



XI^o ENCUESTRO ÍTALOARGENTINO
DE PROFESORES DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
9 Y 10 DE NOVIEMBRE DE 2023
En homenaje a la Prof. Inés A. D'ARGENIO



**A.I.A.P.D.A. – ASSOCIAZIONE ITALO-ARGENTINA DEI PROFESSORI DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

La Plata – Ciudad de Buenos Aires, 9/10 novembre 2023

XI INCONTRO INTERNAZIONALE

Il controllo giurisdizionale dell'Amministrazione

Tendenze e sviluppi nella prospettiva locale e comparata

Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica

Prof. Mario R. Spasiano

Ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania L.
Vanvitelli

Sommario: 1. L'irruzione della tecnica nell'amministrazione e il complesso rapporto con il diritto amministrativo: le difficoltà di un dialogo e la ritrosia del giudice amministrativo. - 2. La svolta della dottrina: il contributo di Franco Ledda. – 3. La conseguente svolta della giurisprudenza amministrativa. - 4. *L'ascesa della rilevanza del fatto e la tesi del maggiormente attendibile. Serve coraggio.*

1. *L'irruzione della tecnica nell'amministrazione e il complesso rapporto con il diritto amministrativo: le difficoltà di un dialogo e la ritrosia del giudice amministrativo.*

A partire dalla entrata in vigore della Costituzione del 1948, ma in misura decisamente crescente dagli anni '80 del secolo scorso, un fenomeno inedito ha

cominciato ad assumere un ruolo centrale nell'ambito dell'esercizio dell'attività della pubblica amministrazione: il fenomeno è quello della ascesa della scienza e della tecnica che ha letteralmente invaso le disposizioni normative di qualsiasi rango con nuove tipologie di contenuti.

Gli atti dei pubblici sono divenuti espressione di saperi metagiuridici, frutto di conoscenze tecnico-scientifiche ad elevata capacità di condizionamento delle decisioni amministrative, in grado persino di determinare il recesso di queste da strumenti di valutazione e determinazione a strumenti di mera trasposizione giuridica di risultanze etero-amministrative, tuttavia vincolanti l'intera successiva filiera dell'attività, con compressione o talvolta soppressione di qualsiasi spazio di discrezionalità¹.

Il dato tecnico ha assunto importanza crescente fino a tradursi direttamente in disposto normativo², relegando la determinazione del pubblico potere a mezzo di produzione di tecno-prescrizioni. Ma vi è di più: talvolta, infatti, si assiste all'uso di tecniche di produzione normativa che vedono la norma disporre rinvii dinamici a risultanze tecnico-scientifiche già acquisite o persino ancora da acquisire, così legittimandosi successive modifiche normative etero-indotte da nuove acquisizioni di natura tecnica, determinandosi mutazioni dell'ordinamento in assenza di qualsiasi filtro dei soggetti istituzionalmente preposti all'esercizio dell'attività di produzione normativa, anche laddove essi necessitino di legittimazione democratica³, con dubbi di costituzionalità invero tuttora mai affrontati sul piano scientifico.

Nel descritto contesto, il funzionario amministrativo italiano, tendenzialmente munito di competenza giuridica, percepisce la propria inadeguatezza professionale e vede crescere il senso di disagio nel prendere atto di mutamenti che lo sovrastano, ne prescindono, lasciandolo così paralizzato fra la "paura della firma", con assunzione di responsabilità per cause a lui persino talora inaccessibili⁴, e il timore di una altrettanto colpevole inerzia.

Sotto altro profilo, la decisione amministrativa a contenuto tecnico, per sua natura, rifugge da valutazioni valoriali⁵ e neanche costituisce il percepibile precipitato di

¹ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, 487 rilevava che la discrezionalità tecnica non ha nulla a che fare con la discrezionalità amministrativa, così chiamata solo per un errore storico della dottrina: essa si riferisce ad un momento conoscitivo ed implica solo giudizio, senza volontà.

² D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995.

³ C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2008, 113 ss., 139 ss.

⁴ G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, Napoli 2021, II, 1101 ss.

