



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO
DI DIRITTO

Curriculum pubblicistico

Diritto Amministrativo

XXXVI CICLO

*Le nuove frontiere del sindacato del Giudice
Amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica,
tra effettività della tutela e separazione dei poteri*

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Piera Maria Vipiana

Tesi di Dottorato di:

Dott.ssa Silvia Battistella

*Si ringraziano la Prof.ssa Piera Maria Vipiana
ed il Prof. Mario Alberto Quaglia*

Alla mia famiglia

INDICE-SOMMARIO

Introduzione

1.	L'oggetto della ricerca.	1
2.	Attualità della ricerca.	2
3.	Il programma della ricerca.	4

Capitolo I**La discrezionalità della Pubblica Amministrazione**

1.	Introduzione.	8
2.	I connotati della discrezionalità.	14
3.	La discrezionalità amministrativa e la c.d. "discrezionalità tecnica".	20
4.	Le diverse tipologie di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità c.d. "tecnica".	38
5.	L'evoluzione della giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche prima della sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999.	40
6.	La sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999.	43
7.	Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa successivi alla pronuncia n. 601 del 1999.	49

Capitolo II**Il sindacato del Giudice Amministrativo in materia di beni culturali e paesaggio**

1.	Introduzione.	57
2.	Contestualizzazione dell'esercizio della tutela del	

patrimonio culturale.	58
3. Il contenzioso “tipico” in materia di beni culturali e paesaggio.	65
4. I principali orientamenti relativamente al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche.	72
5. Le tecniche di controllo utilizzate dal Giudice Amministrativo.	79
6. I mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo.	91
7. Considerazioni conclusive.	93

Capitolo III

Il sindacato del Giudice Amministrativo sulle sanzioni amministrative

1. Introduzione.	95
2. L’ambito oggettivo della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di sanzioni ed il relativo fondamento.	99
3. La natura giuridica delle sanzioni amministrative affidate alla giurisdizione amministrativa. La distinzione tra misure afflittive pure e sanzioni ripristinatorie.	102
4. Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative: il canone della <i>full jurisdiction</i> .	114
5. Il sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti.	120
6. Il contenzioso “tipico” sottoposto al Giudice amministrativo sulle sanzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato.	132
7. I principali orientamenti relativamente al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato	140
8. I mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo.	154
9. Considerazioni conclusive.	157

Capitolo IV**Il sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali**

1. Introduzione.	162
2. Valutazioni in ambito scolastico: il contenzioso “tipico”.	165
3. (Segue): l’orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni scolastiche.	170
4. (Segue): le tecniche di controllo e i mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni scolastiche	181
5. Valutazioni in ambito universitario: il contenzioso “tipico”.	183
6. (Segue): l’orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito universitario.	188
7. (Segue): le tecniche di controllo impiegate dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito universitario.	190
8. (Segue): l’atteggiamento del Giudice Amministrativo in merito alla riedizione del potere valutativo conseguente all’annullamento di un provvedimento di diniego all’abilitazione viziato.	200
9. Valutazioni in ambito concorsuale: il contenzioso “tipico”.	211
10. (Segue): l’orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito concorsuale.	213
11. (Segue): Le tecniche di controllo impiegate dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito concorsuale.	219
12. Considerazioni conclusive.	227

Considerazioni conclusive

230

Indice degli autori e delle opere citati

245

Introduzione

SOMMARIO: 1. L'oggetto della ricerca. 2. Attualità della ricerca. - 3. Il programma della ricerca.

1. L'oggetto della ricerca.

E' oggetto della ricerca che qui si espone lo studio della tematica inerente l'intensità del sindacato esercitabile dal Giudice Amministrativo sulle decisioni assunte dalla Pubblica Amministrazione fondate su valutazioni di tipo tecnico-scientifico, che - per loro natura - sottendono l'applicazione di una regola propria di un dato settore scientifico, operazione all'esito della quale l'Amministrazione determina il contenuto del proprio provvedimento.

Più precisamente, il lavoro si propone di indagare la complessa intersezione tra la *potestas iudicandi* del Giudice Amministrativo e l'applicazione della c.d. "*discrezionalità tecnica*" allorquando le decisioni amministrative risultino intrinsecamente legate a giudizi che sottendono un apprezzamento¹ qualitativo di fatti, a cui la norma attributiva del potere riconnette determinate conseguenze, che l'Amministrazione può o deve tradurre in effetti provvedimentali.

¹ Sin dalla prima sentenza in materia di eccesso di potere (Cons. di Stato, Sez. IV, 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giur. it.*, 1982, III, pp. 214 ss.) veniva definito come «apprezzamento» la valutazione posta a base di un decreto di scioglimento degli organi di un'istituzione pubblica di assistenza e beneficenza che, ai sensi dell'art. 46 della legge n. 6972 del 17 luglio 1890, poteva essere disposta dal Prefetto «quando un'amministrazione, dopo di essere stata invitata, non si conformi alle norme di legge o agli statuti e regolamenti dell'istituzione, ovvero pregiudichi gli interessi della medesima».

2. Attualità dell'oggetto della ricerca.

Pur costituendo da lungo tempo oggetto di ampia riflessione nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale², il tema dell'estensione del sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti della P.A. espressione della c.d. discrezionalità tecnica permane, infatti, di grande attualità; e questo per svariate ragioni, tra cui, *in primis*, l'espansione della tecnica nella struttura delle relazioni giuridiche e la conseguente progressiva tecnicizzazione dell'ordinamento³.

É evidente, infatti, che nel momento in cui una regola tecnica va a far parte dell'ordinamento giuridico tramite l'esercizio dell'attività giuridica cui per norma è legata da parte della Pubblica Amministrazione, essa diviene anche in linea di principio *ex artt.* 24 e 113 Cost. oggetto del controllo giurisdizionale sull'attività della Pubblica Amministrazione.

Ma non solo. La perdurante vivacità del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema, appunto, dell'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica – che ne testimonia sia pur induttivamente l'importanza -, è altresì causata dal fatto che la disamina dei limiti di tale sindacato consente di vagliare anche altre questioni fondamentali del diritto amministrativo, quali la natura ed il ruolo della Pubblica Amministrazione, i rapporti tra i poteri dello Stato⁴, il ruolo del Giudice nella tutela delle posizioni giuridiche individuali, nonché i rapporti tra tecnica e diritto⁵.

² Si rinvia alla nota 46 del capitolo 1.

³ In ordine al tema del ruolo e della funzione ordinante del diritto nei confronti della tecnica, vedi N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma- Bari, 2001; nonché L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2001, pp. 1 ss..

⁴ In argomento, si veda V. G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità*, in *Munus*, 2021, n. 1, pp. 13 ss.

⁵ Su quest'ultimo tema si rinvia anche a M.P. VIPIANA (a cura di), *Diritto Scienze e Tecnologie*, Atti del convegno svoltosi il 4 marzo 2016 ad Alessandria, disponibile in *POLIS Working Papers (polis.inpmn.it)*, 2016, n. 237; si veda anche M. TALLACCHINI, *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto*, in *www.federalismi.it*, 2005; ID, *Scienza e*

INTRODUZIONE

Inoltre, la necessità di un approfondimento in ordine all'ampiezza ed alla consistenza della potestà cognitiva del Giudice Amministrativo su provvedimenti costituenti esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, di discrezionalità tecnica altresì deriva dall'affermazione, che oggi proviene ormai da più parti, secondo cui quest'ultimo ha, attualmente, pieno accesso al fatto, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità e che, in virtù di ciò, le coordinate del sistema sembrerebbero mutate rispetto alla tradizionale limitazione del relativo sindacato sulla discrezionalità al solo procedimento logico e giuridico che conduce alla formulazione del giudizio valutativo dell'Amministrazione, di per sé non sindacabile.

A fronte di tali indicazioni, infatti, pare interessante verificare quale sia attualmente l'effettivo sindacato che il Giudice Amministrativo esercita sulla discrezionalità tecnica, ponendo in particolare l'attenzione sull'elemento di discontinuità rispetto ad un passato, invero non troppo lontano, rappresentato appunto dal suo pieno accesso al fatto, anche mediante l'utilizzo dei mezzi istruttori previsti dal Codice del Processo (in particolare della consulenza tecnica e della verifica).

In tale prospettiva di ricerca, la riflessione sulla tematica della latitudine e consistenza del sindacato giurisdizionale di legittimità sulle decisioni amministrative espressione di discrezionalità tecnica è stata svolta dedicandosi, in maniera preferenziale, ad un'indagine ricognitiva dello stato della giurisprudenza in materia ed esplorando taluni macro-settori in cui l'interazione tra Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica risulta particolarmente accentuata.

Prendendo le mosse, dunque, dalla disamina della giurisprudenza amministrativa più recente, con il presente lavoro si è cercato di comprendere come il Giudice Amministrativo, nel suo ruolo *lato sensu* di

diritto. Prospettive di co-produzione, Riv. di filosofia del diritto, 2012, I, 2 p. 319; *Id.*, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in G. ROSSI (a cura di), *Ambiente e diritto* Vol. I, Torino, 1999, p. 61.

controllo e vigilanza⁶, si confronti, allo stato, con le decisioni amministrative che implicano appunto esercizio della discrezionalità tecnica, approfondendo le dinamiche procedurali, le sfide e le considerazioni giuridiche connesse a questa interazione e ponendo in luce le implicazioni pratiche e teoriche che ne derivano.

3. Il programma della ricerca.

Raccogliendo e sviluppando le suggestioni che precedono e ponendo al centro dell'analisi della presente ricerca – come anticipato – la concreta esperienza giurisprudenziale formatasi in alcuni settori di maggiore rilevanza in argomento, nei capitoli che seguono si procederà, senza pretesa di esaustività o di completezza, ad una disamina delle concrete modalità di controllo, da parte del Giudice Amministrativo, delle valutazioni tecniche svolte dalla Pubblica Amministrazione ai fini della determinazione del contenuto dei provvedimenti amministrativi competenza, utilizzando, in tutti i settori che verranno esaminati, un'impostazione comune, al fine di meglio confrontare sia gli orientamenti desumibili dalle enunciazioni dei Giudici, sia le tecniche di controllo da questi concretamente utilizzate, tentando, in definitiva, di rispondere – al di là delle acute riflessioni degli studiosi e della enunciazioni contenute nelle singole pronunce – al seguente quesito di fondo: come si atteggia, in concreto, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche compiute dalle Pubbliche Amministrazioni?

Nelle pagine che seguono, pertanto, dopo aver dedicato il primo capitolo all'inquadramento teorico del tema della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica ed, in particolare, alla ricognizione

⁶ In questa prospettiva, appare utile ricordare che la giurisdizione amministrativa, nonostante le recenti evoluzioni della sua interpretazione verso i nuovi approdi del «giudizio sul rapporto» e della completa satisfattività della tutela erogabile, resta connotata dall'ineludibile carattere del controllo del corretto esercizio delle funzioni pubblicistiche; così C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 2017.

INTRODUZIONE

dell'evoluzione di quest'ultima categoria in rapporto al relativo sindacato giurisdizionale, nel secondo capitolo si analizzeranno le modalità con cui il Giudice Amministrativo esercita il controllo sulle decisioni amministrative riguardanti la tutela e la promozione del patrimonio culturale, mettendo in luce le dinamiche interpretative da questo adottate nell'applicazione delle relative norme di riferimento, nonché i criteri utilizzati per valutare la legittimità dei provvedimenti adottati nella materia *de qua*, indubbiamente di notevole impatto non solo sulla gestione, ma anche sullo sviluppo del settore culturale, che la Repubblica è chiamata a tutelare⁷ e preservare per le generazioni future.

Nel terzo capitolo, non senza aver prima svolto alcune considerazioni di natura preliminare in ordine all'ambito oggettivo della giurisdizione amministrativa sulle sanzioni amministrative ed al relativo fondamento, nonché relativamente alla natura giuridica delle sanzioni amministrative affidate alla giurisdizione amministrativa – avendo riguardo anche alla distinzione tra misure afflittive pure e sanzioni ripristinatorie, segnatamente ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla CEDU –, si affronterà il complesso tema delle modalità di esercizio e dell'intensità, allo stato, del sindacato del Giudice sulle medesime.

Nell'ambito di tale ampia tematica, si approfondirà, quindi, la questione del controllo giurisdizionale sulle decisioni delle Autorità indipendenti; questione, quella indicata, in effetti tornata di grande attualità, nonostante la decisione “*Menarini*” della Corte Europea dei Diritti dell'uomo che ha valutato il sindacato in Italia sulle sanzioni *antitrust* come una *full jurisdiction*, a seguito dell'indiscusso accrescimento del campo di attribuzioni proprio del Giudice Amministrativo in conseguenza dell'introduzione dell'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, il quale ha previsto che

⁷ In tale prospettiva, l'art. 1 del d.lgs. n. 42 del 2004 statuisce che «La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio a promuovere lo sviluppo della cultura». Per un esame complessivo del tema dei beni culturali e sulla genesi del nozione giuridica di bene culturale, si rinvia all'attenta analisi di M. TMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2023.

INTRODUZIONE

il provvedimento adottato dall'AGCM che accerti un illecito *antitrust* abbia effetto vincolante nei confronti del giudice in sede civile.

Nel quarto capitolo si analizzerà, infine, la tematica, parimenti ampia e complessa, del sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti amministrativi in materia di valutazioni delle competenze personali, accademiche e professionali (in settori vari), segnatamente indagando le modalità con cui il Giudice verifica, in concreto, il corretto esercizio o meno, da parte della Pubblica amministrazione, della discrezionalità tecnica in tre specifici macro-settori, vale a dire la scuola ordinaria, l'università ed i concorsi pubblici.

In particolare, nel settore scolastico l'analisi si focalizzerà sui provvedimenti di non ammissione alle classi successive o agli esami di licenza (con particolare attenzione alle valutazioni degli studenti con disturbi dell'apprendimento); nell'ambito universitario, si presterà particolare attenzione alle valutazioni di idoneità all'Abilitazione Scientifica Nazionale (c.d. ASN) a professore di I e II fascia e, infine, nel contesto dei pubblici concorsi, l'interesse si concentrerà sul contenzioso legato alle valutazioni di natura tecnico-discrezionale effettuate dai membri delle commissioni giudicatrici.

Conclusivamente si svolgeranno alcune riflessioni di sintesi tanto sul tendenziale atteggiamento deferente assunto dal Giudice Amministrativo nei confronti delle scelte compiute dall'Amministrazione fondate sull'esercizio della discrezionalità tecnica, quanto sul tentativo dello stesso di non sottrarsi ad un controllo effettivo sui provvedimenti devoluti al suo sindacato, nella consapevolezza di poter essere sia un efficace contrappeso al potere dell'Amministrazione, sia un garante della neutralità e competenza tecnica di quest'ultima.

Sarà così possibile dimostrare, si confida, come le concrete modalità del sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo sui provvedimenti basati sull'esercizio, da parte dell'Amministrazione, della discrezionalità tecnica, seppur aventi una intensità mutevole da settore a settore,

INTRODUZIONE

costituiscano, nella sostanza, l'esito – parimenti variabile – di una costante tensione nella ricerca di un difficile equilibrio tra il rispetto della specializzazione tecnico-scientifica propria dell'Amministrazione chiamata all'adozione del provvedimento fondato sull'esercizio della discrezionalità tecnica e la garanzia di una piena ed effettiva tutela giurisdizionale del destinatario del provvedimento stesso, coerentemente con l'idea – frutto della convergenza sinergica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale – che la garanzia delle posizioni sostanziali non possa restringersi al mero accesso ad un Giudice ed ad una procedura regolata dalla legge, ma debba, invece, implicare anche la possibilità di ottenere misure di tutela adeguate ed omogenee al bisogno di protezione di chi agisce.

