni tecniche, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, senza che ciò comporti un’invasione della sfera del merito amministrativo*”, tuttavia “*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 di 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*” (Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.). L’orientamento ha ricevuto ulteriore conferma dalla successiva pronuncia Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, secondo cui “*l’eccesso di potere giurisdizionale*, *denunziabile ai sensi dell’art. 111 Cost., comma 3* [*rectius*, comma 8]*, 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. Il che vuol dire che il giudice, procedendo ad un sindacato di merito, emette una pronuncia autoesecutiva, intendendosi come tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l’esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa (v. per tutte Cass. S.U. 28 aprile 2011 n. 9443)* […]. *D’altro canto, val la pena di ricordare che, anche sulla spinta evolutiva dell’ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principii fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale (full jurisdiction. Art. 6 CEDU e art. 47 dei diritti fondamentali dell’Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l’area del merio amministrativo, insindacabile*”.

    L’orientamento condiviso dalle citate pronunce si pone quale *reviremént* rispetto al precedente indirizzo delle Sezioni Unite, che era nel senso di limitare il sindacato del Giudice amministrativo, relativamente alle valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, ai soli aspetti della manifesta irrazionalità o illogicità. In proposito, cfr. G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull’Amministrazione e l’Economia*, Vol. II, 2018, 297 ss. e riferimenti giurisprudenziali ivi citati. [↑](#footnote-ref-20)
21. In tal senso, si segnala Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, la quale, sulla via del sindacato pieno, ha precisato che “*anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale, infatti, sono rette da regole e principi che, per quanto “elastiche” o “opinabili”, sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un’intima coerenza, alla quale anche la p.a., al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell’ordinamento in ragione dell’interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell’errore e, per il vizio che ne consegue, nell’eccesso di potere. Il giudice amministrativo, quindi, deve poter sempre verificare, anche mediante l’ausilio della c.t.u., se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell’ambito della propria discrezionalità, di adottare per l’accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga iuxta propria principia*”*.* [↑](#footnote-ref-21)
22. Cfr. G. SABBATO, *op. cit.*, 310: “Il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica – in disparte le antinomie dovute a crisi classificatorie – deve potersi attestare su una linea di controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica amministrazione, sia in grado di assicurare la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicisimo”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Inattendibilità, che, tuttavia, parimenti non consente una vera e propria sostituzione giudiziale, ma impone al giudice di demandare all’Amministrazione il compimento di una nuova scelta, essendo solo questa l’organo titolato all’esercizio del potere. [↑](#footnote-ref-23)
24. In realtà già dalla pronuncia *Predil Anstalt S.A. vs. Italia*, n. 31993/96, 8 giugno 1999. [↑](#footnote-ref-24)
25. Sebbene la Corte EDU abbia ritenuto rispettati i principi di cui all’art. 6 della Convenzione, degna di nota è la *dissenting opinion* manifestata dal giudice Pinto De Albuquerque, a tenore della quale “*la giurisdizione «piena» è giustamente caratterizzata dalla sua natura esaustiva, poiché essa può e deve comprendere tutti gli aspetti sia di fatto che di diritto della responsabilità per il presunto illecito. La giurisdizione non è «piena» se non è esaustiva. 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, è la seconda parte della frase nell’esempio ad essere falsa. Seguendo l’interpretazione «debole», i fatti sono realmente accertati dalle autorità amministrative e, in pratica,* *non possono essere contestati dalle persone condannate davanti ad un «tribunale».* [“*En suivant l’interprétation «faible», les faits sont réellement établis par les autorités administratives et dans la pratique ils ne peuvent être contestés par les condamnés devant un «tribunal»*”] *Così, le autorità amministrative decidono in prima e ultima istanza sui fatti, soprattutto per quanto riguarda la valutazione del contesto economico del comportamento sanzionato e la definizione di concetti giuridici indeterminati. 