⁵ Invero valutazioni valoriali e scelte persino molto incidenti sull'esercizio del libero arbitrio dei cittadini possono connotare l'applicazione di pur stringenti e condizionanti opzioni tecnico-scientifiche, ma esse il più delle volte non emergono, sfuggono alla comune presa di coscienza, con evidenti rischi di compressione delle libertà.

ponderazioni fra interessi pubblici e privati. L'unica ponderazione che è dato individuare in quei contesti si colloca semmai a monte della determinazione, in sede politica o persino tecnica (si pensi ai responsi dei comitati tecnici di vario genere, tanto in auge in tempi di pandemia⁶) ove le valutazioni si fondano non di rado su argomentazioni che, lungi dall'esprimere adeguati livelli di certezza, presentano talvolta carattere poco più che probabilistico o statistico⁷, e si risolvono nell'adozione di misure fondate sull'applicazione di meccanismi matematici (logaritmi) dalle logiche persino oscure⁸, comunque espressione di opzioni ispirate "*più alla ragione che ad un potere*" (Cammeo)⁹.

Le rilevate condizioni hanno generato difficoltà di intervento da parte della giurisprudenza delle varie Corti¹⁰.

Per quanto ci riguarda, almeno fino alla fine degli anni '70 dello scorso secolo, la ritrosia del giudice amministrativo a sindacare la discrezionalità tecnica¹¹ risultava pressoché assoluta in quanto quel tipo di discrezionalità era equiparata al merito

⁶ Cosa sia un organo a competenza scientifica o tecnica non è dato distinguere con esattezza. Di certo il reperimento, nel suo novero, della presenza di conoscenze qualificate esprime una concezione condivisibile in senso astratto, ma cosa distingue l'espressione di semplici conoscenze di natura tecnica o scientifica da quella di pareri tecnico-scientifici fondati che in quanto tali possano costituire il fondamento di vere e proprie determinazioni è cosa ancora di incerta collocazione. Il problema non è di poco conto: proprio la realtà pandemica ha reso evidente come accanto alla istituzione di organismi tecnico-scientifici di indiscutibile competenza, si siano affiancati, a volte su iniziativa di regioni o di enti locali, organismi al pari qualificati, pronti ad esprimere pareri (invero) di incerta validità sui quali alcuni di quegli stessi enti hanno talvolta dato vita all'assunzione di decisioni in opposizione a quelle degli organi statali. Sul punto sarebbe importante un intervento legislativo chiarificatore.

⁷ C'è di certo da intendersi sul termine "valutazione scientifica". Non si può oggettivamente pretendere che essa coincida con il grado di certezza assoluta, con la verità (assoluta). E' fin troppo evidente che qualsiasi scienza è passibile di evoluzione e che il conseguimento di nuove conoscenze è in grado di dimostrare l'erroneità di precedenti assiomi. Scientifico è dunque aggettivazione da potersi attribuire ad una valutazione che risulti onestamente e legittimamente rispondente alle logiche derivanti dalle ultime conoscenze cui sia pervenuta, appunto, la scienza. Possono tutte le c.d. scienze essere definite tali? La consapevolezza della limitatezza delle conoscenze personali sul tema mi induce a lasciare la risposta agli studiosi di epistemologia.

⁸ E. Papaccio, nel suo interessante, recente lavoro *Valutazioni tecniche, legalità di risultato e semplificazione* (in corso di stampa sulla *Riv. Nuove Autonomie*, 2022) rileva che "*l'espansione dell'ambito della conoscenza scientifica non ha comportato l'aumento delle certezze, anzi il campo tecnico è attualmente dominato dall'aspetto della complessità, sia dal lato della produzione normativa, sia dal lato degli assetti amministrativi. Le norme sono sempre più formulate mediante principi o clausole indeterminate, e spesso rimandano a produzioni normative secondarie affidate a comunità esperte (giudiziarie, artistiche, mediche, tecniche, o economiche) che concorrono al loro completamento con atti ulteriori in cerca di un assetto finale basato su opinioni giustificate e ritenute affidabili*". Il richiamo alla tecnica sembra rendere la norma più affidabile, più trasparente, più verificabile: ma così non è. In ogni caso l'incertezza della tecnica o delle conclusioni scientifiche non può andare a detrimento della certezza della decisione amministrativa che continua a vedersi riservato il potere-dovere della ponderazione degli interessi e della scelta finale, con relativa assunzione della responsabilità.

⁹ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1914, *passim*, in particolare 195 ss.

¹⁰ Per uno sguardo al rapporto tra giurisprudenza costituzionale e tecnica, si rinvia a E. Malfatti e G. Ragone, *Eine empirische wende? La Corte Costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino 2020.