Capitolo I

La discrezionalità della Pubblica Amministrazione

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I connotati della discrezionalità. 3. La discrezionalità amministrativa e la c.d. “discrezionalità tecnica”. 4. Le diverse tipologie di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità c.d. “tecnica”. 5. L'evoluzione della giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche prima della sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999. 6. La sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999. 7. Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa successivi alla pronuncia n. 601 del 1999.

1. Introduzione.

Il tema del rapporto tra norma giuridica e norma tecnica⁸ e tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità c.d. tecnica rientra tra quelli

⁸ Come messo in luce da V.F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss., per collegare le due categorie si parla spesso di “rinvio” della norma giuridica alle regole o ai dettami della tecnica; lo schema del rinvio è utilizzato con particolare ampiezza da C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, pp. 1106 ss., il quale peraltro accomuna le regole tecniche agli altri criteri che dovrebbero essere osservati nell'esercizio della discrezionalità c.d. “tecnica”. Per S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1930, pp. 37 ss., le norme tecniche (come quelle derivanti dalla morale, dall'equità, dalla correttezza amministrativa), sono «richiamate» o «sottintese» dal diritto, e pur non potendosi annoverare tra le norme giuridiche sono rispetto a queste «*sussidiarie*». Pare tuttavia che il nesso tra diritto e tecnica sia ancora più stretto di quello che risulta dalla schema del «rinvio»; la tecnica (o, in molti casi, la scienza di riferimento) fornisce “*materiali*” direttamente utilizzabili, ed anzi necessari, per la costruzione di concetti giuridici e conseguentemente il diritto fa propri alla normatività inerente a questa o quella tecnica traducendola in normatività giuridica. Sulla giuridicizzazione della norma tecnica v.

che più hanno animato la dottrina ed occupato la giurisprudenza e che, come recentemente evidenziato, «di tempo in tempo viene in qualche misura ‘rivivificato’ dal Legislatore e dalla giurisprudenza e ci induce talvolta a rimeditare categorie che sembravano ormai definitivamente acquisite appena qualche tempo prima»⁹.

Sin dagli inizi del ventesimo secolo, uno studioso italiano di teoria generale e filosofia del diritto di impostazione neo-kantiana, in un saggio non a caso intitolato *Il diritto come norma tecnica*¹⁰, definiva le norme tecniche come comandi condizionati, imperativi, ipotetici, che prescrivono la condotta da tenere se si vuole raggiungere un determinato fine e come «*derivazione diretta delle leggi di natura*»¹¹.

Ed è proprio sulla scorta di tali prime, accennate, definizioni che, sin dal secolo scorso, la dottrina giuspubblicistica ha dimostrato uno spiccato interesse al tema della tecnica nel contesto dell’esercizio delle funzioni della Pubblica Amministrazione, conseguentemente approfondendo il rapporto fra norme giuridiche e norme tecniche sia al fine (più teorico ma non privo di concrete ricadute) di addivenire ad una loro corretta collocazione nell’ambito del sistema delle fonti¹², sia con la finalità, decisamente più pratica, di definire quanta parte dell’attività dell’Amministrazione basata su norme tecniche potesse essere sindacata in sede giudiziale, nell’intendimento di stimolare la revisione di una giurisprudenza che aveva assicurato sino a quel momento alle Amministrazioni pubbliche, specie per

F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, pp. 542 ss.; v. anche A. CROSETTI, *La disciplina dell’attività edilizia tra norme regolamentari e norme tecniche*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 3, pp. 165 ss.

⁹ Cfr. C. CONTESSA, *Principio del risultato e della fiducia e sindacato sulla discrezionalità degli enti aggiudicatari*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa”, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023*, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2023, pp. 135 ss.

¹⁰ A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, ora in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova, 1950. In ordine all’importanza di questo primo contributo teorico si veda la monografia di F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 36 ss.

¹¹ Così A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, cit., p. 8.

¹² Per indicazioni dottrinali sul punto, vedi P. BIONDINI, *Approcci definitivi alla “norma tecnica”*, in N. GRECO, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale*, Roma, 1999, pp. 31 ss.

quanto riguarda ai principi sulla responsabilità aquiliana, un privilegio pressoché assoluto¹³.

Il sempre maggiore interesse per il tema venne sicuramente indotto sia dall'affermarsi dello Stato pluriclasse e della conseguente assunzione da parte della sfera pubblica di compiti sempre nuovi che ne ampliarono i relativi poteri (interventi di regolamentazione dell'economia, previdenza e mediazione dei conflitti sociali), sia dell'incessante progresso tecnico.

Ambedue tali fenomeni, infatti, portarono ad un sensibile ampliamento dello spazio delle norme tecniche e della discrezionalità dell'Amministrazione basata su discipline rinvenienti dalle scienze esatte o sociali¹⁴.

Non solo.

Un ulteriore importante stimolo all'analisi della categoria della discrezionalità dell'Amministrazione derivò dal completamento del sistema di giustizia nei confronti dell'Amministrazione mediante l'adozione della legge n. 5992 del 31 marzo 1889, con cui venne istituita la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, competente a «decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano ad oggetto interesse di individui o di enti morali

¹³ V. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 1983, pp. 371 ss.

¹⁴ Sul tema v. V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, il quale proprio nelle prime pagine sottolinea la relazione fra l'aumento dei compiti dello Stato e la proliferazione delle norme tecniche. La "crescente connotazione tecnica che assume il potere decisionale", la "tendenziale osmosi tra le scelte tecniche e quelle propriamente discrezionali", "la commistione di una politica che si fa tecnologia e di una tecnologia che incorpora la politica" è posta in luce da G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 160. Un'interessante tentativo di fornire una lettura giuridica del rapporto tra tecnica e politica è rappresentato da G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Milano, 1982, p. 8. Per le indagini sociologiche sul tema, oltre al classico M. WEBER, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, Milano 1980, dove viene analizzato l'influsso del progresso scientifico e tecnologico sulle decisioni pubbliche, v. anche J. MEYNAUD, *La tecnocrazia. Mito o realtà?*, Bari, 1966; C. FINZI, *Il potere pratico*, Roma, 1977; R. DAHL, *Democrazia o tecnocrazia?*, Bologna, 1987.

giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione ed alle attribuzioni contenziose di corpi o con leggi speciali» (art. 3).

La creazione di una giurisdizione generale di legittimità¹⁵ veniva così a colmare un vuoto di tutela lasciato dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248 (All. E) di abolizione del contenzioso amministrativo, che, nel devolvere «alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico, comunque vi possa essere interessata alla pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell'autorità amministrativa» (art. 2), aveva lasciato l'ampia categoria di quelle situazioni giuridiche soggettive, successivamente definite come interessi legittimi, in balia della tutela delle stesse Amministrazioni, alle quali potevano essere presentati solamente ricorsi amministrativi e gerarchici (art. 3).

Orbene, anche se la natura giurisdizionale della nuova funzione affidata al Consiglio di Stato non fu all'inizio del tutto chiara¹⁶, ma si andò affermando progressivamente ad opera della dottrina e soprattutto della giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁷, iniziò sin da subito da parte

¹⁵ Alla quale la legge n. 62 del 7 marzo 1907 affiancò una giurisdizione di merito (affidata alla neo istituita Quinta Sezione) il cui caso più rilevante era costituito dai ricorsi per l'esecuzione del giudicato. Come è noto, con la legge n. 2840 del 30 dicembre 1923 (che verrà poi coordinata con la legge del 1907 con il T.U. n. 1054 del 26 giugno 1924, in parte ancora vigente) alle due sezioni giurisdizionali venne data competenza congiunta ed indifferenziata sulla legittimità e sul merito e venne per la prima volta introdotto un nuovo criterio di riparto basato sulle materie di giurisdizione esclusiva (la più rilevante delle quali era il rapporto di pubblico impiego) nelle quali il Consiglio di Stato giudicava sia sui diritti che sugli interessi legittimi.

¹⁶ Cfr. F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 12, ss., il quale ricorda come da un lato l'Ufficio Centrale del Senato avesse ritenuto come la Quarta Sezione non fosse «... un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo» e come un analogo concetto fosse espresso da Silvio Spaventa (che della Sezione stessa fu il primo presidente) nel celebre discorso preparato per l'inaugurazione del nuovo consesso (poi edito a cura di R Ricci, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909) che parlò di «Controllo giurisdizionale dentro l'amministrazione stessa contro l'abuso dei suoi organi, con sufficienti garanzie di giustizia».

¹⁷ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma - che in base ad una legge del 1877 svolgevano già il ruolo di giudici dei conflitti di giurisdizione - si pronunciarono chiaramente per la natura giurisdizionale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato nelle

degli studiosi una duplice e connessa elaborazione teorica e pratica, tesa, da un lato, ad enucleare i contorni dell'interesse legittimo per distinguerlo sia dal diritto soggettivo che dall'interesse di mero fatto e, dall'altro lato, ad analizzare il tipo di attività posta in essere dall'amministrazione (e quindi le norme che ad essa attribuivano i relativi poteri).

Tale elaborazione portò alla distinzione tra l'attività vincolata – sempre sindacabile in quanto dà luogo solo a problemi di legittimità e non di opportunità – da quella “discrezionale”, che avrebbe dovuto invece sottrarsi al sindacato del giudice, tranne ristretti casi di giurisdizione estesa al merito e fatta salva la possibilità di far valere (in sede di legittimità) il vizio di eccesso di potere (nelle sue varie configurazioni), che consentiva un controllo estrinseco e formale sull'utilizzo del potere discrezionale senza poter tuttavia arrivare a sindacare le scelte dell'amministrazione.

Venendo, quindi, ai giorni nostri, in cui si assiste ad una sostanziale pervasione della tecnica e ad una spontanea acquisizione dell'impatto della tecnica sull'economia, appare più che intuibile la ragione per la quale il tema ha ricevuto una sempre maggiore attenzione¹⁸.

Oggi giorno, infatti, non vi è chi non veda come il fenomeno dell'espansione della tecnica nella struttura delle relazioni giuridiche costituisca una delle più rilevanti tendenze in atto nell'ordinamento giuridico¹⁹.

E ciò in quanto la crescente complessità e conflittualità dei rapporti economici e sociali hanno reso sempre più necessaria l'apertura dell'ordinamento a saperi *extra* giuridici per offrire una risposta credibile

pronunce 24.6.1891 (*Laurens*) e 24.6.1897 (*Trezza*). Tale natura fu in seguito formalmente sancita anche dalla legge n. 62 del 7 marzo 1907.

¹⁸ Cfr. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, p. 135.

¹⁹ Una simile dinamica costituisce il riflesso dello stesso dominio che la tecnica e la scienza hanno assunto nelle civiltà occidentali, come sottolineato da E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988, 76, secondo il quale «la potenza della scienza ottiene un riconoscimento sociale che non è più ottenuto dalla magia, dalla religione, dalla politica».

alla domanda, costantemente in aumento, di certezza, sicurezza e stabilità proveniente dalla società.

Di qui la crescente rilevanza che ha assunto il problema della corretta definizione degli spazi di ingresso e delle modalità di riconoscimento, da parte del diritto, delle regole scientifiche di provenienza *extra* giuridica²⁰, sia onde evitare un dominio senza controllo della tecnica sulla politica, sia per ridurre i rischi di un utilizzo distorto e strumentale della scienza da parte del potere politico²¹.

Nell'ambito di tale inevitabile percorso di progressiva tecnicizzazione dell'ordinamento²², le Amministrazioni ricoprono un ruolo rilevante, essendo sempre più direttamente coinvolte nei processi di produzione, validazione e applicazione delle regole tecniche, sia per assicurare un più veloce e rapido adattamento della dimensione giuridica all'evoluzione del progresso scientifico e tecnologico²³, sia per mettere al riparo la regolazione e la gestione di fenomeni complessi dall'imprevedibilità e dall'instabilità della politica.

Nonostante l'eterogeneità dei sistemi con cui le Amministrazioni pubbliche vengono ad essere coinvolte dal legislatore nei processi di riconoscimento e di validazione di una determinata conoscenza specialistica nel campo del diritto, nel momento in cui la regola tecnica incontra

²⁰ In ordine al problema del ruolo e della funzione ordinante del diritto nei confronti della tecnica, vedi N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma- Bari, 2001; nonché L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2001, p. 1 ss..

²¹ Sul tema si rinvia a M.P. VIPIANA (a cura di), *Diritto Scienze e Tecnologie*, Atti del convegno svoltosi il 4 marzo 2016 ad Alessandria, disponibile in *POLIS Working Papers (polis.inpmn.it)*, 2016, n. 237; si veda anche M. TALLACCHINI, *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto*, in *www.federalismi.it*, 2005; ID, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, *Riv. di filosofia del diritto*, 2012, I, 2 p. 319; ID, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in G. ROSSI (a cura di), *Ambiente e diritto* Vol. I, Torino, 1999, p. 61.

²² Tale percorso pone, peraltro, problemi di rilievo anche per il sistema delle fonti, chiamando in causa la questione dei limiti costituzionali all'apertura dell'ordinamento alle regole di condotta di provenienza scientifica; v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e costituzione*, Napoli, 2018.

²³ Sul tema dell'estensione del fenomeno della produzione di norme tecniche da parte di enti pubblici, ma anche i soggetti privati si vedano già A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e pre federativo*, in *Dir econ.*, 1996, 251 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 159; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005.

l'ordinamento giuridico attraverso l'attività giuridica delle Pubbliche Amministrazioni essa viene necessariamente inserita nelle dinamiche e nelle problematiche che caratterizzano il controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa.

È proprio in questo momento che assume rilievo pratico il problema del trattamento giurisdizionale delle valutazioni tecniche dell'Amministrazione e con esso la questione teorica della c.d. “discrezionalità tecnica”.

In questo quadro, in cui il tema della discrezionalità tecnica assume un ruolo sempre più importante per lo studio del diritto amministrativo, sia consentito un passo indietro.

Così, prima di affrontare la tematica della norma tecnica, della connessa determinazione amministrativa e, infine, del suo sindacato, a giudizio di chi scrive è opportuno anteporre una breve e generale riflessione sul tema della discrezionalità della pubblica amministrazione e sulla sua relazione con i concetti di potere e legalità.

Ciò al fine di giungere, anche per differenziazione, a circostanziare i tratti tipici della discrezionalità c.d. “pura” e della discrezionalità c.d. “tecnica”.

2. I connotati della discrezionalità.

Come anticipato, il tema della discrezionalità della pubblica amministrazione si impone in termini introduttivi anche per l'argomento oggetto della presente ricerca.

Affermare che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge²⁴ equivale sostenere che l'Amministrazione non può stabilire da sé i fini da perseguire, essendo gli stessi individuati dal legislatore.

²⁴ Il che costituisce la prima enunciazione della legge sul procedimento amministrativo «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge», che recepisce a sua volta

Si tratta di una diretta conseguenza del principio democratico in forza del quale i fini di una società statualmente organizzata sono stabiliti dall'organo che esprime in modo più immediato la sovranità popolare.