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. Pertanto, il contenzioso sulle sanzioni amministrative non concerne l’eccesso di potere perché un ricorso avverso un eccesso di potere non soddisfa i requisiti di cui all’articolo 6 della Convenzione. Come sostengono Delmas-Marty e Teitgen-Colly, il ricorso per eccesso di potere è caratterizzato da una «mancanza di controllo in termini di punizione» (si veda Delmas-Marty e Teitgen-Colly, Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal, Paris, Economica, 1992, p. 124). Bisogna riconoscere un ampio ricorso alla giurisdizione estesa al merito e alla sostanza di tutti gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa l’attribuzione di responsabilità per un illecito amministrativo, seguendo l’esempio della giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca stabilita dalla sentenza del 14 ottobre 1958 sulla compatibilità della Bussgeldverfahren con la Grundgesetz, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che la costituzionalità di questa procedura è stata garantita dal fatto che «i tribunali sono abbastanza liberi nella determinazione e valutazione giuridica dei fatti e possono anche determinare a loro discrezione il quantum della sanzione ad esclusione della reformatio in pejus» (vedere la dottrina tedesca uniforme, Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Auflage, München, Beck, pp. 351 e 668, Rebmann, Roth e Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Band 1, Stuttgart, Kohlhammer, annotazione 2 al § 65, e Wolfgang Ferner, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Kommentar, Band 1, Köln, Luchterhand, annotazione 1 al § 67, e nella dottrina francese, Romain Tinière, La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l’homme et l’office du juge administratif, in Revue française de droit administratif, luglio-agosto 2009, pp. 735-737, e Catherine Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme et ses implications en matière de sanctions administratives, in Revue française de droit administratif, 15, sett.-ott.1999, pp. 1009-1015). L’ampiezza del concetto di giurisdizione estesa al merito per le sanzioni amministrative è confermata anche dall’articolo 31 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato che prevede la giurisdizione estesa al merito (nel testo inglese, unlimited jurisdiction) della Corte di giustizia sulle condanne della Commissione per violazione delle norme a tutela della libera concorrenza. Tale giurisdizione estesa al merito include il potere della Corte di giustizia di sostituire la propria valutazione di fatto e di diritto a quella della Commissione, e di farlo anche in assenza di un errore significativo della Commissione (vedere, circa gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, Florian Schmidt, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, Baden-Baden, Nomos, 2004, p.144-163, Taehi Hwang, Das Sanktionensystem des europäischen Kartellrechts nach der VO 1/2003, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2007, pp. 105-106, e Melchior Wathelet et Jonathan Wildmeersch, Contentieux européen, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 230-233). La discussione sulla compatibilità dell’interpretazione «debole» dei poteri di controllo giurisdizionale con il regime convenzionale non si limita all’articolo 6 della Convenzione e deve essere condotta a un livello più profondo. Questa interpretazione pone anche seri problemi riguardo al principio della separazione dei poteri e al principio di legalità delle sanzioni (articolo 7 della Convenzione) (a questo proposito, si vedano le considerazioni di Catherine Mamontoff, op. cit., pp. 1010 e 1021). In termini di principi, l’applicazione delle sanzioni pubbliche travalica le tradizionali funzioni dell’amministrazione e compete solo a un giudice. Se la verifica delle condizioni di fatto per l’applicazione di una sanzione pubblica fosse riservata a un organo amministrativo, senza un successivo controllo rigoroso da parte dei giudici, tali principi sarebbero completamente disattesi. L’accettazione di un diritto «pseudo-penale» o di un diritto penale «a due velocità», in cui l’amministrazione esercita un potere di punizione, infliggendo a volte delle sanzioni pecuniarie estremamente severe, senza applicare le tradizionali garanzie del diritto e della procedura penale, avrebbe due conseguenze inevitabili: l’usurpazione da parte delle autorità amministrative della prerogativa del potere giudiziario di punire e l’affidamento della tutela delle libertà individuali ad una amministrazione onnipotente. Se ragioni di efficienza e complessità tecnica della moderna funzione amministrativa possono giustificare l’attribuzione di un potere sanzionatorio alle