¹¹ Sul tema della discrezionalità tecnica, si segnala la posizione di M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova 1991, *passim*, per molti versi antesignana di talune posizioni assunte solo anni dopo in dottrina.

amministrativo, dunque di competenza esclusiva dell'amministrazione, sottratta al controllo di legittimità del giudice.

Peraltro, il giudice amministrativo italiano, chiuso nel processo sull'atto (e non sul rapporto), disponeva di un apparato istruttorio limitato, del tutto inadeguato a penetrare nel fatto e, quindi, a sindacare l'uso della tecnica.

Molto tempo è dovuto trascorrere in quella condizione mentre la tecnica, del tutto indifferente ai dibattiti giuridici, continuava a invadere ambiti di amministrazione via via più ampi e articolati¹².

Soltanto la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 24 novembre 1989, n. 16 determinò una prima significativa svolta nel (lento) processo di abbattimento del muro della insindacabilità della discrezionalità tecnica. Quella inedita operazione venne condotta nell'unico modo allora possibile, ossia rapportando la discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, ritenute diverse ma *“solo con riferimento all' oggetto, in quanto la prima attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta tecnica (ritenendo tale secondo l'uso corrente qualsiasi giudizio espresso sulla base di una conoscenza specialistica ad eccezione delle scienze giuridiche e dell'amministrazione) mentre la seconda attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta di pura opportunità (e cioè formulata esclusivamente in base a canoni della scienza dell'amministrazione)”*.

Da qui emerse, secondo l'analisi del giudice amministrativo, che nessuna differenza tra i due tipi di discrezionalità potesse individuarsi quanto ai poteri di quel giudice: *“questi non può sindacare né il merito della scelta tecnica, né il merito di quella di pura opportunità; ma può ben sindacare entrambe sotto il profilo della intrinseca logicità e della loro formale corrispondenza rispetto al fine concreto che l'amministrazione intende perseguire”*¹³.

Alla innovativa pronuncia dell'Adunanza Plenaria cominciò ad allinearsi la giurisprudenza del giudice amministrativo che cominciò ad affermare la sindacabilità della discrezionalità tecnica almeno dall'esterno, *ab extrinseco*. Le specifiche di ordine tecnico cominciarono a divenire passibili di sindacato in termini di controllo sui limiti esterni delle stesse, senza possibilità alcuna di esprimere giudizi né di valore né di attendibilità in ordine alla specifica opzione prescelta, giudizi entrambi non pertinenti al mondo della legittimità.

¹² L'esigenza di un dialogo tra i saperi quale presupposto per affrontare le sfide della modernità è affrontata in M.R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Riv. Dir. e Soc.* 2021, 4, 657 ss.; dello stesso A., *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*, in *Riv. Dir. e Soc.*, 2022, 3, 447 ss.

¹³ Ad. Plen. Cons. Stato, 24 novembre 1989, n. 16, in *Foro amm.* 1989, 1, 2994.

In quel contesto, la persistente pervasività di saperi tecnico-scientifici nell'ambito dell'attività amministrativa cominciava tuttavia a far prendere coscienza di come proprio la componente tecnica della valutazione finisse col rappresentare esso stesso, nel concreto, un elemento limitativo della discrezionalità. Il sindacato meramente esterno, pertanto, evidenziava i suoi limiti e generava insoddisfazione a fronte delle esigenze di controllo su un'azione dei pubblici poteri sempre più protesa ad invadere la vita quotidiana del cittadino con misure assunte sulla base di considerazioni tecnico-scientifico persino inaccessibili.

Emergeva con forza un dato: necessitava ormai una strada che consentisse al giudice di penetrare nel fatto processuale¹⁴, superando i limiti imposti dalla ormai ingombrante presenza dei filtri imposti dagli atti oggetto dei giudizi. Ma come entrare nel fatto, in presenza di un quadro normativo che affidava al giudice ben pochi strumenti istruttori? Emergeva, in sostanza, che in realtà era l'intero impianto processuale vigente a non essere adeguato agli inediti scenari.

Fu allora che, ricorrendo ancora una volta alla sua consueta e indiscussa capacità nomo-poietica, il giudice amministrativo italiano, pur in assenza di nuovi precetti normativi, cominciò ad utilizzare il già disciplinato istituto della "verificazione" (di cui all'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054) quale fondamento per legittimare il ricorso all'analogo istituto della consulenza tecnica d'ufficio¹⁵, giustificando l'approccio interpretativo in via analogica, con le disposizioni del codice di procedura civile e con i principi sul processo espressi dalla CEDU¹⁶.