Per quanto possa essere criticata, l'espressione “*potere esecutivo*”, nella quale è compresa la Pubblica Amministrazione, esprime efficacemente l'idea che la Pubblica Amministrazione è l'autorità chiamata ad eseguire la volontà della legge²⁵.

È la legge, pertanto – ed in un ordinamento costituzionale prima ancora la Costituzione –, a determinare i fini dell'attività amministrativa.

L'Amministrazione è, dunque, autorità dotata di un potere che si legittima per la funzione che le viene attribuita dalla Costituzione e dalla legge, vale a dire quella di attuare i fini predeterminati dal legislatore²⁶.

Se così è, risulta allora fisiologico che la discrezionalità dell'Amministrazione si colleghi ad una situazione di indeterminatezza del dato normativo²⁷, sussistendo tra la norma, che predetermina il fine, ed il fatto, che lo attua, uno spazio di libertà, ossia un vuoto che deve essere colmato per la realizzazione del fine pubblico.

il principio di legalità scolpito per l'attività amministrativa nell'articolo 97 Cost.. Sul tema della legalità amministrativa si veda, D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in www.questionegiustizia.it. Secondo l'A. «Nel corso della sua storia – normativa e concettuale – il principio di “*legalità amministrativa*” è stato differentemente interpretato, sfuggendo ad ogni definizione unitaria. Lo stesso testo costituzionale ne reca indicazioni soltanto implicite, al contrario della legalità penale cui è riservata una dichiarazione espressa».

²⁵ G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI, (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 4 ss.

²⁶ Sul tema si legga M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 14, secondo cui «nel nostro caso, dicendo l'attività amministrativa un'attuazione di legge non si fa attribuire una qualifica modale; mentre è una qualifica sostanziale dire che essa cura pubblici interessi. La qualifica di attuazione di legge non infirma l'esistenza di un potere discrezionale, nel sminuisce la portata, anzi, per il potere discrezionale amministrativo, essa forma un fondamento necessario. Ciò dovremo mostrare fra poche pagine, allorché si dovrà vedere come la discrezionalità non va assimilata alla autonomia privata». Su questa considerazione e con riferimento alla discrezionalità funzionale della pubblica amministrazione e all'autonomia privata della stessa, si veda C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, 1998, pp. 71, ss.

²⁷ Da intendersi in senso lato ed ampio sia come assenza di una predeterminazione di valore circa il bilanciamento fra interessi sia come assenza di una predeterminazione di carattere tecnico.

Questa azione di “riempimento” rientra tra le attribuzioni della Pubblica Amministrazione, pur atteggiandosi in termini diversi a seconda del tipo di scelta che sta alla base della determinazione amministrativa esecutiva (essenzialmente, se di merito o tecnica).

La percezione delle vicende della discrezionalità dipende, poi, anche dall'immagine che si ha dell'Amministrazione: se l'Amministrazione è percepita come autorità o potere, allora la discrezionalità è un rischio; se, invece, l'Amministrazione è vista nella sua dimensione funzionale, allora la discrezionalità è un'indispensabile strumento per la cura degli interessi pubblici ed il soddisfacimento dei bisogni di promozione e di progresso della collettività.

Proprio avendo riguardo a questa insuperabile tensione si è sviluppato il concetto di discrezionalità dell'Amministrazione, intimamente connesso con la stessa nozione di potere esecutivo e di funzione.²⁸

La discrezionalità amministrativa ha quindi tra i suoi antecedenti, forse il più pregnante, il concetto di potere discrezionale.

Da questa angolazione, il tema della discrezionalità amministrativa refluisce nel tema del rapporto tra i poteri e dei limiti dell'ingerenza dell'uno rispetto all'altro.

Il concetto di potere discrezionale è stato quasi sempre legato ad una certa interpretazione data al principio della divisione dei poteri secondo cui quest'ultimo veniva inteso come netta separazione tra le funzioni rimesse rispettivamente a ciascun potere, anziché come razionale coordinamento tra gli stessi.

La lineare conseguenza di una simile concezione del potere discrezionale era, originariamente, la categorica impossibilità per gli organi giudiziari di conoscere gli atti degli organi amministrativi.

²⁸ Sulla discrezionalità, senza pretese di esaustività, si vedano C. MORTATI, voce “Discrezionalità”, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960; A. PIRAS, voce “Discrezionalità amministrativa”, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964; A. PUBUSA, voce “Merito e discrezionalità amministrativa”, in *Digesto Pubbl.*, IX, Torino, 1994; di recente, si veda L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, 2023; .

L'insindacabilità di tali atti era vista, pertanto, come la caratteristica centrale e tipica della discrezionalità²⁹.

Non a caso, il primo tentativo di ricostruire una nozione compiuta di discrezionalità amministrativa si ebbe, nell'ordinamento francese, proprio per indicare gli atti dell'Amministrazione sottratti al controllo giurisdizionale, con il fine di evitare che il giudice potesse ingerirsi nelle scelte amministrative in ossequio al principio della separazione dei poteri³⁰ e di riserva al potere esecutivo della funzione amministrativa³¹.

Con il graduale superamento dell'ideale della divisione dei poteri sovrani si è assistito ad una progressiva opera di concettualizzazione del potere discrezionale³² e al contempo ad una configurazione più matura della discrezionalità amministrativa, fino ad ammettere una sua sindacabilità *ab externo*, in particolare mediante le note figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza in una lunga tradizione che trova le proprie origini nell'intuizione sviluppata dal Consiglio di Stato francese sul *detournement*

²⁹ In effetti, la forma montesquieuiana nelle versioni offerte in Francia in Germania all'inizio dell'Ottocento costituiva uno schema in grado di permettere un modello di organizzazione amministrativa in diversa misura tendenzialmente dispotico e in cui vi era l'assegnazione agli organi del potere esecutivo di privilegi tali da evadere comunque ogni forma di controllo giurisdizionale. Per lungo tempo e fino a metà dell'Ottocento, in Francia e negli Stati europei l'unico controllo possibile nei confronti degli atti della pubblica amministrazione risultava ridotto alla sola via amministrativa (ricorsi amministrativi). Sull'ampia letteratura in tema di divisione dei poteri vedi F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1900, pp. 58 ss.; N. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, pp. 17 ss.

³⁰ Sul principio di separazione dei poteri, senza pretese di completezza, si vedano F. MODUGNO, voce "*Poteri (Divisione dei)*", in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 472 e segg.; G. SILVESTRI, voce "*Poteri dello Stato (divisione dei)*", in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 670 e segg.; G. BOGNETTI, voce "*Poteri (divisione dei)*", in *Digesto Pubbl.*, XI, Torino, 1996, pp. 372 ss.

³¹ Tentativo di ricostruzione che dall'inizio ha contrapposto l'esigenza di immunizzare l'amministrazione dal controllo giudiziale all'esigenza di garantire un controllo sull'attività dell'amministrazione non solo ai fini del buon andamento, ma anche per non lasciare i cittadini privi di tutela dinanzi ad atti amministrativi adottati in contrasto con le norme dell'ordinamento positivo.

³² Attraverso la quale sono stati puntualmente individuati gli elementi che intervengono nella nozione di potere discrezionale: esso è un potere; spazia in un margine libero limitato positivamente; dà luogo a una delimitazione di categorie non precise disposte dalla legge; per certi altri aspetti è una scelta; contiene un apprezzamento di opportunità, indirettamente attraverso l'atto e l'attività; contempla il pubblico interesse, ove si riferisca al soggetto.

*de pouvoir*³³ – inteso come uso di un potere discrezionale per una finalità differente rispetto a quella fissata da norma attributiva del potere stesso – «di cui la giurisprudenza cominciò ad offrire una prima compiuta sistemazione³⁴, per arrivare ad affermare il principio che «quella tripartizione dei poteri rimane sì tra le massime guarentigie costituzionali, ma più non si ha la pretesa di poter separare con un taglio netto l'un potere dall'altro»³⁵.

In questa prospettiva, il potere amministrativo (o esecutivo) si caratterizza per essere un *potere*, dotato in quanto tale di forza autoritativa, e per il suo attributo *discrezionale*, da cui deriva, tra l'altro, una peculiare resistenza delle relative determinazioni ad un sindacato ad esso estraneo come è quello giurisdizionale (dapprima inesistente e poi sviluppatosi con spiccati caratteri di tipicità e specificità).

³³Al riguardo, si veda L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, E.C.I.G., Genova, 1985, p. 177 ss., dove l'A. richiama la vicenda sottesa alla prima decisione del *Conseil d'Etat*, che individuò il vizio di *detournement de pouvoir* relativamente al ricorso proposto dai carrozzieri di Lilla contro un'ordinanza del Sindaco della città, che impediva loro di sostare davanti alla stazione ferroviaria per pretese ragioni di igiene e salubrità, ma, in realtà, per avvantaggiare la sua impresa privata. Pur essendo il provvedimento apparentemente valido, il Consiglio di Stato francese individuò, per tale ragione, un vizio di *detournement de pouvoir*, ossia di scorretto esercizio del potere.

³⁴ Già agli inizi del 900 il mito veniva denunciato come ormai non più attuale dal momento che si faceva avanti il principio della «permeabilità dei tre poteri legislativo esecutivo giudiziario per una specie di fenomeno capillare» (V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, I, p. 117).

³⁵ V. POLACCO, *La scuola di diritto*, cit.; per una visione d'insieme anche storica, si legga F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)* voce, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472. Per un contributo molto recente al tema, si veda A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, pp. 393-439, dove l'A. analizza il problema della collocazione del potere esecutivo nell'ambito delle teorie sulla separazione dei poteri, attraverso l'esame delle vicende teoriche in materia di discrezionalità amministrativa. In particolare, viene esaminato il peso che, ai fini dell'affermazione della nozione moderna di discrezionalità, ha avuto la questione del rapporto tra legge, amministrazione e giudice nelle diverse stagioni della storia della Stato e alla luce dei diversi compiti affidati ai pubblici poteri. Nonostante la centralità che hanno ormai assunto gli obiettivi di legalità e di effettività della tutela giurisdizionale ai fini della marginalizzazione della teoria della separazione dei poteri, viene prospettata l'esigenza di preservare un'adeguata e razionale «divisione del lavoro» tra Amministrazione e giudice, anche attraverso un ripensamento della teoria della discrezionalità amministrativa.

Consegue da queste brevi premesse che il tema della discrezionalità della Pubblica Amministrazione, ancora oggi, è anche il tema dei limiti del sindacato giurisdizionale a cui tale potere è sottoposto e, in questa forma, esso rappresenta il punto di massima tensione tra il principio di autorità e il principio di legalità, nel contesto delle rispettive accezioni costituzionali di tali principi³⁶.

Ed è proprio intorno ai principi di autorità³⁷ e legalità³⁸ che, in effetti, si è storicamente imperniata la critica al concetto di discrezionalità amministrativa e si è sviluppata la ricerca dei suoi limiti intrinseci – connessi alla stessa fisionomia dell'autorità amministrativa come configurata dall'ordinamento – ed estrinseci – collegati alla tutela (prima di tutto

³⁶ Per dirla come M.S. GIANNINI, *Il potere della pubblica amministrazione*, cit., p. 10: «la nozione di potere discrezionale assume la sua maggiore incidenza pratica ove applicata a considerare il sindacato il riesame, il giudizio in genere, avente per oggetto l'atto emanato in esercizio del potere discrezionale e compiuto da agenti giuridici diversi da quelli che hanno emanato l'atto stesso».

³⁷ Tale principio comporta l'esigenza di preservare lo spazio deliberativo che l'ordinamento riserva all'amministrazione e quindi di limitare il sindacato sulle sue scelte, mantenendo integro il contesto di libertà riconosciutolo dalla legge.

³⁸ Il principio della legalità rappresenta, in definitiva, il contenitore entro cui l'amministrazione esercita il proprio potere, il contesto nel quale la discrezionalità amministrativa deve necessariamente compiersi ed il principio in forza del quale elaborare e limitare il giudizio di conformità tra quanto stabilito dalla legge e quanto eseguito dall'Amministrazione. Oltre a G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., sugli aspetti fondamentali in ordine al principio di legalità della funzione amministrativa, si veda G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie secondarie*, Milano, 1962, pp. 129 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; L. CARLASSARE, *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 148 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, Atti del 53° Conv. di Studi amministrativi, “Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia”, Varenna, 20-22 settembre 2008; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali. “Dove non può la costituzione può la legge statale?”*. Ossia, “la trasversalità oltre se stessa”, GC, 2008, pp. 3072 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, pp. 299, ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 133; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *Enc. Dir.*, XXIII, pp. 689 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 83; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dir. Disc. pubbl.*, p. 86; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 189- 192; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 22 ss.; ID., *Leggi- provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pp. 319 ss.; C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, in *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 2008, pp. 212 ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 385 ss..

giurisdizionale) delle posizioni degli amministrati, ossia di coloro che entrano in contatto e subiscono gli effetti dell'attività dell'Amministrazione.

Inoltre, è proprio su queste tracce che si è andata sviluppando la ricerca delle “*declinazioni*” della discrezionalità amministrativa, la quale ha messo in luce i diversi profili dell'esercizio del potere amministrativo e ha consentito l'individuazione di una linea di confine nell'ambito della discrezionalità tra discrezionalità c.d. “pura” e quella c.d. “tecnica”.

3. La discrezionalità amministrativa e la c.d. discrezionalità tecnica.

Come noto, nel disciplinare l'attività della Pubblica Amministrazione la legge può fissare limiti puntuali, tali da non lasciare alcun margine di scelta al pubblico apparato, individuando in modo preciso sia il fine da perseguire sia i mezzi da utilizzare: si parla in questi casi di attività amministrativa “*vincolata*”.

Diversamente, come anticipato, la legge può stabilire solamente quale sia l'interesse pubblico da perseguire³⁹, lasciando alla Pubblica Amministrazione la scelta di quale sia il mezzo migliore per raggiungerlo: si parla allora di attività amministrativa “*discrezionale*” ovvero di “*discrezionalità amministrativa*”⁴⁰.

³⁹ Per ricercare i caratteri e i limiti della discrezionalità amministrativa è dunque indispensabile risalire alla legalità che informa e legittima il potere della pubblica Amministrazione costituendo un predicato della discrezionalità. L'azione della pubblica Amministrazione infatti deve necessariamente trovare la propria legittimazione in una fonte normativa esterna, non essendo immaginabile nell'ordinamento, se non per eccezione, un potere esecutivo autodeterminato.

⁴⁰ Il principio per cui l'azione amministrativa deve essere eterodeterminata dalla legge va appreso con un maggior grado di complessità (ed è il tema della discrezionalità amministrativa) laddove si consideri che la prescrizione normativa che l'Amministrazione si appresta a realizzare mediante la propria azione ha tipicamente carattere di indeterminatezza: la norma esprime tendenzialmente un fine astratto; l'Amministrazione, quando il fine identifica un interesse pubblico si preoccupa di curarne in concreto la realizzazione mediante gli strumenti individuati, ancora una volta dalla legge. Per questo si conviene dire che l'attività discrezionale, ovvero la determinazione della P.A. nello spazio della regola di riferimento posta dall'ordinamento si identifica con la parte essenziale della

Con il fine ultimo – proprio di questa ricerca – di individuare i tratti caratteristici del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità c.d. “tecnica”, pare opportuno osservare preventivamente gli aspetti essenziali della discrezionalità amministrativa “pura” (per distinguerla da quella tecnica) in modo da isolare gli elementi di confronto tra i due tipi distinti di discrezionalità che spesso hanno finito per sovrapporsi, in particolare sotto il profilo del sindacato giurisdizionale.