autorità amministrative, tuttavia esse non possono giustificare che la pubblica amministrazione abbia l’ultima parola sull’esercizio del potere punitivo. L’auspicabile processo di depenalizzazione non può diventare un assegno in bianco rilasciato all’amministrazione. Bisogna che, al termine della procedura sanzionatoria amministrativa, ci sia un giudice al quale gli amministrati possano rivolgersi per chiedere giustizia, senza alcun limite. Il principio sotteso all’interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei giudici amministrativi resta il potere discrezionale dell’amministrazione, anche nel campo delle sanzioni amministrative (si veda l’estratto citato della sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002). Questa posizione di principio è insostenibile. Se vi è un settore in cui l’assoluta discrezionalità del potere amministrativo non può essere ammessa in uno stato di diritto, è quello delle sanzioni amministrative. Lo stato di diritto, che si basa sul primato delle libertà individuali, è per sua natura incompatibile con la libera discrezionalità in materia di sanzioni amministrative. L’interpretazione «debole» dei poteri dei giudici amministrativi in questo settore può essere intesa solo come un residuo dello Stato di polizia intrinsecamente in contrasto con le libertà individuali*”. L’opinione si conclude con “*una nota di ottimismo*”, data dal fatto che“*l’interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei tribunali amministrativi sulle sanzioni imposte dalle autorità amministrative è stata infine abolita dal nuovo codice di procedura amministrativa, che prevede esplicitamente nell’articolo 134, lettera c) la «giurisdizione estesa al merito» dei tribunali amministrativi per le sanzioni pecuniarie amministrative, ivi comprese quelle imposte dalle autorità amministrative indipendenti. Dal momento dell’entrata in vigore del nuovo codice, i giudici amministrativi italiani potranno controllare in totum le decisioni di applicazione delle sanzioni amministrative. Il legislatore italiano ha riconosciuto l’errore e si è avviato sulla strada giusta*”. [↑](#footnote-ref-25)
26. La decisione della Corte di Strasburgo riguardava un provvedimento sanzionatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tali provvedimenti costituiscono terreno di sindacato del giudice amministrativo esteso al merito, ai sensi dell’art. 134, comma 1, lett. c), cpa, nell’esercizio del quale, ai sensi dell’art. 7 cpa, “*il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*”. È interessante notare che l’opinione dissenziente del Giudice Pinto De Albuquerque postula un controllo giurisdizionale sostitutivo sugli atti sanzionatori dell’AGCM, muovendo dal presupposto per cui l’assetto della separazione dei poteri riserverebbe il potere sanzionatorio all’organo giurisdizionale e non a quello amministrativo, se non in via del tutto eccezionale, temperata dalla possibilità di un ricorso effettivo al giudice. Muovendo da tale premessa, l’opinione *de qua* riesce a coniugare sindacato di merito del Giudice amministrativo, nel senso di sindacato sostitutivo e rispetto del principio di separazione dei poteri. In proposito, cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013. L’A., riprendendo G. SEVERINI*, Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, VI, Milano, 2002, 1005 ss., sostiene che “il fondamento della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni deve […] essere ricercato nella circostanza che il giudice ordinario è storicamente e tradizionalmente il giudice delle “punizioni” dei comportamenti umani, il principale titolare della funzione punitiva, funzione che solo provvisoriamente e per ragioni deflattive della giurisdizione viene svolta dalla p.a. […]. Secondo questa prospettiva, l’ordinanza – ingiunzione è solo *provocatio ad opponendum* e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall’intervento del giudice: […] ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*), non per i beni incisi, quanto per il fatto stesso della valutazione e retribuzione dei comportamenti antigiuridici: la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell’attività ad essa alternativa giustifica l’eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo”. Una soluzione intermedia è stata, peraltro, proposta dallo stesso R. GIOVAGNOLI, in *op. cit.*, 2013, nel senso che “la giurisdizione estesa al merito riguarda […] solo l’importo della sanzione, ma non anche la valutazione di esistenza dei suoi presupposti” (R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 2013). In punto di sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrativa indipendenti, cfr., *ex plurimis*, anche G. SABBATO, *op. cit.