In tal modo, la realtà processuale cominciava ad accostarsi finalmente alla realtà dei fatti non prefigurata dagli atti amministrativi.

2. La svolta della dottrina: il contributo di Franco Ledda.

¹⁴ Sul tema, cfr. L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Scienza e realtà - I quaderni dell'IPE* (a cura di E. Mariani), Napoli 1997, 322ss.

¹⁵ Tar Lombardia, Sez. III, 14 marzo 1990, n. 55, in Riv. *I Tar*, 1990, p. 1956

¹⁶ In particolare, il Tar Lombardia è tra i primi a cogliere la necessità di assicurare un'adeguata tutela giurisdizionale ai cosiddetti "diritti soggettivi comunitari" ed in tal senso è giunto dunque ad un sindacato più penetrante, partendo proprio dalle controversie in cui sono coinvolte tali posizioni soggettive, come quelle sugli appalti, in materia di giudizio di anomalia delle offerte⁷⁶. Era inoltre avvertita la consapevolezza che dopo l'entrata in vigore della Costituzione le limitazioni processuali ai poteri istruttori costituissero un debole schermo, atteso che gli artt. 24 e 113 Costituzione ammettono sempre la piena tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, e la mancata previsione della CTU non poteva essere addotta quale ragione di esclusione di un sindacato diretto.

Intanto, un contributo di straordinaria rilevanza scientifica fu offerto dagli studi di Franco Ledda editi nel 1983¹⁷. L'impianto proposto dall'illustre studioso presentava carattere dogmatico e partiva dalla riflessione che di *“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 dalla legge”*.

In altri termini, Ledda riservava la nozione di esercizio del potere pubblico solo ai casi di uso della discrezionalità: questa costituiva il *“potere proprio dell'amministrazione”*, non altro.

L'attività vincolata, invece, non costituiva esercizio di potere in quanto quell'attività finiva con l'identificarsi *“in ultima analisi con il potere della legge stessa”*: l'amministrazione in quel caso era soltanto chiamata ad applicare una norma di diritto.

Da tale impostazione discendeva che anche la discrezionalità tecnica non dovesse essere trattata come potere, bensì solo come attività di applicazione di regole tecniche: la tecnica, insomma, è il mezzo che integra la norma attributiva del potere e mediante questa definisce il comportamento che la pubblica amministrazione è obbligata a tenere. Per Ledda, dunque, la tecnica è un limite al potere dell'amministrazione e soprattutto costituisce un elemento esterno all'attività: in tale condizione il sindacato su di essa non risulta affatto precluso dal momento che il suo ambito non si identifica con il merito.

La condizione di reciproca estraneità tra amministrazione e tecnica non sottraeva tuttavia quest'ultima al filtro delle regole proprie dell'amministrazione democratica, con verificabilità delle sue soluzioni tanto più che queste finiscono sovente col piegare ai propri assunti l'azione dei pubblici poteri.

Ledda è ben consapevole che *“il diritto, prodotto della storia, non pretende di attingere la verità assoluta: esso deve perciò appagarsi di quella validità pur essa storica che si può riconoscere ad una certa norma tecnica, in quanto attestata dai risultati dell'indagine scientifica e autenticata da un consenso sufficiente degli esperti”*¹⁸. Ma il metodo del *“consenso sufficiente”* di scienziati e tecnici non è elemento idoneo a determinare lo scivolamento di quelle valutazioni nella sfera del merito insindacabile: esso, infatti, permane su di un piano del tutto diverso rispetto alla valutazione degli interessi caratterizzante la discrezionalità amministrativa.

¹⁷ F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 1983, 380 ss.

¹⁸ F. Ledda, *op. cit.*, 371.

Sulla base di tanto, il controllo giurisdizionale sulla tecnica diviene non solo ammissibile, ma dovuto, sebbene in termini non assoluti: non possono essere oggetto di discussione in sé le conclusioni dell'esperto. Ciò che può essere verificata è la procedura di formazione di quel giudizio tecnico, la scelta del criterio tecnico adeguato, la coerenza delle operazioni eseguite in applicazione del criterio prescelto.