Se, come visto, mediante l’esercizio della discrezionalità si procede ad un completamento della norma giuridica che attribuisce la discrezionalità all’agente che applica la norma stessa, può allora affermarsi che la discrezionalità amministrativa si sostanzia e si traduce in una valutazione.

In altri termini, nell’esercizio della discrezionalità l’Amministrazione si forma un giudizio⁴¹ e, alla luce di tale giudizio, fa derivare una scelta⁴².

Da un punto di vista logico, l’apprezzamento, inteso come giudizio, è un momento antecedente a quello della espressione definitiva della volontà; esso non si identifica con il provvedimento discrezionale, ma ne costituisce il suo antecedente intellettuale che viene a far parte dell’atto amministrativo per mezzo della sua motivazione.

In questa prospettiva, l’esercizio della discrezionalità amministrativa si compone di due elementi: a) un giudizio, ossia il momento “intellettuale”

funzione amministrativa, in mancanza della quale vi sarebbe “non amministrazione”. Quello spazio di manovra che mediante la legge consente all’Amministrazione di realizzare il fine a cui è funzionalmente preposta, si attua, a valle, in una scelta che ha la “forza” di imporsi sulle singole sfere dei consociati che di volta in volta entrano in contatto con l’Amministrazione e con gli effetti della sua azione, dal momento che la stessa si caratterizza per il suo profilo autoritativo. Anche per questa via, ci si riavvicina ancora una volta al tema della necessità di verificare l’operato della P.A. a garanzia degli amministrati.

⁴¹ A tal proposito la dottrina, nella sua larghissima maggioranza, ha accolto la tesi di M.S. GIANNINI secondo cui la discrezionalità consiste “nella ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario”; per una dottrina ricostruzione del pensiero di M. S. GIANNINI con particolare riferimento al tema della discrezionalità, si rinvia a F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1045 ss.

⁴² V. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica Amministrazione*, cit., pp. 72, ss.; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, pp. 483 ss.; secondo l’A. l’apprezzamento e discrezionale consiste «in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l’autorità ritiene abbia nella fattispecie».

diretto ad ottenere la realizzazione dell'interesse posto, durante il quale l'Amministrazione individua ed analizza fatti ed interessi in gioco sulla base di un'istruttoria da condurre secondo i principi sanciti dalle regole sul procedimento amministrativo; b) una scelta, vale a dire il momento "volitivo", in cui l'Amministrazione, alla luce delle risultanze del precedente giudizio esprime la sua volontà adottando la soluzione che ritiene più opportuna e conveniente per il perseguimento dell'interesse pubblico⁴³.

Il momento della scelta, tuttavia, a ben vedere, è libero solamente in parte, in quanto la discrezionalità amministrativa deve rispettare due tipi di regole, vale a dire quelle di legittimità e quelle di merito.

Le prime sono quelle desumibili dalla fonte del diritto che disciplina il potere amministrativo, nonché i limiti al potere che si ritengono immanenti nel nostro ordinamento come, ad esempio, il rispetto dell'interesse pubblico primario, la ragionevolezza, imparzialità, la completezza dell'istruttoria.

Le seconde, invece, sono regole non giuridiche, bensì di buona amministrazione⁴⁴, che servono ad orientare i pubblici poteri verso la scelta più opportuna.

Poiché, a differenza di quanto avviene per le regole di legittimità, il merito è insindacabile dal giudice amministrativo (se non nelle tassative ipotesi di giurisdizione estesa al merito oppure tramite ricorso amministrativo gerarchico o in opposizione), a ben vedere il merito è la sola parte davvero libera della discrezionalità amministrativa: una volta che la Pubblica Amministrazione abbia rispettato le regole di legittimità che presiedono al potere esercitato, non potrà esserle rimproverato di avere

⁴³ La ponderazione degli interessi dà luogo ad un'attività intellettuale in quanto si tratta di comprendere e stabilire come l'interesse essenziale sia atteggiato dal gioco degli interessi secondari punto la fissazione di valori dei diversi interessi termina in un'attività volitiva, in quanto l'autorità si pone come regola la scala dei valori da se stessa fissati e su questa determina l'atto amministrativo nei singoli punti per i quali la legge le attribuisce potere discrezionale.

⁴⁴ C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 136.

adottato un provvedimento (legittimo ma) inopportuno solo in ragione della sussistenza di una possibile soluzione alternativa, altrettanto legittima.⁴⁵

In sintesi: in primo luogo, l'interesse da proteggere è dato dalla norma giuridica⁴⁶; in secondo luogo, l'Amministrazione individua, mediante una comparazione qualitativa e quantitativa, il valore dei vari interessi concorrenti nel caso concreto⁴⁷; in terzo luogo, l'esito del bilanciamento si impone come regola per l'adozione dell'atto conseguente (in cui l'operazione intellettuale deve essere esplicitata mediante una adeguata motivazione), il quale deve essere lecito, congruo rispetto alla causa del potere esercitato e deve soddisfare l'interesse pubblico stabilito dal legislatore.

In ordine a tali elementi si appunta il controllo sulla scelta compiuta dall'Amministrazione, che, per potersi dire legittima, come anticipato, deve essere ragionevole e coerente in relazione ai rispettivi principi normativi di

⁴⁵ In argomento si rinvia al recentissimo contributo di F. FRANCIOSI, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, reso in occasione del convegno tenutosi al Castello di Modanella Rapolano Terme/ Siena il 16-17 giugno 2023, in www.giustiziainsieme.it.

⁴⁶ A tal proposito, tuttavia, non potendosi prescindere dal “diritto vivente”, si rinvia all’interessante scritto di F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo*, in *Quest. Giust.*, n. 1/2021, pp. 19-26, dove si mette in luce come l’interesse pubblico non sia più “singolare” e predeterminato dalla legge, essendo ormai il frutto del complesso temperamento tra interessi pubblici “plurali”, spesso contrapposti, e a loro volta da bilanciarsi con gli interessi dei privati.

⁴⁷ L'esigenza di una ponderazione comparata degli interessi in gioco costituisce un tratto qualificante della discrezionalità, imponendo ai pubblici poteri di rispettare il perseguimento del loro proprio obiettivo istituzionale senza un sacrificio eccessivo tutti gli altri interessi concomitanti. La traduzione legislativa di questo basilare limite ontologico alla discrezionalità è scolpita all'articolo 7 della legge 241 del 1990 il quale, nel sancire l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento e della partecipazione procedimentale, fornisce la possibilità di ingresso degli interessi secondari all'interno del procedimento amministrativo (M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE, (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4129; A. ZITTO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996, p. 5; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *scritti giuridici*, II, Milano 1996, 1413; T. MIELE, *Partecipazione al procedimento e principi costituzionali per un nuovo modello organizzativo della pubblica amministrazione*, *Atti del XXXIX Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 16-18 settembre 2003, *La Pubblica Amministrazione nella costituzione: riflessi e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, pp. 294 ss.. La Pubblica Amministrazione viene quindi messa in condizione, mediante l'intervento di altri soggetti, di verificare la praticabilità di soluzioni alternative e di considerare le aspettative e le necessità degli interessati, di ponderare l'impatto della propria decisione sulla realtà amministrata.

cui è esecutiva e deve arrecare il minor sacrificio possibile agli altri interessi compresenti, in forza del principio di proporzionalità⁴⁸.

Se la scelta avviene in violazione di tali parametri, allora il provvedimento amministrativo – che costituisce la sintesi della valutazione effettuata – realizza una lesione della legittimità, sindacabile giudizialmente sotto il profilo dell'eccesso di potere⁴⁹.

In altre parole, dunque, affinché l'esercizio del potere discrezionale possa dirsi conforme al principio di legalità sostanziale è necessario che l'individuazione dell'interesse pubblico concreto avvenga sulla base di canoni di ragionevolezza.

Pare quindi corretto, ad avviso di chi scrive, ritenere ancora attuale l'insegnamento di chi rilevava che tutte le espressioni dell'eccesso di potere possano trovare nella clausola di ragionevolezza la «spiegazione più appagante»⁵⁰, dal momento che la ragionevolezza costituisce il paradigma cardine dell'azione amministrativa⁵¹ (e quindi anche con riferimento alla discrezionalità amministrativa).

⁴⁸ Per un approfondimento del principio di proporzionalità quale strumento diagnostico dei vizi dell'atto amministrativo si veda S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in *Studi in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, p. 1001, dove l'A. afferma che «in definitiva, il principio di proporzionalità è strumento particolarmente adeguato, specie sotto il profilo sistematico della sua applicazione, allo sbrigliamento della matassa, separando lungo tutto il percorso dell'azione amministrativa i profili della conoscenza del fatto dai profili della volontà, specie nelle procedure di estrema complessità, con vari intrecci tra elementi di natura tecnica e di natura amministrativa».

⁴⁹ Ciò che quindi la pubblica Amministrazione deve necessariamente anzitutto fare affinché il potere discrezionale sia correttamente esercitato, consiste nella completezza dell'acquisizione di tutti gli interessi che si presentano nella situazione concreta e nella ragionevolezza ed imparzialità (articolo 97 Cost.)

⁵⁰ F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, Milano 1987, 10. Non può farsi a meno di rilevare come i giudici amministrativi abbiano tendenzialmente tralasciato di procedere ad una sua puntuale ricostruzione, indulgendo ad un uso terminologico in genere indistinto rispetto alla razionalità, alla logicità, alla coerenza e alla non contraddittorietà. Si veda G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, p. 4; L. CESARINI, *Il principio di ragionevolezza tra approccio costituzionale e discrezionalità amministrativa*, in AA. VV., *Quale riforma della Costituzione?*, Torino, 1999, p. 251.

⁵¹ Il procedimento ed il vincolo di ragionevolezza che lo attraversa costituirebbero cioè un necessario antidoto all'uso arbitrario del potere reso possibile dalla incertezza che ne avvolge i presupposti. V. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV.,

Conclusivamente – e sempre nella prospettiva che interessa ai fini della ricerca di cui in questa sede –, può pertanto affermarsi che, secondo la definizione di gianniniano ricordo, il tratto tipico della discrezionalità amministrativa c.d. pura si sostanzia in una ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (interesse primario) e gli interessi secondari (privati, pubblici, collettivi) che vengono in rilievo nello svolgimento dell'attività degli apparati pubblici, a valle della quale il bilanciamento prodotto dalla pubblica amministrazione realizza la finalità prescritta dalla legge.

In definitiva, dunque, la comparazione fra interessi avviene in vista dell'attuazione del fine pubblico individuato dalla norma indeterminata, talché può affermarsi che la naturale e necessaria indeterminatezza della disposizione risulta finalizzata al più proficuo raggiungimento dell'interesse pubblico.

Diritto Amministrativo, Bologna, 2005, p. 560; A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo, Parte Generale*, G., Milano 2007, p. 329. Escludendo che possa spettare al giudice fissare la scelta, a quest'ultimo compete tuttavia il controllo di ragionevolezza sul bilanciamento operato dalla pubblica amministrazione e con ciò la revisione del modo in cui è stato risolto il potenziale conflitto tra gli interessi economici e gli interessi alla salute e ambientali protetti dall'intervento precauzionale. In presenza di un'Amministrazione che non disponga di parametri valutativi e che fondi le sue scelte fondamentali sui principi di ragionevolezza il sindacato giurisdizionale deve necessariamente espandersi perché altrimenti se avrebbe una legittima compressione delle situazioni di tutela (v. B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 130 ss). Sul punto anche F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 43, secondo cui «la ragionevolezza, invocata come chiave di temperamento reciproco di valori, si pone anche a presidio di” quel valore di ordine che fa tutt'uno con l'idea stessa di sistema e con le sue concrete ancorché umanamente imperfette, realizzazioni. La ragionevolezza insomma non può fare a meno di mirare, accanto alla migliore attuazione possibile dei diritti e delle libertà costituzionali, anche alle esigenze di ordine e di stabilità di cui il sistema non può fare a meno». Peraltro il controllo di ragionevolezza ha una funzione bivalente, operando in direzioni opposte: da un lato, salva alcune prerogative dell'Amministrazione verso la giurisdizione, pone dei limiti a quest'ultima ed assicura in tal modo il raccordo tra la titolarità del potere e la responsabilità giuridica e politica; dall'altro garantisce al giudice, verso l'Amministrazione, alcuni strumenti conoscitivi che gli assicurano piena conoscenza del fatto e che sono perciò indispensabili per adeguare la tutela giurisdizionale al canone di effettività. La ragionevolezza, per un verso, frena il giudice e gli impedisce tentazioni sostitutive; per altro verso, lo munisce degli strumenti di tutela che servono per giudicare sulle questioni tecniche e frena l'Amministrazione; sul punto v. ancora F. CINTIOLI, (voce) *Discrezionalità tecnica (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè.

In relazione all'attività amministrativa, tuttavia, l'indeterminatezza della norma può manifestarsi anche in modo diverso, ovvero con una valenza tecnica.

Vi sono casi, infatti, in cui la disposizione contiene un precetto che, nel conferire una certa prerogativa decisionale alla pubblica amministrazione, le affida una valutazione non giuridica – e perciò tecnica – ma non sicura e perciò opinabile⁵².

In tal caso si è in presenza di una norma che prevede un'attività amministrativa connotata dalla discrezionalità c.d. “tecnica”.⁵³

⁵² Questa è la ragione per cui il campo di elezione di questo tipo di indagine riguarda le scienze non esatte non sicure. Al riguardo vedi ancora F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 4. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., osservava a proposito della discrezionalità tecnica che non è agevole distaccare nettamente le discipline tecniche nelle quali il modo di agire della pubblica amministrazione resterebbe determinato con scientifica precisione, da quelle non tecniche, di fronte al crescente sviluppo di Scienze come la sociologia la psicologia la psicoterapia psicotecnica ed altre. La distinzione tra il settore delle scienze esatte dal settore delle scienze non esatte utilizza una logica che alla sua radice resta comunque arbitraria, vedi il fatto che una linea distintiva così netta non è possibile definire. Stando i risultati a cui è pervenuta la ricerca epistemologica si dovrebbe convenire sul fatto che in nessuna scienza esatta e nessuna scienza è certa e che l'unica possibilità di verifica (anche per il giudice) consiste nel vagliare l'affidabilità di una certa ipotesi scientifica, appurando se essa ha ricevuto, dai controlli empirici, delle conferme senza controesempi e se essa anche resistito ai necessari tentativi di falsificazione e se dunque essa risulta corroborata in via provvisoria. La detta distinzione tra scienze esatte e non esatte, dunque, ha solo un valore convenzionale e serve al giurista per porre in luce le questioni dei concetti indeterminati a valenza tecnica, al fine di esaminare la questione della discrezionalità tecnica da entrambi i profili che si avvertono come rilevanti: quello dell'effettività della tutela del ricorrente e quello del confine del sindacato giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione.

⁵³ La produzione dottrinale in tema di discrezionalità tecnica è assai ampia. Senza pretesa di esaustività, 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*, Milano, 1911; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, 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, Milano, 1972, pp. 997 ss.; ID., *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, pp. 136 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Milano, 1995; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Discrezionalità della Commissione, signora della prova, e horror vacui del giudice comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. e europeo*, 2000, pp. 1770 ss.; F. CINTIOLI, *Nuovo processo amministrativo e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Dir. & Form.*, 2001, pp. 909 ss.; ID., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 983 ss.; G.