*, 2018; A. TORTORA, *La discrezionalità tecnica e il sindacato giurisdizionale delle Autorità indipendenti*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2019; R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. Cirillo – R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative*, CEDAM, Padova, 2010; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, CEDAM, Milano, 2019; C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice delle Comunicazioni Elettroniche Commentato e Annotato articolo per articolo*, Piacenza, La Tribuna, 2018; F. CARINGELLA, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell’Autorità Antitrust*, in AA. VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio Italiano – Spagonolo*, Giuffré, Milano, 2009, 127 ss. [↑](#footnote-ref-26)
27. In tal senso, si richiama nuovamente Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, che ricorda come “*la giurisprudenza di questo Consiglio, nel tentativo di superare l’angusta e, per certi versi, riduttiva contrapposizione sindacato forte-debole, si è attestata su una linea ermeneutica secondo la quale ciò che rileva non è tanto la qualificazione del controllo come “forte” o “debole”, ma “l’esercizio di un sindacato 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, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all’Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato” (Cons. St., sez. VI, 20.2.2008, n. 595). Questa giurisprudenza ha messo in rilievo come il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, ben al di là di viete e stereotipe formule definitorie, sia effetto e, insieme, garanzia, a livello nazionale ed europeo, della legalità dell’azione amministrativa, sulla quale il giudice amministrativo, come ha chiarito anche la Corte Costituzionale nella sent. 204/2004 e nella sent. 191/2006, è chiamato ad esercitare il suo controllo quale “giudice naturale”*”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ed ancora la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, si è assestata nel senso per cui allorché un’Autorità, anche europea, “*è chiamata nell’esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi a quella di detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l’esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l’operato di quest’ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale*” (CGUE 21 gennaio 1999, C-120/1997, *Upjohn Ltd vs. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 e a*.). L’insegnamento è stato più volte ripreso dalla successiva giurisprudenza, tanto da assurgere al rango di principio del diritto processuale europeo, che limita il controllo dei giudici comunitari relativamente alle “*valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione* […] *alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché dell’esattezza materiale dei fatti, dell’insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (sentenza Aalborg Portland e a./Commissione)*” (CGUE, *GlaxoSmithKline Services Unlimited vs. Commissione*, C – 501, 513, 515 e 519/09). [↑](#footnote-ref-28)
29. Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull’attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, 5 febbraio 2020, 16: “Anche la cognizione, nel nuovo processo, assume una fisionomia ben diversa: non solo concerne la piena conoscenza del fatto (con l’ausilio degli strumenti probatori occorrenti), ma estende il controllo di legittimità alla discrezionalità tecnica. In virtù di ciò, in settori tradizionali (per esempio, quello dei beni culturali o dei concorsi universitari, mentre resiste quello degli esami di abilitazione) o di più recente rilevanza (soprattutto quello delle sanzioni e della regolazione economica, sia pure con accenti che devono restare differenti), l’area del merito amministrativo resta confinata alla scelta vera e propria, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di “maggiore attendibilità” e non semplicemente quella riconducibile al novero delle opzioni possibili”. [↑](#footnote-ref-29)
30. Così F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2020, 1109 ss. L’A., con la solita chiarezza e perspicacia, nota che “l’aspetto più inquietante dell’orientamento giudiziale è la convinzione che la sostituzione in giudizio della scelta fatta dall’Amministrazione, come quella risultata la “più attendibile” a seguito della fase istruttoria sia possibile solo in esercizio della giurisdizione di merito”, ossia “mai, essendo le ipotesi di giurisdizione estesa al merito assolutamente marginali”, se non “inesistenti”, poiché, a parte il giudizio di ottemperanza, in cui il giudice si sostituisce all’Amministrazione inadempiente al giudicato, nelle altre ipotesi previste dall’art. 134 CPA, “esula qualsiasi segmento, anche marginale, di discrezionalità amministrativa”. [↑](#footnote-ref-30)