Tali operazioni non comportano l'invasione, da parte del giudice, della sfera riservata all'amministrazione, in quanto egli è tenuto a limitarsi a rilevare l'inosservanza della norma giuridica in cui è incorporata quella tecnica, non potendo egli stesso indicare direttamente quale sia il criterio tecnico da adottare, o quale sia il procedimento con cui applicarlo per rendere la valutazione attendibile.

L'unico limite al potere conoscitivo del giudice amministrativo è il merito, consistente nella diretta valutazione e ponderazione di interessi pubblici, caratterizzato da scelte politiche e di opportunità, c.d. scelte "di valore".

Le valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione, non essendo scelte di valore, sono passibili di sindacato di legittimità consistente in un controllo di attendibilità del giudizio finale emesso dall'amministrazione.

3. La conseguente svolta della giurisprudenza amministrativa.

Le riflessioni di Ledda restarono a lungo inascoltate dalla giurisprudenza: probabilmente la loro portata imponeva un'adeguata gestazione.

Furono necessari molti anni perché il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 601 del 1999¹⁹ (nota come sentenza Baccharini dal nome del suo estensore), segnasse una svolta in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione.

L'organo di appello della giustizia amministrativa nella sua decisione, confermata la preclusione di qualsiasi forma di sindacato sul merito dell'attività amministrativa, condivise pienamente le conclusioni alle quali era pervenuto Ledda, nel senso di affermare in modo netto che la discrezionalità tecnica "*è altra cosa dal merito amministrativo*" in quanto si concreta in un giudizio con risultati che non rientrano nella sfera dell'opportunità.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, dal canto suo, in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, aveva avuto occasione di individuare il vizio di eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, con riguardo alla sola ipotesi in cui il giudice amministrativo avesse proceduto alla diretta

¹⁹ Cons. Stato, 9 aprile 1999 n. 601, in www.giustizia-amministrativa.it.

e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, esprimendo una volontà dell'organo giudicante sostitutiva di quella dell'amministrazione²⁰. Il potere di accertare i "presupposti di fatto" del provvedimento era, ad avviso della Suprema Corte, lo specifico della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, a differenza di quanto accade nel ricorso per Cassazione.

I presupposti di fatto – per tali intesi quelli anche di carattere tecnico - attengono intrinsecamente ai requisiti di legittimità dell'atto. Da qui, il controllo giurisdizionale può essere intrinseco nel senso di dirigersi alla "*verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*".

Su tali affermazioni che si incentrerà in seguito il lungo dibattito dottrinario e giurisprudenziale²¹ coinvolgendo il tema della distinzione tra sindacato forte e sindacato debole della discrezionalità tecnica.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 601 del 1999 aveva introdotto, a parere di Aldo Travi²², una nuova figura di eccesso di potere, quella della "*inattendibilità*", affine all' "*errore manifesto di apprezzamento delle valutazioni tecniche della p.a.*", già utilizzata dalla giurisprudenza francese. Secondo lo studioso, se l'inattendibilità implica un giudizio da parte del giudice amministrativo di condivisibilità della valutazione della pubblica amministrazione, con relativa sostituzione della valutazione compiuta dal giudice e ritenuta più ragionevole e attendibile (dunque un'ipotesi di sindacato forte e sostitutivo), il controllo del giudice amministrativo finisce col mutare significativamente i propri caratteri, aprendo alla possibilità di sostituire ad una valutazione opinabile dell'amministrazione, un'altra valutazione egualmente opinabile, quella del giudice.

Di certo l'individuazione di un criterio al quale riconoscere la maggiore affidabilità si rendeva necessaria. In ogni caso, la sentenza Baccarini aveva ripreso con molta lucidità la tendenza alla critica della tradizionale limitazione dell'intervento del giudice amministrativo nei confronti delle valutazioni tecniche.

²⁰ SS.UU. Cass. Civ., 5 agosto 1994, n. 7261: "*con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'articolo III, 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 indaghi sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato*"

²¹ S. Baccarini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Ammin.* 2001, 80 ss.

²² A. Travi, *Nota a Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro italiano*, 2001, II, 10.

L'impianto giuridico sul quale essa fondava era costituito dalla idea di fondo che la riserva assoluta, a favore dell'amministrazione, delle valutazioni di ordine tecnico, anche se opinabili, fosse in contrasto con il principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione, nonché (in seguito) ai principi del Codice del processo amministrativo di cui al D.lgs. 104/2010.