Un esempio concreto di discrezionalità tecnica è la valutazione che la pubblica Amministrazione fa di un candidato ad un pubblico concorso: essa si basa sull'applicazione delle regole tecniche relative alla disciplina che viene utilizzata come criterio di selezione, ma sfocia necessariamente in giudizi che hanno un margine di soggettività; parimenti può dirsi per la decisione se apporre o meno il vincolo su un immobile di particolare pregio artistico.

Il punto di riferimento, in questa ipotesi, sono i concetti indeterminati, ovvero le c.d. “clausole elastiche”⁵⁴ e la corrispondente attività amministrativa si risolve non in un apprezzamento dell'interesse (come nei casi di discrezionalità amministrativa pura), bensì in un accertamento dell'elemento tecnico indicato nella fattispecie.

Più precisamente, in questi casi l'agire dell'Amministrazione è regolato non da norme precise che assumono come presupposto per l'esercizio dei poteri pubblici un fatto semplice, come quelle che rendono il suo agire vincolato⁵⁵, bensì da disposizioni normative imprecise la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi suscettibili quindi di una valutazione opinabile in base a scienze più o meno esatte, da condursi

D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 659 ss.; AA.VV., *IL controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio Italiano-Spagnolo*, Milano, 2009; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 823 ss.; F. G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, VII Ed., Torino, 2021; A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, pp. 5-50.

⁵⁴ Sul tema v. L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausola generali e ordine giuridico della Società*, in *Dir. amm.*, 3, 2013, pp. 309 ss.

⁵⁵ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit., p. 276, in cui l'A. distingue a seconda che l'attività della pubblica amministrazione sia regolata da norme giuridiche precise ovvero si svolge in uno spazio libero da norme. Nel primo caso l'attività dell'Amministrazione è vincolata e quindi soggetta in pieno al sindacato legittimità, nel secondo è discrezionale in quanto l'Amministrazione è libera di determinarsi dal punto di vista giuridico (fermo restando il limite di carattere generale del rispetto dell'interesse pubblico) e quindi sottratta in linea di principio al controllo giurisdizionale di legittimità. Vedi anche E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit..

sempre sulla base dell'interesse pubblico e il cui apprezzamento deve quindi lasciarsi all'Amministrazione.

L'imprecisione della norma consiste, in tal caso, proprio nelle indicazioni di un fatto, per l'appunto “*complesso*”⁵⁶, che necessita di un apprezzamento soggettivo, implicante – come tale – un momento intellettuale di giudizio in senso tecnico.

Le norme tecniche sulla base delle quali l'Amministrazione si determina, interpretando fatti complessi e caratterizzati da un margine di opinabilità, consentono esclusivamente una valutazione e non un semplice atto volitivo, ossia di scelta.

Rifacendosi alle chiare parole di Massimo Severo Giannini, si ha un'ipotesi di discrezionalità c.d. tecnica quando all'autorità è attribuito il compito di addivenire a giudizi di contenuto scientifico, per stabilire per esempio «se una sostanza è tossica o non lo è; può accadere che possa essere più o meno tossica ma non può accadere che sia opportuno inopportuno considerarla tossica»⁵⁷.

Il rinvio operato alle norme tecniche dalle norme giuridiche imprecise che regolano l'attività dell'Amministrazione comporta una sorta di giuridicizzazione di queste ultime, talché la discrezionalità c.d. tecnica costituisce attività di attuazione della norma imprecisa attraverso criteri ermeneutici del linguaggio tecnico ovvero alla luce di criteri di tecnica amministrativa⁵⁸.

⁵⁶ Sono quelli che richiedono ai fini della loro percezione delle competenze tecniche più o meno specialistiche e non consentono, dunque, una individuazione agevole da parte della pubblica amministrazione, che ovviamente non può essere onnisciente. Diversamente i fatti semplici sono quelli immediatamente percepibili da un uomo di media esperienza e grado culturale ed essi non presentano particolari problemi sia in relazione alla loro corretta individuazione (ad esempio l'età oppure l'altezza di una persona) da parte del funzionario, sia con riferimento al completo sindacato giurisdizionale che su di essi il giudice amministrativo può esperire.

⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 73.

⁵⁸ In questo senso si veda E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit. e F. CAMMEO, *La competenza di legittimità*, cit., 278. Sul pensiero di E. Presutti in ordine alla c.d. discrezionalità tecnica si rinvia al recente contributo di F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di E. Presutti: una categoria a tempo?*, reperibile in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

Un primo elemento concettuale distintivo tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica è, pertanto, che, nel primo caso, l'apprezzamento a cui è chiamata la Pubblica Amministrazione è puramente amministrativo, mentre nel secondo è “*tecnico amministrativo*”.

Un secondo elemento caratterizzante è, poi, quello che la discrezionalità amministrativa si riferisce ad una potestà ed implica, allo stesso tempo, un giudizio e una volontà, mentre la discrezionalità c.d. tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo ed implica esclusivamente un giudizio.⁵⁹

Nell'ipotesi di discrezionalità amministrativa il legislatore enuncia il fine pubblico che l'Amministrazione è chiamata a perseguire e quest'ultima deve poi esercitare i propri poteri in maniera coerente con le indicazioni provenienti dalla legge, nel presupposto che l'interesse pubblico sia ormai completamente definito e che proprio all'Amministrazione spetti bilanciarlo con gli altri interessi in gioco, pubblici o privati.

Nell'ipotesi di discrezionalità c.d. tecnica, invece, il legislatore svolge un ruolo consapevolmente ambiguo ed incompleto in quanto affida al modo in cui sarà attuato il concetto indeterminato la realizzazione dei “*giusti*” valori, mediante un giudizio da effettuarsi sulla base di canoni scientifici e tecnici e che non implica il potere di scegliere la soluzione più opportuna.

Nella discrezionalità c.d. tecnica l'Amministrazione è dunque chiamata a svolgere una valutazione tecnica e complessa, derivante dal carattere indeterminato del concetto indicato nella norma e la sua opinabilità.

⁵⁹ Sempre secondo la ricostruzione gianniniana, pacificamente accettata dalla dottrina, a differenza della discrezionalità amministrativa che si compone di due segmenti (giudizio e scelta), la discrezionalità c.d. tecnica si esaurisce in un giudizio: a seguito di quel giudizio potrà essere esercitata una scelta - ed in tal caso alla discrezionalità tecnica seguirà la discrezionalità amministrativa -, ma è solo tale scelta ad essere esercizio di potere discrezionale. Diversamente detto, il segmento valutativo (discrezionalità tecnica) e quello decisorio (discrezionalità amministrativa) appaiono ontologicamente diversi e cronologicamente distinti: a dispetto della confusione generata dall'uso del termine discrezionalità, per ambedue i casi, l'uno è un momento di valutazione del fatto, l'altro è ponderazione di interessi, vale a dire esercizio di potere amministrativo in senso stretto, cioè discrezionale.

Per tale ragione si è assistito allo spostamento dell'attenzione sul concetto di “*tecnica*”⁶⁰ come tratto caratterizzante le valutazioni tecniche e che, in definitiva, ha reso più complessa l'analisi dei tratti della discrezionalità c.d. tecnica e dei relativi riflessi, in specie sotto il profilo, che qui interessa, del tipo di sindacato giurisdizionale applicabile.

Peraltro, nel mondo attuale, in cui la regola tecnica (in particolare quella riconducibile a scienze cosiddette non esatte) svolge un ruolo

⁶⁰ Il termine “*tecnica*” in principio non era stato oggetto di analisi da parte della dottrina, che aveva valorizzato la norma imprecisa prima e la discrezionalità poi, attribuendo indirettamente all'elemento della tecnica una qualificazione neutra poco delineata in cui andavano a confluire nel pensiero di Cammeo e Presutti persino le regole di buona amministrazione; con il tempo la tecnica diviene elemento centrale attorno a cui analizzare i temi che pone la discrezionalità tecnica. Essa, nella sua evoluzione, da limite al sindacato giurisdizionale diviene limite alla discrezionalità stessa della pubblica amministrazione attraverso la riconduzione della tecnicità al diritto. Per una attenta analisi dei rapporti tra la normativa tecnica e il potere amministrativo, v. A. CROSETTI, *La disciplina dell'attività edilizia tra norme regolamentari e norme tecniche*, cit., pp. 165 ss.; l'A. mette in evidenza come sia un «dato di fatto che assai spesso, anche per effetto della complessità dei fenomeni sociali, la Pubblica Amministrazione, per conoscere la realtà sulla quale operare e decidere, non può limitarsi ad una mera percezione, semplice ed immediata, dai dati empirici, ma, sempre più, ha bisogno dell'apporto e dell'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche, onde potere conseguentemente assumere opzioni e scelte tra criteri alternativi e spesso opinabili. La funzione della normazione tecnica è, infatti, quella di offrire canoni di maggiore “*certezza*” alla scienza giuridica e ad processo decisionale delle amministrazioni pubbliche». La problematica della complessità della società e degli ordinamenti giuridici moderni anche in relazione al crescere delle nuove tecnologie scientifiche è messa in luce dalla estesa dottrina contemporanea. A titolo meramente indicativo si vedano i contributi comparsi nel volume a cura di G. BOCCHI, *La sfida della complessità*, Milano, 1986; E. MORIN, *Le vie della complessità*, in AA.VV., *La sfida della complessità*, a cura di G. Bocchi e M. Ceruti, cit., pp. 49 ss.; U. CERRONI, *Democrazia e tecnica*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 1998, n. 3-4, pp. 168 ss.. Molti autori evidenziano come la funzione della normazione tecnica sia quella di offrire canoni di maggior certezza alla scienza giuridica e al processo decisionale delle pubbliche amministrazioni; tuttavia, pur sottolineando che l'impiego della normazione tecnica costituisca un'esigenza connaturata alla struttura stessa e alla ragion d'essere dell'ordinamento giuridico e, conseguentemente del potere amministrativo, si vedano le acute osservazioni affinché questa certezza non diventi un mito rese da N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 20 ss.; ma anche da G. GERIN, *Riflessioni sulla crisi delle istituzioni: l'incertezza del diritto*, Milano, 1979; nonché M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, VI, pp. 769 ss.; nonché F. ANCORA, *Normazione tecnica, certificazioni di qualità e ordinamento giuridico*, Torino, 2000; da ultimi: A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, p. 154; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in F. FRACCHIA-M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, pp. 23 ss.; nonché A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, Milano, 2010.

vistosamente accresciuto e fondamentale nella composizione degli interessi⁶¹, lo stesso legislatore sempre più spesso rinvia ad essa ed affida all'Amministrazione il completamento di concetti tecnici, spesso imprecisi, che hanno assunto un ruolo chiave nell'attività amministrativa, anche in relazioni dei risultati che questa è tenuta a raggiungere⁶².

Se, come anticipato, un primo impulso in questo senso vi fu con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana⁶³, da ultimo il macrofenomeno della crisi del principio di legalità⁶⁴ ha definitivamente ed in misura ancora maggiore posto in rilievo la tecnica, poiché oggi, di fronte a

⁶¹ Sul tema, in dottrina si rinvia a A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinale e concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., p. 5, dove l'A. evidenzia come «L'espansione della tecnica nella strutta delle relazioni giuridiche costituisce sicuramente una delle più rilevanti tendenze in atto nell'ordinamento giuridico». L'A. altresì mette in evidenza come simile dinamica costituisca il riflesso del dominio che la tecnica e la scienza hanno assunto nelle civiltà occidentali come già sottolineato da E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988, p. 76, secondo il quale «la potenza della scienza ottiene un riconoscimento sociale che non è più ottenuto dalla magia, dalla religione dalla politica».

⁶² Il mutamento di prospettiva che portò a ricercare il fondamento della discrezionalità tecnica nel concetto di tecnicità determinò, a sua volta, un'intensificazione, a partire dalla seconda metà del Novecento, degli studi in ordine al processo di tecnicizzazione dell'attività amministrativa. Le cause del suddetto mutamento di prospettiva e, con esso, dell'importanza sempre maggiore assunta dalla *tecnica* nel comportamento pubblico sono molteplici e vanno ricercate in un complesso di fattori storici e politici, v. *supra*. Inoltre, tra le cause di tale mutamento vi è anche la modifica della prospettiva di studio della dottrina amministrativista della metà del secolo scorso, la quale, come noto, abbandonò gli studi sull'atto amministrativo per dedicarsi all'analisi dell'attività amministrativa in senso proprio.

⁶³ Quando i caratteri propri dello Stato di diritto si aggiunsero a quelli dello Stato sociale, determinanti il mutamento nella visione della pubblica amministrazione, nel passaggio da un'amministrazione-autorità ad una amministrazione erogatrice di beni e servizi. Per altro verso, l'entrata in vigore della Costituzione giocò un ruolo decisivo in ordine alla ripresa del dibattito relativo alla tutela giurisdizionale del cittadino di fronte all'esercizio di una discrezionalità cosiddetta tecnica che ancora era troppo sottratta al sindacato del giudice amministrativo.

⁶⁴ Sul punto si richiama F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecniche mercato*, cit., secondo cui «La detta crisi è ormai il punto di partenza obbligato di ogni ricerca nel diritto amministrativo»; nonché G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 20, per cui «ha concorso a squalificare il ruolo della legge o più spesso del legislatore l'orientamento di una parte degli amministrativisti volto a valorizzare l'autonomia dell'amministrazione come se questa godesse di un'auto Fondazione oggi declinata in termini di efficienza, efficacia ed economicità come criteri di legittimazione autonomi rispetto alla legalità (...). Ed ha operato nello stesso senso la riflessione dei filosofi del diritto e dei costituzionalisti sulla creatività dell'interpretazione giudiziaria e la irrisoluzione della vecchia idea della giurisdizione come attuazione della legge nel caso concreto (...). Il primato della legge viene così contestato ora perché si fa leva sull'autonomia dell'amministrazione (...) ora perché viene esaltata la libertà dei giudici».

qualsivoglia problema tecnico, il legislatore sostanzialmente abdica l'esercizio del proprio potere⁶⁵ e delega la fissazione della regola finale ad organi muniti delle necessarie competenze⁶⁶, al fine di produrre discipline flessibili e altamente specialistiche, con conseguente proliferazione di concetti indeterminati.⁶⁷

Si può quindi correttamente affermare, ad avviso di chi scrive, che l'evoluzione della tecnica unitamente alla crisi della legalità ha significato e ha prodotto due effetti concorrenti: a) i casi statisticamente ascrivibili all'ambito della discrezionalità c.d. tecnica sono aumentati in modo notevole rispetto a quelli ascrivibili alla discrezionalità amministrativa pura⁶⁸; b) la

⁶⁵ Sul progressivo indebolimento del potere legislativo si veda, di recente, F. SAIITA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, pp. 21 ss., dove l'A. mette in evidenza come a tale fenomeno abbiano contribuito più fattori: «Innanzitutto, la complessità giuridica, categoria madre della postmodernità (...) le profonde svolte evolutive che so sono verificate nella nostra società a partire dalla seconda guerra mondiale, ed in particolare negli ultimi decenni, hanno inciso profondamente sul sistema delle fonti del diritto, compromettendo fortemente l'incontestabile vantaggio della codificazione in termini di certezza del diritto».

⁶⁶ Sul tema si veda G. MORBIDELLI, *La discrezionalità amministrativa dopo la separazione tra politica e amministrazione*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, cit., pp. 11 ss., dove l'A. svolge una attenta ed approfondita analisi in ordine al principio di separazione tra politica ed amministrazione.