D'altronde almeno due elementi restano inconfutabili: 1) l'espansione pervasiva della tecnica continua a produrre l'aumento esponenziale dell'ambito operativo della discrezionalità tecnica, non di rado a discapito della discrezionalità amministrativa pura; 2) non di rado anche la soluzione scientifica è connotata da un grado più o meno elevato di incertezza; 3) si estende oggi l'esigenza di un controllo diffuso e penetrante delle scelte a carattere tecnico-scientifico perché queste sono in grado di condizionare l'esercizio del potere pubblico, sino ad annullarlo; 4) quelle stesse scelte sono anche in grado di incidere sull'esercizio delle libertà dei cittadini in assenza di filtri democratici. L'insieme di queste condizioni fa sì che la contaminazione tra diritto e tecnica comporti una parallela contaminazione tra sfera dell'opportunità e sfera dell'opinabilità. Una presa d'atto che è consapevolezza dei limiti dello scibile umano.

E' per questa ragione che si rivela allora condivisibile l'opinione di chi rileva che l'espandersi di concetti indeterminati a forte valenza tecnica, in settori in cui è sempre maggiore la richiesta di precauzione, comporti che il sindacato giurisdizionale di attendibilità, ragionevolezza e proporzionalità si muova nella prospettiva della ricerca progressiva della maggiore certezza possibile²³ al cui riguardo un contributo importante è tenuto a svolgere anche il giudice, in particolare quello amministrativo.

Invero nessuna riserva assoluta di amministrazione va dunque riconosciuta per l'ambito tecnico. Essa, come opportunamente segnalato in dottrina, innanzitutto non è esplicitata in alcuna disposizione. Piuttosto il giudice per potersi legittimamente fermare rispetto alla valutazione opinabile dell'amministrazione *"deve prima arrivare al margine estremo della opinabilità, svolgendo appieno il suo sindacato sugli altri profili, ivi compresa la qualificazione del fatto"*²⁴

²³ F. Cintioli, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)* in *Enc. del diritto*, XIII, Milano, 471 ss.

²⁴ M. A. Sandulli, *Relazione al convegno in onore di A. Travi*, Consiglio di Stato 19 ottobre 2023 (atti in corso di stampa).

4. L'ascesa della rilevanza del fatto e la tesi del maggiormente attendibile. Serve coraggio.

La c.d. sentenza Baccharini e la ben nota sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 500 del 1999 avevano prospettato, legittimandola, la via di un sindacato del giudice amministrativo atto a penetrare nei gangli della decisione amministrativa, sondandone la legittimazione prima ancora della legittimità.

Nella precedente logica della sottrazione del fatto al controllo giurisdizionale, e dunque di concentrazione del processo sull'atto, risultava sostanzialmente impossibile distinguere dove concretamente finisse l'uso della tecnica e dove iniziasse il merito dell'azione amministrativa. Di più: in quel contesto era persino plausibile che la discrezionalità tecnica si affermasse almeno anche come tentativo di sottrarre determinate aree al controllo giurisdizionale, puntando a far confluire elementi fattuali nell'attività di merito. Ma quando la valutazione tecnica non è stata più rapportata all'ambito della comparazione di interessi, la sua verifica dall'interno ha contribuito ad aprire al giudice la via per accedere al fatto, così ampliando le tutele predisposte dall'ordinamento.

E' mutata anche l'essenza della discrezionalità tecnica: in questa, l'amministrazione dà applicazione ad una regola che, sebbene enunciata nella norma giuridica, non è regola giuridica e non è neanche incontestabile. Ciò apre la strada alla possibilità di sindacato in termini più ampi di quello che si esercita nei confronti della discrezionalità pura, sino alle soglie (ma non oltre) di un sindacato sostitutivo sull'esercizio del potere nella piena considerazione dei fatti e della loro coerenza, tanto più necessaria ogni qual volta si incontrino scienza, tecnica e norma²⁵ poiché è proprio nelle pieghe di quel fatto che possono annidarsi le possibili forme di sviamento del potere²⁶.

La legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, prima, e la legge n. 205 del 2000 (di prima riforma del processo amministrativo), poi, hanno avviato il duplice fenomeno di recepimento del fatto. Il successivo Codice del processo amministrativo, del 2010, poi, ha consentito accesso pieno al fatto in tutte le controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, senza distinzione fra situazioni soggettive fatte valere e tipo di giudizio instaurato.