⁶⁷ Sul conclamato indebolimento strutturale della legge quale strumento di coordinamento e indirizzo degli apparati amministrativi diversificati e multiformi si veda anche la lucida analisi di D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, cit., secondo il quale «l'evoluzione della tecnica, le politiche di liberalizzazione, le nuove istituzioni di regolazione, la perdita di centralità dello Stato rispetto alle istituzioni europee hanno mutato in profondo la relazione tra autorità società e diritto pubblico. Il principio di legalità ha appare ormai distante dall'archetipo secondo cui ogni manifestazione dei pubblici poteri deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) in importanti settori della vita economica e sociale, l'ordinamento predilige forme fluide di "indirizzamento" alla realizzazione di valori e principi e non comandi rigidamente positivizzati».

⁶⁸ Parte della dottrina è arrivata a sostenere che la discrezionalità pura, intesa come comparazione tra pubblico interesse e interessi secondari, rivesta carattere per molti aspetti residuali: secondo un convincimento forse estremo, sembra ormai addirittura «difficile riconoscere ancora l'amministrazione nel suo insieme il titolo originario di professionista della cura di un pubblico interesse», v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

linea di discriminare tra opinabilità (prerogativa della discrezionalità tecnica) ed opportunità (prerogativa del merito) è divenuta sempre più impalpabile.⁶⁹

Alla luce delle considerazioni sin qui rese, enucleare una definizione della discrezionalità c.d. tecnica non è evidentemente cosa semplice.

Tralasciando per ora la complessa evoluzione della nozione della discrezionalità c.d. tecnica (culminata a livello giurisprudenziale con la sentenza del Consiglio di Stato 9 Aprile 1999, n. 601)⁷⁰, essa, in estrema sintesi, può oggi essere descritta come quella attività amministrativa che consiste non nella comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari a cui segue una scelta tra possibili misure alternative (tutte) volte alla cura dell'interesse pubblico, bensì nel mero esame di fatti che costituiscono i presupposti per l'adozione del provvedimento, mediante l'uso di regole tecniche (a cui la norma giuridica rinvia) che appartengono a scienze diverse da quella giuridica e che abbiano natura di scienze c.d. “non esatte”, vale a dire non idonee, ove applicate, a fornire una sola risposta corretta.

Detto altrimenti, la discrezionalità tecnica può essere definita come una forma di discrezionalità particolare nella quale sono dominanti due caratteri: il primo, consiste nell'essere basata su regole non giuridiche ma tecniche; il secondo, nell'essere fondata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili.

In ragione della natura non esatta delle discipline scientifiche in questione, il risultato prodotto dalla loro applicazione è, in misura variabile, comunque opinabile⁷¹, indipendentemente dal fatto che sia attendibile, cioè

⁶⁹ Sul punto si richiama sinteticamente ancora una volta quanto prospettato da F. CINTIOLI, (voce) *Discrezionalità tecnica (Diritto Amministrativo)*, cit..

⁷⁰ Vedi *infra*, par. 6.

⁷¹ V. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i problemi profili tecnici opinabili*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «per valutazioni tecniche che presentino “un obiettivo margine di opinabilità” si intendono comunemente quelle relative a realtà fattuali che si prestino ad apprezzamenti soggettivi di segni opposto, ovvero quelle che riguardano casi in cui la scienza fornisce più soluzioni al singolo problema, senza che sia possibile pervenire a risultati che raggiungano la soglia dell'attendibilità. Con la conseguenza, si suppone, che una decisione che si muova

indipendentemente dal fatto che tale discipline siano state applicate correttamente.

A titolo esemplificativo, è opinabile la scelta strategica che ispira la pianificazione urbanistica, così come é opinabile la congruità delle giustificazioni offerte dal partecipante ad una gara di evidenza pubblica a corredo di un'offerta sospetta di anomalia.⁷²

Ciò che dottrina e giurisprudenza sottolineano é che, nonostante l'opinabilità dei risultati delle valutazioni tecniche⁷³, dette valutazioni non sono scelte, ma valutazioni di fatto sulla base di regole tecniche e che, per tale ragione, non possono confondersi con la discrezionalità amministrativa c.d. pura, la quale – come visto - consiste in una mera scelta.

Ad ogni buon conto, se è vero che la questione centrale della discrezionalità c.d. tecnica riguarda il suo controllo *ab externo*, diventa allora essenziale rintracciare i caratteri ed i margini del sindacato relativo alle corrispondenti valutazioni amministrative, in modo da individuare i confini nonché il grado di effettività del sindacato giurisdizionale sulle determinazioni amministrative “*opinabili*”.

all'interno di tali apprezzamenti e di tali risposte è di per sé legittima (salvo il controllo di ragionevolezza, logicità ecc.), in quanto conforme a quanto consentito dal dettato normativo: tant'è che si applicano ad essa i canoni propri della discrezionalità amministrativa». Un analogo ordine di idee manifesta anche V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, pp. 529-530: «Ove l'opinabilità in concreto delle valutazioni (valutazioni tecniche naturalmente) di un fatto da parte dell'amministrazione stia a fronte di valutazioni diverse dello stesso fatto acquisite all'istruzione processuale, che risultino altrettanto opinabili, la valutazione dell'amministrazione resterà ferma, come quella che non risulterà non veritiera, e perciò risulta legittima».

⁷² È proprio tale opinabilità che ha condotto spesso dottrina e giurisprudenza a confondere le valutazioni tecniche con la discrezionalità amministrativa: l'opinabilità comporta un'incertezza circa l'esito dell'apprezzamento tecnico. Ecco perché si è sostenuto, e ancora si sostiene, che la valutazione tecnica abbia qualcosa di discrezionale che la accomuna alla discrezionalità amministrativa; appunto per tale ragione la valutazione tecnica è stata spesso ritenuta riservata alla pubblica amministrazione: se il criterio da applicare è opinabile allora significa che l'amministrazione deve scegliere e deve farlo in base al parametro del pubblico interesse. Si veda, al riguardo si veda V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 39; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 365 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa cura di G. MIELE, Padova, 1960, pp. 410-11.

⁷³ Dottrina e giurisprudenza qualificano questo tipo di esame dei fatti - oltre che con l'espressione discrezionalità tecnica, anche con la locuzione “*valutazioni tecniche*”.

E ciò in quanto nel momento in cui una regola tecnica, mediante l'attività della P.A., entra a far parte dell'ordinamento giuridico la stessa deve necessariamente soggiacere alle dinamiche e problematiche proprie del controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa, assumendo in tal modo anche rilievo pratico il problema del trattamento giurisdizionale delle valutazioni tecniche.

Del resto è indubitabile che la questione teorica della discrezionalità tecnica abbia assunto rilievo soprattutto in sede di concreto trattamento giurisdizionale⁷⁴: diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la categoria della discrezionalità tecnica è stata elaborata soprattutto per limitare l'intensità del sindacato del giudice amministrativo a fronte di date attività e valutazioni non riconducibili pienamente nel novero della vera discrezionalità.⁷⁵

Proprio per tale ragione, a partire dagli Ottanta del secolo scorso, tale categoria ha iniziato a scontrarsi con la crescente domanda di rafforzamento delle garanzie giurisdizionali nei confronti dell'attività della Pubblica Amministrazione, dando luogo ad una ridefinizione delle coordinate concettuali della discrezionalità tecnica.

Ridefinizione, questa, evidentemente correlata all'emersa inadeguatezza di tutela per il cittadino nell'ipotesi di esercizio di siffatta discrezionalità, sottolineandosi la necessità che l'attribuzione all'Amministrazione, da parte del legislatore, del compito di effettuare valutazioni tecniche ovvero determinarsi in base alla tecnica dovrebbe

⁷⁴ Come affermato da M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*. Milano, 1939, p. 42, la nozione di discrezionalità tecnica «interessa soprattutto il diritto amministrativo processuale». Più recentemente, anche V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 294, ha osservato che «La dottrina della “discrezionalità tecnica” attiene propriamente al sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa».

⁷⁵ È comune in dottrina l'osservazione secondo cui il giudice amministrativo si è sempre mostrato restio a controllare pienamente le valutazioni tecniche dell'Amministrazione. Anzi, come affermato da M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001 p. 75, «la stessa nozione di discrezionalità tecnica sembra potersi considerare il frutto delle elaborazioni giurisprudenziali e dei limiti che il giudice amministrativo ha da sempre e costantemente, imposto al proprio sindacato».

ampliare e non limitare gli spazi di sindacato del giudice amministrativo, in quanto la tecnica, pur essendo opinabile, non dovrebbe costituire un ostacolo alla piena conoscibilità della valutazione da parte del giudice, la quale dovrebbe in ogni caso rimanere nell'alveo dei tradizionali canoni del sindacato di legittimità.

Il percorso teorico teso all'apertura di un sindacato maggiormente penetrante del giudice amministrativo sulla tecnica, che solo a partire dagli anni Novanta del secolo scorso ha iniziato a trovare asilo anche in sede giurisprudenziale sulla scorta del teorico riconoscimento dell'astratta sindacabilità intrinseca della valutazioni tecniche opinabili seppur nei limiti della loro attendibilità⁷⁶, si è venuta peraltro ad intensificare con il coetaneo processo di trasformazione del sistema di giustizia amministrativa⁷⁷ nella prospettiva di garanzia di effettività di tutela.⁷⁸

⁷⁶ E' questa, infatti, la nota prospettiva della fondamentale sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 609, v. *infra* par. 6.

⁷⁷ Sul tema si rinvia all'interessante contributo di P. CARPENTIERI, *Azione di accertamento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, p. 385, dove l'A. affronta, tra l'altro, la tematica del "giudice amministratore e separazione dei poteri; effettività, soddisfattività, o eccesso di potere?".

⁷⁸ Si rammentano le parole di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, p. 41, secondo cui il processo deve assicurare al singolo «praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire». In dottrina, cfr. *ex multis* R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (2010); A.G. PIETROSANTI, *I principi generali del processo amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, pp. 114 e ss. L'effettività della tutela viene definita come la «capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, e ciò per quanto è possibile ...». Analoga espressione la si ritrova in giurisprudenza: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1432 in *Giur. Cost.*, 2012, I, p. 612 ove si afferma che l'effettività è «la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto dal ricorrente la cui pretesa si sia rivelata fondata.» E sul punto, il Cons. di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, ha chiarito che tale obiettivo si può perseguire solo 1) contenendo in tempi ragionevoli la risposta giurisdizionale e 2) evitando inutili duplicazioni di accesso alla tutela giurisdizionale stessa. In dottrina si rinvia a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, p. 308. Sulla rilevanza costituzionale del principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dall'art. 24 Cost., si veda F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045. Analogamente si veda anche N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000. Di recente, si veda anche D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 3, 2023, pp. 591 ss.. Per una attenta riflessione

La dottrina⁷⁹, infatti, sottolinea come, a fronte dell'accertamento e della relativa valutazione dei fatti pur “*complessi*” posti a fondamento del provvedimento amministrativo, l'Amministrazione non può più beneficiare di una presunzione di attendibilità privilegiata nel processo amministrativo, sia per essere questo oggi improntato al principio di parità delle parti⁸⁰, sia tenuto conto del fatto che il giudice amministrativo, mediante il notevole ampliamento dei mezzi istruttori utilizzabili⁸¹, può ora ripercorrere sia la logica che la sostanza della valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione.

sull'evoluzione della giustizia amministrativa trascorsi cinquanta anni dall'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, si veda P. PIRAS, *Cinquanta anni di esperienza della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Crisi di mezza età o seconda giovinezza?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 618 ss., dove l'A. evidenzia come la giustizia amministrativa si «è “naturalmente” adeguata alla trasformazione del potere in linea con l'evoluzione della società e alla conformità del nostro sistema all'ordinamento europeo, specialmente per quanto attiene l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale delle persona nei confronti dell'amministrazione, andando oltre il mero fine della caducazione del provvedimento illegittimo, per transitare, coerentemente al principio costituzionale dell'effettività, verso la piena tutela del rapporto giuridico sostanziale sotteso. Sindacato pieno sull'esercizio del potere, dunque, da parte del giudice amministrativo che ha saputo adeguarsi all'evoluzione del potere pubblico, in questo modo conservando la connotazione di giudice “naturale” nei confronti dell'amministrazione che ha agito come autorità e, dunque, rivelando la propria attualità e utilità. Il suo essere ancora “risorsa”».

⁷⁹ Si rinvia a A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 439-460.

⁸⁰ Sul tema sia consentito altresì rinviare allo scritto di chi scrive, *Brevi riflessioni sulla parità delle armi nel processo amministrativo e sul ruolo del giudice amministrativo nel superamento delle disuguaglianze tra pubblica amministrazione e privati nel diritto amministrativo sostanziale*, in *Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale*, a cura di P. Ivaldi e L. Schiano di Pepe, Genova, 2023, pp. 217 ss.

⁸¹ Sempre secondo A. TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2014, pp. 268-269, «l'introduzione della consulenza tecnica dovrebbe circoscrivere i margini di insindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione». Sui poteri istruttori del giudice amministrativo si veda, di recente, V. CARACCILO LA GROTTIERA, *Verificazione e consulenza tecnica nel processo amministrativo. Nota a Cons. Stato 24 marzo 2023 n. 3025*, in *www.giustiziainsieme.it*; si veda anche G.A. CHIESI, *Un nuovo mezzo istruttorio nel processo amministrativo. La consulenza tecnica e sua rilevanza con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica*, in *Corr. Giur.*, 2003, 2, p. 233.

4. *Le diverse tipologie di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità c.d. tecnica.*

Le tipologie di sindacato astrattamente praticabili sulle valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione possono essere tre: a) il sindacato c.d. “*estrinseco*”; b) il sindacato c.d. “*intrinseco debole*”; c) il sindacato c.d. “*intrinseco forte*”.

Mediante il sindacato “*estrinseco*” il giudice si limita a verificare se la valutazione tecnica sia viziata o meno dai sintomi dell'eccesso di potere.

Più precisamente, secondo tale modello di controllo nell'ipotesi in cui non siano riscontrati vizi di logicità, insufficienza di motivazione, contraddittorietà, travisamento dei fatti ovvero tutti quei vizi facilmente individuabili mediante l'esame del provvedimento e degli atti preparatori, l'atto amministrativo non potrebbe essere annullato.

Il sindacato “*estrinseco*” tende dunque a individuare solo i vizi del ragionamento, senza che il giudice amministrativo possa ripetere le operazioni tecniche svolte dai pubblici apparati.

Il giudice amministrativo, in altre parole, non potrebbe valutare direttamente la valutazione tecnica operata dall'Amministrazione per accertare se la stessa sia attendibile o meno, non potendosi pertanto per tale via verificare né l'adeguatezza del criterio tecnico desunto dalla scienza opinabile utilizzata, né la correttezza del procedimento applicativo di tale criterio.

Il sindacato c.d. “*intrinseco debole*” è invece il modello di tutela avviato con la pronuncia del Consiglio di Stato n. 601 del 1999⁸².

In forza di questa tipologia di controllo il giudice non si limita a rilevare la presenza o meno degli indici sintomatici dell'eccesso di potere, ma può ripetere la valutazione tecnica mediante lo strumento della consulenza tecnica, così verificando in maniera diretta se detta valutazione sia attendibile ovvero se il criterio adottato sia sufficiente ed adeguato

⁸² V. *infra*, par. 6.

ovvero, infine, se il procedimento applicativo del criterio sia stato correttamente esperito.