Il giudice è ormai a pieno titolo *dominus* del fatto e della sua qualificazione; a tal fine egli utilizza tutti gli strumenti istruttori a sua disposizione, *in primis* la consulenza tecnica, e neanche recepisce acriticamente le risultanze di quest'ultima, essendo egli

²⁵ G. de Giorgi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003.

²⁶ G. Abbamonte, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2002, 127

comunque tenuto ad un'autonoma ricostruzione della realtà anche "alla luce" dei dati tecnico scientifici offerti dal consulente²⁷.

Non si tratta di un controllo sostitutivo. La stretta connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito è, semmai, indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione che non va nel senso di riconoscimento della preclusione del controllo giurisdizionale.

La questione di fondo attiene pertanto alla sostituibilità della valutazione compiuta dal giudice, direttamente ovvero attraverso i suoi consulenti, a quella compiuta dall'amministrazione.

La tecnica spesso – come si è rilevato - non conduce a risultati certi, per cui il giudice, ove aderisca alla valutazione del consulente tecnico, può farlo senza "sostituirsì" al giudizio, sia pure tecnico, espresso dall'amministrazione. Né la consulenza va adoperata in vista di un occulto sindacato di merito. La sua portata va invece circoscritta ad un controllo finalizzato a verificare le scelte amministrative sotto i profili della correttezza, dell'attendibilità, della proporzionalità²⁸.

I giudizi tecnici non possono essere considerati riservati all'amministrazione e permanere incontestabili se non nei limiti della assoluta irragionevolezza o della esorbitante incongruità.

Il giudice, piuttosto, deve poter verificare l'attendibilità e il grado di approfondimento condotto dall'amministrazione al riguardo. Ma evidentemente una regola che gli consenta di discostarsi dalla decisione dell'amministrazione anch'egli deve darsela.

Tale regola la si chiami allora "regola del consenso sufficiente" (Ledda), "regola della maggiore attendibilità" (Travi e Scoca²⁹), "regola della maggiore certezza possibile"

²⁷ In tal senso di recente i principi così elaborati sono stati "codificati" dalle SS.UU. della Suprema Corte, la quale ha avuto modo di rilevare come nel processo amministrativo la verifica consiste in un parere tecnico, non espressione di discrezionalità amministrativa che ben può essere disatteso dall'organo giurisdizionale, a nulla rilevando che il verificatore sia incardinato in un organo od ufficio della pubblica amministrazione. Cfr. Corte di SS.UU. Cassazione, ordinanza 9 gennaio 2020 n. 158, in www.lexitalia.it, n. 1/2020.

²⁸ Interessante la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2023, n. 1555: "*Per giurisprudenza costante il giudice amministrativo può e deve censurare la valutazione dell'amministrazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità della scienza applicata o adoperata per compiere la sua decisione, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura ovvero di dottrina dominante in materia; risulta, per converso, inammissibile qualsivoglia sindacato che sostituisca l'opinabile valutazione di parte del consulente tecnico chiamato a rivalutare la questione tecnica controversa o del medesimo Collegio decidente, alla valutazione espressa dall'amministrazione, salvo che quest'ultima non sia inficiata dai vizi suindicati o si manifesti manifestamente illogica, irrazionale, arbitraria ovvero fondata su un palese e manifesto travisamento dei fatti o sia inficiata da macroscopiche contraddittorietà o incongruenze*".

²⁹ F.G. Scoca e L. Lamberti, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio della proporzionalità*, in Federalismi.it, 6/9/2023.

(Cintioli), “regola della maggiore affidabilità scientifica” (Spasiano), si tratta comunque, sebbene con espressioni gradate, di legittimare il sindacato del giudice non più in termini di maggiore o minore penetrazione (sindacato debole o forte), ma di consentire in misura attendibile la verifica della legittimazione oltre che della legittimità della decisione a contenuto tecnico-scientifico assunta, alla luce della comune esperienza, del buon senso e delle più recenti acquisizioni delle conoscenze umane: un’indagine insomma di certo non atta a turbare i rapporti tra poteri dello Stato, ma volta ad offrire le più ampie garanzie di tutela delle situazioni giuridiche che si assumano lese, in ossequio al testo costituzionale.