Il provvedimento amministrativo potrà essere annullato qualora la valutazione compiuta dall'Amministrazione sia risultata inattendibile.

Al contrario, invece, vale a dire nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'attendibilità della stessa, il provvedimento non potrà essere annullato solo in quanto dalla consulenza tecnica sia emerso un risultato diverso rispetto a quello prodotto dall'apprezzamento tecnico della Pubblica Amministrazione, poiché un simile differente risultato è comunque compatibile con il carattere opinabile delle regole impiegate nei casi di discrezionalità c.d. tecnica; di conseguenza, il giudice non può far prevalere la propria opinabile soluzione - desunta dalla ripetizione della valutazione tecnica - su quella, altrettanto opinabile, della Pubblica Amministrazione ed annullare perciò solo il provvedimento impugnato.

E ciò in quanto, qualora facesse prevalere la propria opinabile soluzione, il giudice amministrativo si ingerirebbe nel potere già esercitato dalla Pubblica Amministrazione, violando il principio di divisione dei poteri e la riserva di amministrazione che copre le valutazioni tecniche.

Occorre evidenziare, peraltro, come in caso di annullamento a seguito di ripetizione di una valutazione tecnica risultata inattendibile, il vincolo per la Pubblica Amministrazione che si trova a dover riesercitare il potere risulta più stringente di quanto accada nel modello di sindacato meramente estrinseco, fermo restando che, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, il giudice amministrativo non potrà comunque emanare una sentenza che sostituisca il provvedimento viziato da una valutazione tecnica scorretta.

In ultimo, il sindacato c.d. intrinseco "*forte o sostitutivo*" costituisce, invece, il modello in base al quale, se la ripetizione della valutazione dovesse condurre ad un risultato diverso da quello ottenuto dalla Pubblica Amministrazione (evenienza, questa, del tutto possibile stante la natura opinabile della regola tecnica), il giudice può far prevalere tale risultato

anche qualora la valutazione operata dalla Pubblica Amministrazione fosse risultata attendibile, cioè corretta.

Detto altrimenti, anche in ragione esclusivamente di tale prevalenza il giudice amministrativo potrebbe annullare il provvedimento gravato, fermo restando l'impossibilità di adottare direttamente una pronuncia che lo sostituisca.

5. L'evoluzione della giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche prima della sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999.

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

Conseguentemente, come la valutazione di merito è stata inizialmente ritenuta insindacabile dal giudice amministrativo e solo successivamente sindacabile attraverso la figura sintomatica dell'eccesso di potere – ossia mediante un sindacato c.d. estrinseco –, la medesima evoluzione ha caratterizzato anche il controllo giudiziale sulla discrezionalità c.d. tecnica.⁸³

Tale originario indirizzo giurisprudenziale in favore dell'insindacabilità si fondava sull'assunto dell'assimilabilità dell'opinabilità al merito, con la conseguenza che qualora si trattasse di soluzioni opinabili – come sono le valutazioni tecniche – la scelta doveva compiersi «*in relazione a valutazioni di pubblico interesse*»⁸⁴.

Peraltro, siffatta impostazione giurisprudenziale – che affermava l'assoluta insindacabilità della valutazione operata dalla P.A. – aveva mostrato, sin dall'origine, talune aperture.

⁸³ In questo senso, si veda Cons. di Stato, Sez. IV, 25 Marzo 1996, n. 380; T.A.R. Lazio, Latina, 10 ottobre 1998, n. 994; T.A.R. Lazio, Latina, 2 Aprile 1996, n. 377; Cons. di Stato, Sez. IV, 2 novembre 1992, n. 940; Cons. di Stato, Sez. IV, 23 ottobre 1991, n. 846.

⁸⁴ Così C. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 39.

È il caso della pronuncia della quarta Sezione del Consiglio di Stato del 13 giugno 1902 annotata da Federico Cammeo⁸⁵, dove il Collegio aveva ritenuto comunque sindacabile «l'esistenza dell'urgenza che autorizza le deputazioni provinciali e le giunte comunali a sostituirsi ai consigli».

Tali aperture verso l'ammissibilità di un sindacato “*estrinseco*” sono comparse in diverse decisioni anche nei successivi decenni⁸⁶, soprattutto nei contenziosi in ordine all'importanza storico-artistica di un bene ovvero sull'interesse paesistico e culturale di un immobile⁸⁷, ovvero ancora sui giudizi aventi ad oggetto i concorsi ed il pubblico impiego⁸⁸.

In definitiva, dunque, sino ancora agli anni Novanta del secolo scorso⁸⁹, l'orientamento giurisprudenziale non risultava pertanto uniforme⁹⁰, risultando suddiviso tra coloro che prediligevano per l'insindacabilità assoluta⁹¹ e coloro che praticavano il solo sindacato estrinseco per eccesso

⁸⁵ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit.

⁸⁶ C.f.r. Cons. St., Sez. V, 15 giugno 1934 n. 708, in *Foro amm.*, 1934, I, 2, p. 246; Cons. St., Sez. V, 25 novembre 1936 n. 1077, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, p. 62; Cons. St., Sez. V, 1 febbraio 1935 n. 60, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, II, p. 169; Cons. St., Sez. V., 7 luglio 1936, n. 727, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, p. 610; Cons. St., Sez. IV, 5 marzo 1932 n. 104, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, II, p. 323; Cons. St., Sez. V, 13 luglio 1938 n. 405, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, II, p. 669; Cons. St., Sez. V, 13 ottobre 1937 n. 1095, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, p. 721; Cons. St., Sez. IV, 6 ottobre 1936 n. 457, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, p. 613; Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 1948, n. 658; Cons. St., Sez. V, 1° luglio 1950, n. 813.

⁸⁷ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 25 marzo 1964, n. 267; Cons. St., Sez. VI, 17 novembre 1964, n. 821; Cons. St., Sez. VI, 8 novembre 1961, n. 851; Cons. St., Sez. I, 20 settembre 1960, n. 1738; Cons. St., Sez. I, 9 dicembre 1953, n. 2144; Cons. St., Sez. VI, 21 settembre 1999, n. 1243; T.A.R. Lazio, II, 25 febbraio 1989, n. 311, in *TAR*, 1989, I, 837.

⁸⁸ Cons. di Stato, Sez. IV, 4 settembre 1992, n. 731, in *Foro it.*, 1992, n. 1872.

⁸⁹ Si veda L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 2, p. 422.

⁹⁰ Sul tema si rinvia a F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, Milano, 1998, pp. 113 ss..

⁹¹ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 7 aprile 1997, n. 559, in *Foro amm.*, 1997, p. 1124; Cons. giust. Amm. Sicilia, 29 dicembre 1997, n. 579, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 1743; Cons. St., Sez. VI, 15 aprile 1996, n. 492, in *Foro amm.*, 1996, p. 1175; Cons. St., Sez. VI, 24 febbraio 1996, n. 247, in *Foro amm.*, 1996, p. 627; Cons. St., Sez. VI, 14 febbraio 1996, n. 211, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 284; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 novembre 1995, n. 605, in *Foro amm.*, 1996, p. 307; Cons. St., Sez. VI, 20 novembre 1995, n. 1321, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, p. 156; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 febbraio 1995, n. 159; Cons. St., Sez. V, 3 maggio 1995, n. 682; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 21 dicembre 1994, n. 406; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 aprile 1992, n. 118; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 5 giugno 1991, n. 399; Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 1992, n. 139.

di potere nella forme dell'illogicità, dell'errore nei presupposti di fatto o per vizio di motivazione⁹².

⁹² In genere sono richiamati i concetti di "ragionevolezza" e di "logicità". Cfr. T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, in *T.A.R.*, I, 1993, p. 4288 ss: «La discrezionalità tecnica ha una portata meno vasta di quella c.d. pura, che si concreta in apprezzamenti non condizionati da principi consolidati nel campo dello scibile, in particolare nel campo del diritto (...). Il potere del giudice amministrativo di cognizione o di accertamento della realtà fattuale e quindi della materiale esistenza del fatto, nei limiti connaturali e generali che caratterizzano il processo amministrativo di impugnazione, deve ritenersi autonomo e completo, potendosi spingere a sindacare sia la discrezionalità amministrativa in senso stretto che la discrezionalità c. d. tecnica sotto tutti i profili dell'eccesso di potere ed in particolare in relazione ai profili attinenti alla intrinseca logicità dei provvedimenti costituenti esercizio di tale potestà discrezionale ed ai profili concernenti la loro formale congruenza rispetto al fine concreto che l'Amministrazione deve perseguire, ferma restando l'insindacabilità del merito di entrambe»; si veda anche Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 1991, n. 160, in *Foro amm.*, 1991, p. 385, dove si legge che «Il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti che esprimono discrezionalità tecnica è ammissibile ove sia censurata la ragionevolezza delle valutazioni effettuata»; Cons. St., Sez. IV, 1 luglio 1992 n. 654, in *Cons. St.*, 1992, dove di afferma che «E' illogica una scelta amministrativa che, con riguardo alla concreta situazione di fatto, non è ragionevole attendersi in alcun caso». Nello stesso senso, *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 4 ottobre 1993, n. 978, in *Foro amm.*, 1993, p. 2072; Cons. St., Sez. VI, 5 novembre 1993 n. 801, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1459; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Parma, 16 gennaio 1995, n. 13, in *Foro amm.*, 1995, p. 1057; T.A.R. Molise, 3 febbraio 1995, n. 28, in *Trib. Amm. Reg.*, 1995, I, p. 1825; Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 1995, n. 518, in *Foro amm.*, 1995, p. 1026; T.A.R. Lazio, Sez. II, 22 giugno 1995, n. 1093, in *Foro amm.*, 1996, p. 218; Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 1996, n. 365, in *Foro amm.*, 1996, p. 861; Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 1996, n. 305, in *Foro amm.*, 1996, p. 826; Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 1996, n. 1058, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, p. 127; Cons. St., Sez. VI, 18 luglio 1996, n. 950, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1199; T.A.R. Lazio, Sez. II, 15 maggio 1996, n. 944, in *Trib. Amm. Reg.*, 1996, I, p. 1758; Cons. St., Sez. VI, 1 febbraio 1996, n. 165, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 254; T.A.R. Lazio, Sez. II, 24 aprile 1996, n. 897, in *Trib. Amm. Reg.*, 1996, I, p. 1773; Cons. St., Sez. II, 23 ottobre 1996, n. 3184, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 1307; T.A.R. Toscana, Sez. I, 3 novembre 1997, n. 458, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, p. 131; T.A.R. Toscana, Sez. II, 17 settembre 1997, n. 596, in *Foro amm.*, 1998, p. 1536; Cons. giust. Amm. Sicilia, Sez. giurisd., 3 settembre 1997, n. 335, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 1271; T.A.R. Veneto, Sez. II, 29 ottobre 1996, n. 1801, in *Giur. merito*, 1997, p. 603; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28 gennaio 1998, n. 36, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 122; Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 1998, n. 358, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 454; Cons. St., Sez. V, 22 giugno 1998, n. 463, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 935; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Parma, 29 luglio 1998, n. 415, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, p. 3737; Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 1998 n. 358 in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 454.

6. *La sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999.*

Solamente nel 1999 il Consiglio di Stato ha accolto le teorie dottrinali che qualificavano le valutazioni tecniche non (più) come apprezzamenti svolti sulla base di norme non giuridiche, bensì come accertamenti di fatti complessi – costituenti i presupposti di fatto del provvedimento amministrativo –, che debbono essere conformi a norme giuridiche (in cui sono per l'appunto assorbite le norme tecniche richiamate) a pena di illegittimità.

Tali apprezzamenti, secondo la giurisprudenza andatasi a formare, possono essere sottoposti anche ad un sindacato intrinseco, il quale deve spingersi a valutare sia l'idoneità dei criteri tecnici prescelti, sia la loro corretta applicazione.

La pronuncia della quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 9 aprile 1999⁹³ rappresenta, quindi, il primo vero momento di frattura rispetto all'orientamento tradizionale, che, come visto, riconosceva la sola sindacabilità estrinseca della discrezionalità tecnica, riconoscendo *expressis verbis* – in sintonia con quanto sostenuto dalla dottrina più evoluta⁹⁴ – la possibilità di un sindacato che si spinga fino alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il duplice profilo della correttezza del criterio tecnico individuato e della correttezza del procedimento applicativo seguito dall'Amministrazione per l'applicazione dello stesso.

⁹³ La decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 è riportata: in *Cons. St.*, n. 4, 1999, I, pp. 584 ss; in *Corr. giur.*, n. 6, 1999, pp. 694 ss; in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 1999, pp. 1179 ss. con commento di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*; in *Dir.proc. amm.*, n. 1, 2000, pp. 182 ss. con commenti di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *ivi*, pp. 185 ss e di P. LAZZARA, *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, pp. 212 ss; in *Foro amm.*, n. 2, 2000, pp. 422 ss, con commento di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *ivi*, pp. 424 ss.

⁹⁴ In particolare, cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, *cit.*, pp. 437 ss.

La fattispecie decisa trae origine dall'impugnazione, da parte di un magistrato in quiescenza, del provvedimento avente ad oggetto il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una cardiopatia ischemica.

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

Conseguentemente, il giudice di prime cure aveva ritenuto che l'onere di motivare il provvedimento di diniego del riconoscimento fosse stato adeguatamente assolto con il solo riferimento al valore probabilistico di specifici fattori di rischio, atteso che in assenza della possibilità di dimostrare con certezza la causa di una affezione “a genesi multifattoriale”, il contenuto specialistico del procedimento valutativo è sottratto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

La pronuncia di primo grado confermava, quindi, la tradizionale preferenza per il sindacato estrinseco.

Tale decisione veniva appellata dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, con la sentenza della Quarta Sezione n. 601 del 1999, parte dalla considerazione della necessità di realizzare una distinzione di fondo tra la valutazione dell'interesse pubblico concreto afferente al c.d. merito amministrativo, riservato alla P.A., e la c.d. discrezionalità tecnica, che invece ricorre quando, per provvedere su un determinato oggetto, sia necessario applicare una norma tecnica a cui una norma giuridica conferisca rilevanza diretta o indiretta.

Segnatamente, si legge, infatti, nella pronuncia in esame che «ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità infatti è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato (...): dunque, del merito dell'atto amministrativo. La c.d. “discrezionalità tecnica”, invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica

conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito».

Quindi, se la cognizione del merito è preclusa al giudice amministrativo nel giudizio di legittimità, allo stesso non è invece preclusa l'indagine sui presupposti di fatto del provvedimento⁹⁵, atteso che «anzi, il potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato viene considerato come lo specifico della giurisdizione amministrativa di legittimità che la differenzia dal giudizio di legittimità, che caratterizza il ricorso per Cassazione».

In altre parole, quindi, secondo il Consiglio di Stato, il potere di accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento impugnato costituisce un aspetto essenziale della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e non può essere limitato dalla presenza di regole tecniche.⁹⁶

⁹⁵ Al riguardo la pronuncia di qua fa proprio la linea argomentativa del giudice ordinario, citando la sentenza della Cass. Civ., 5 agosto 1994, n. 7261, secondo cui «con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato decesso di potere giurisdizionale denunciabile ai sensi dell'articolo 111, 3° comma, Cost., sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione delle 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 indagli sui presupposti di fatto il provvedimento impugnato».