L’esperienza giurisdizionale del giudice amministrativo italiano, tuttavia, nella maggioranza dei casi continua a riconoscere in favore dell’amministrazione una riserva in relazione ai giudizi tecnico-valutativi, nonostante l’evidente contrasto con il principio di pienezza della tutela giurisdizionale fissato dall’art. 24 Cost. e ribadito dall’art. 113³⁰. Se da un lato è diffuso l’orientamento di dichiarazioni di principio secondo cui le valutazioni tecniche debbano essere pienamente e doverosamente sindacabili in sede giurisdizionale, perché riguardano l’accertamento dei fatti³¹, nella realtà non si riscontrano consolidati giurisprudenziali coerenti con questa prospettiva³². Non venendo in rilievo profili attinenti alla ponderazione degli interessi, l’esclusione della possibilità di considerare prevalente una soluzione diversa, più attendibile e affidabile alla luce delle conoscenze umane, rispetto a quella proposta dall’amministrazione in ordine a valutazioni tecniche, implica una

³⁰ In termini, cfr. M. A. Sandulli, *Incontro in onore di A. Travi*, Consiglio di Stato 19 ottobre 2023 (atti in corso di stampa). L’Autrice rileva che nell’ambito del sindacato sulle valutazioni tecniche, il giudice continua a mostrarsi restio e utilizza al riguardo, al fine di delimitarlo, le formule che adopera anche per la discrezionalità pura: richiede, cioè, al soggetto interessato di dimostrare la macroscopica irragionevolezza e/o l’illogicità della decisione o anche il manifesto errore valutativo dei presupposti di fatto, frequentemente incorrendo in una inaccettabile confusione tra la categoria della discrezionalità e quella della discrezionalità tecnica. La stessa Autrice segnala che Travi opportunamente rimarca che, quando il giudizio investe il presupposto valutabile sul piano tecnico individuato dalla norma per l’esercizio del potere, esso è inconfutabilmente un giudizio di legittimità, come tale imposto dall’art. 113 Cost.

³¹ Interessante al riguardo l’ordinanza n. 7097/2020 ove si osserva che “*la c.d. riserva di scienza che compete ad AIFA non si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, nemmeno in sede cautelare e meno che mai nell’attuale fase di emergenza epidemiologica, per l’indefettibile esigenza, connaturata all’esistenza stessa della giurisdizione amministrativa e consacrata dalla Costituzione, di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, a cominciare da quelle che hanno un radicamento costituzionale come il fondamentale diritto alla salute, a fronte dell’esercizio del potere pubblico e, dunque, anche della discrezionalità c.d. tecnica da parte dell’autorità competente in materia sanitaria*”. E, in termini più generali, ha sottolineato che “*Il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela delle situazioni giuridiche effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica di una autorità indipendente, non può essere perciò limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere*”. Sul tema cfr. anche Cons. St, Sez. VI, 5 agosto 2019 n. 5559, Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5707 e Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.

³² F.G. Scoca e L. Lamberti, *op. loc. cit.*

indebita limitazione dei poteri di cognizione del giudice con inevitabile ricaduta in termini di accertamento della ragione fra le parti in giudizio³³. Ma questo è un risultato che si colloca al di fuori del codice del processo amministrativo³⁴.

Occorre coraggio da parte del giudice amministrativo, decidendosi a percorrere cammini: se sindacato vi è – e va riconosciuto esserci – esso va esercitato fino in fondo se necessario a rendere giustizia.

D'altronde quello stesso coraggio non sarà difficile a ritrovarsi se solo si pone mente alla evidente condizione di subalternità nella quale versa la condizione umana rispetto all'incontrollato sviluppo della scienza e della tecnologia a fronte della quale in non poche circostanze la stessa pubblica amministrazione appare priva non solo di un adeguato livello di legittimazione democratica, ma anche di strumenti professionali idonei ad esercitare un appropriato e imparziale esercizio della sua funzione.

³³ Sul punto si rinvia a A. Cioffi, discrezionalità tecnica e rarità di un dipinto di Giorgio Morandi. Osservazioni sul sindacato di legittimità e sul problema dei concetti giuridici indeterminati (nota a Cons. St, Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686, in giustiziainsieme.it, 2023)

³⁴ A. Travi rileva che in riferimento alla possibilità che il giudice si arresti di fronte a soluzioni equivalenti, tale equivalenza va comunque verificata in relazione al caso concreto onde valutare se, in relazione a tutti i fatti rilevanti, le soluzioni suggerite dalle conoscenze tecniche non siano confrontabili in un a scala gerarchica.