⁹⁶ Sul punto, cfr. A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 88, per il quale il giudizio amministrativo sulla discrezionalità amministrativa «si risolve in un'operazione di individuazione della materialità di un fatto»; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, cit., p. 463 ss e, in particolare, p. 529, il quale conclude nel senso che «il giudice amministrativo di legittimità [...] è, nel sistema vigente, giudice del fatto come del diritto, non incontra altre limitazioni nell'accesso diretto alla conoscenza dei fatti di causa, che non siano quelle poste dal carattere proprio del giudizio come giudizio di parti, e dalla (parziale) limitatezza dei mezzi

In tale prospettiva, nel proprio percorso argomentativo il giudice di secondo grado trae altresì spunto dell'intervento additivo della Corte costituzionale (segnatamente la sentenza n. 146 del 1987) – che aveva annullato l'art. 44 del Regio decreto n. 1054 del 1924 nella parte in cui non consentiva, in materia di processo sul pubblico impiego, l'esperimento della consulenza tecnica d'ufficio –, rilevando, per l'appunto, come la possibilità di impiego anche di siffatto mezzo istruttorio risulti evidentemente strumentale al più completo accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo.⁹⁷

Il Consiglio di Stato conclude, quindi, escludendo una “*riserva di amministrazione*” sulle valutazioni tecniche e reputando che, se deve ritenersi “*ragionevole*” la sussistenza di una riserva dell'Amministrazione in ordine al merito amministrativo – e cioè in materia di valutazione e di scelte afferenti all'interesse pubblico perseguito alla stregua dei canoni della buona amministrazione – poiché ciò costituisce la peculiarità dell'esercizio della potestà amministrativa, diversamente, invece, in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto, soprattutto se involgenti giudizi tecnici (e, quindi, non scelte), deve ritenersi “*ragionevole*”⁹⁸ la sindacabilità

istruttori». Pertanto, osserva l'A., «I margini di opinabilità che la conoscenza dei fatti [...] presenta, di tutti i fatti, come è noto, ma segnatamente di quelli ad accertamento tecnicamente complesso, non costituisce evidentemente un ostacolo alla loro acquisizione nel giudizio amministrativo».

⁹⁷ In particolare, nella pronuncia *de qua* si legge che «l'esperibilità della consulenza tecnica nel processo del lavoro pubblico, così come successivamente per le materie – edilizia, urbanistica, servizi pubblici - di giurisdizione esclusiva piena ai sensi dell'art. 35, comma 3, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, è strumentale al più completo accertamento del fatto, che, per quanto prima detto, deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità».

⁹⁸ Il termine di «*ragionevolezza*» è utilizzato espressamente dal Consiglio di Stato per legittimare il sindacato sulla discrezionalità c.d. tecnica e per negarlo sul c.d. merito. Sul principio di ragionevolezza, cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in on. di G. GUARINO*, Padova, 1998, p. 89 ss., per il quale detto principio assume un rilievo primario e trova come punti di riferimento costituzionali i principi di eguaglianza, d'imparzialità e di buon andamento. Si tratta di una vera e propria «clausola generale dell'azione amministrativa», che «permea» la legislazione positiva imponendosi ad essa; in sostanza per detto A. «La ragionevolezza equivale a correttezza ed adeguatezza della funzione», mentre per converso «l'irragionevolezza equivale a “*vizio della funzione*”». Dunque con riguardo al procedimento amministrativo, la ragionevolezza costituisce “il criterio che consente di

da parte del giudice.⁹⁹

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

In sostanza, la valutazione tecnica costituisce un giudizio che l'autorità amministrativa conduce, avvalendosi di conoscenze tecnico-specialistiche, su determinati elementi rilevanti ai fini di una data funzione amministrativa e non vi è alcuna scelta, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici deve essere condotto «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.»

Detto ancora diversamente, secondo il Consiglio di Stato qualora «la tecnica sia inserita nella struttura della norma giuridica», ossia quando nell'ambito delle disposizioni normative vi sia un richiamo *per relationem* a norme tecniche proprie di un certo settore delle scienze, si verifica una sorta di integrazione del tessuto della disposizione, la quale si arricchisce dei

verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nelle selezioni degli interessi, la conformità alla natura delle cose, e dunque la logicità e la coerenza del processo decisionale». Cfr., inoltre, R. VILLATA – G. SALA, (voce) *procedimento amministrativo*, in *Dig.disc. pubbl.*, vol. XI, 1996, p. 574 ss. (e, in part., p. 596) con riguardo specifico al principio di ragionevolezza, il quale rappresenta un «*principio normogenetico*» anche con riguardo al procedimento ed esprime i postulati della coerenza intrinseca, della razionalità e della logicità.

⁹⁹ In particolare, nella pronuncia in esame si legge che «era 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 del provvedimento amministrativo elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui ragionevole invece la sindacabilità giurisdizionale».

contenuti propri delle scienze richiamate, con la conseguenza che «l'applicazione di un criterio tecnico in modo inadeguato o ancora il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto».¹⁰⁰

Applicando le anzidette nuove coordinate ermeneutiche, il Consiglio di Stato ha quindi statuito che, nel caso sottoposto al proprio sindacato, il giudizio di esclusione della dipendenza da causa di servizio della cardiopatia ischemica costituisse affermazione di un criterio tecnico inadeguato, in quanto la dipendenza veniva esclusa per il solo fatto della preesistenza di fattori di rischio (fumo, diabete, arteriopatia), non tenendosi conto dell'accertato "*particolare affaticamento*" a cui ricorrente si era sottoposto.

Tale innovativa conclusione, come evidenziato dalla più attenta e critica dottrina, è stata tuttavia motivata dal Consiglio di Stato esclusivamente avendo riguardo alle «costanti acquisizioni giurisprudenziali» e non – come sarebbe stato più opportuno per fornire una immediata forza innovativa ai principi espressi nella parte motiva della sentenza – con l'incompatibilità rispetto ai risultati della scienza, né il giudice di appello ha ritenuto di fare ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio, derivandone – in concreto – l'inapplicazione delle proprie affermazioni di principio.¹⁰¹

Come autorevole dottrina ha evidenziato, poiché nella pronuncia in esame non è la soluzione opinabile ma solo quella inattendibile a poter

¹⁰⁰ In altre parole, il riferimento della norma giuridica alla norma tecnica determina, in sostanza, una fusione dei due ordini di disciplina, sicché l'interprete è posto davanti a proposizioni normative di tipo complesso ed il procedimento ermeneutico sarà necessariamente complesso.

¹⁰¹ Sotto questo profilo la decisione è stata criticata da L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 422, dove l'A. afferma che «non può essere apprezzata la decisione che qui si annota, poiché conclude per l'erroneità della decisione dell'amministrazione non sulla base della ripetizione della valutazione secondo le regole del sapere tecnico, ma sulla scorta di un ragionamento giuridico. A ragionare come fa il Consiglio di Stato, si perpetua l'idea che il giudice sia *peritus peritorum*, sicché il magistrato sarebbe titolare di una sorta di potere superiore di valutazione dei risultati cui giungono i periti, in forza del suo libero convincimento, sicché il suo intuito gli consentirebbe di scorgere laddove scienze e tecnica hanno, pure in modo opinabile, visto e detto».

essere annullata, «la portata della sentenza (...) appare meno dirimente di quanto certamente non sarebbe potuto essere se l'applicazione della teoria dei concetti giuridici indeterminati fosse stata integrale.»¹⁰².

Particolarmente interessante, poi, ad avviso di chi scrive, soprattutto alla luce del percorso giurisprudenziale che si avrà modo di analizzare nel corso della presente ricerca, si rivela altresì essere l'acuta osservazione di Aldo Travi¹⁰³, secondo cui la sentenza del Consiglio di Stato n. 901 del 1999 avrebbe di fatto introdotto una nuova ipotesi di eccesso di potere, vale a dire l'inattendibilità, assimilabile alla figura dell'«*errore manifesto di apprezzamento delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*», già presente nel sistema di giustizia amministrativa francese.¹⁰⁴

7. Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativi successivi alla pronuncia n. 601 del 1999.

Pur essendo una decisione ormai risalente nel tempo, la sentenza del 1999 continua ad essere il riferimento essenziale per esprimere i contenuti del controllo del giudice amministrativo sintetizzati con la formula del “*sindacato debole*”, laddove la debolezza indica un controllo caratterizzato sì dal pieno accesso al fatto e dalla ripetibilità delle operazioni tecniche, ma non dalla possibilità di sostituire il risultato del giudice a quello dell'Amministrazione, come accade invece per il contrapposto “*sindacato forte*”.

¹⁰² Cfr. D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, cit., p. 1179.

¹⁰³ Cfr. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., pp. 439-460.

¹⁰⁴ Tale osservazione è stata ripresa da C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, T.A.R. 2005, 4, p. 1359, secondo cui il sindacato intrinseco debole introdotto dalla pronuncia in esame sarebbe una «nuova figura di eccesso di potere destinata a consentire un maggior approfondimento del controllo del giudice sulle valutazioni tecniche».

La giurisprudenza, infatti, una volta assestata sui contenuti del sindacato debole, ha continuato a confrontarsi con la discrezionalità c.d. tecnica ed a misurare l'ambito del proprio intervento attraverso la mediazione delle formule dell'opinabilità e dell'attendibilità.

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si è focalizzato su due aspetti collegati.

Il primo, quello dei mezzi con cui il giudice amministrativo può accedere al mondo della tecnica¹⁰⁵, in particolare la consulenza tecnica e la verifica¹⁰⁶, sottolineando la dottrina, anche di recente, la primaria rilevanza dell'istruttoria quale «garanzia per un autentico sindacato della discrezionalità tecnica»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Sul tema, si rinvia al recentissimo contributo di B. TOGNOLETTI, *Il sindacato sugli atti valutativi di giudizio*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI, cit, p. 67, dove l'A. evidenzia come un accesso pieno al fatto comporta che il giudice, oltre ad acquisire direttamente i fatti e stabilirne autonomamente la rilevanza, debba altresì acquisire i criteri e gli elementi di valutazione necessari per controllare la correttezza delle qualificazioni operate dall'Amministrazione; acquisizione, questa, che, secondo l'A., viene generalmente operata solo mediante la disposizione di una verifica o una consulenza tecnica d'ufficio, talché il pieno accesso al fatto può anzitutto misurarsi sulla decisione del giudice di disporre o meno un mezzo istruttorio.

¹⁰⁶ Sul percorso giurisprudenziale e sulle sollecitazioni dottrinali a favore dell'introduzione della c.t.u. nel processo amministrativo, v. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 297; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, p. 136; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, p. 1334; S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 242; M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civiltà»*, in G. della Cananea – M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2007, p. 557.

¹⁰⁷ Si rinvia al recentissimo contributo di F. RISSO, *L'istruttoria come garanzia per un autentico sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione-Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI, cit, pp. 353 ss., dove l'A. ribadisce la rilevanza dei mezzi istruttori previsti dal legislatore e, segnatamente, della verifica e della consulenza tecnica quando il giudice non sia in possesso delle conoscenze necessarie per esprimersi su valutazioni tecniche complesse, soprattutto nell'attuale momento storico in cui il legislatore pare estendere l'ambito della discrezionalità, come chiaramente emerge dal nuovo Codice dei contratti pubblici. Ciò posto, l'A. evidenzia la necessità che tali strumenti vadano usati con attenzione in termini di tempi, di regole procedurali, di perimetro dell'istruttoria, di

Il secondo, relativo all'estensione ed ai limiti dell'intervento del giudice amministrativo sul fatto e, di conseguenza, del relativo giudizio di attendibilità, specialmente nelle materie che maggiormente hanno fatto propria l'applicazione dei principi della *full jurisdiction* elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo.¹⁰⁸

Come si auspica di meglio evidenziare in seguito, da uno sguardo complessivo alle controversie in ordine a materie riconducibili alla discrezionalità tecnica, può difatti affermarsi che i giudici amministrativi si attengono ad sindacato c.d. debole, mostrando una forma di controllo più avanzata per talune di esse¹⁰⁹ e rimanendo invece fermi, anche nelle formule, al controllo di ragionevolezza, logicità e travisamento dei fatti, per altre.

In via di estrema approssimazione, infatti, e senza voler qui anticipare considerazioni che saranno approfondite nei capitoli che seguiranno, può sin d'ora evidenziarsi che, anche successivamente alle affermazioni di cui alla pronuncia del 1999 della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, la giurisprudenza amministrativa prevalente è rimasta ferma nell'ammettere solamente un controllo intrinseco di tipo debole, rifiutando in maniera pressoché generalizzata un controllo intrinseco forte, ossia sostitutivo.

Nella giurisprudenza, infatti, come si avrà per l'appunto modo di analizzare nel proseguo, pare di frequente emergere un'apparente incoerenza tra le affermazioni di principio rese dai giudici in ordine al tipo di sindacato che intendono (*rectius* intenderebbero) praticare e quello che, in concreto, effettivamente praticano.

rapporto tra l'istruttoria e la decisione finale. L'A., peraltro, in relazione al perimetro dell'istruttoria ribadisce peraltro che il giudice amministrativo non può sostituirsi all'Amministrazione, né tantomeno delegare all'incaricato la soluzione della controversia, spettando l'ultima parola sempre al giudice essendo *iudex peritus peritorum*.

¹⁰⁸ Sul tema, si rinvia al recente contributo di D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 611 ss.

¹⁰⁹ Il livello di maggior tutela è sicuramente raggiunto in materia di sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti, su cui *infra* nel capitolo 3.

Al riguardo, la dottrina¹¹⁰ ha peraltro evidenziato come tale incoerenza sia anche in parte dovuta alla difficoltà di distinguere tra il sindacato estrinseco e quello intrinseco debole, risultando in concreto sfuggente la distinzione tra controllo estrinseco – limitato alla verifica dei sintomi dell'eccesso di potere – e controllo intrinseco debole – che si spinge a giudicare l'adequazione del criterio tecnico ed il procedimento applicativo dello stesso –.

Ad ogni buon conto, l'analisi della giurisprudenza svolta nel corso della presente ricerca rende evidente come l'intensità del sindacato esercitato dal giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche muti a seconda del settore dell'ordinamento che si prende in considerazione¹¹¹.

I giudici, infatti, sembrano modulare il controllo sui concetti giuridici indeterminati in maniera variabile a seconda della diversa qualità delle

¹¹⁰ Per tutti, si rinvia a R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 3, p. 792, secondo cui il «controllo denominato “*intrinseco debole*” tuttavia assomiglia assai al classico controllo esterno sull'eccesso di potere» e A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., secondo cui «spesso il controllo di attendibilità si riduce ad un semplice corollario di parametri generali di ragionevolezza».

¹¹¹ Cfr. C. DIODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, dove l'A. afferma che «Il dibattito sulla dicotomia tra controllo forte e debole (...) e sul sindacato estrinseco o intrinseco (in particolare degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica) mostra, infatti, tutta la sua fragilità e sconta le difficoltà connesse all'estrema eterogeneità della conformazione normativa delle funzioni giudicate, palesando, così, la sua incapacità di offrire soluzioni valide (in astratto) per tutte le tipologie di esplicazione dei pubblici poteri. Ogni norma attributiva del potere risulta, a ben vedere, strutturata secondo uno schema del tutto peculiare che impedisce l'affermazione di paradigmi univoci e universali e che costringe a limitare l'indagine all'enunciazione di canoni necessariamente generici (ancorché funzionali ad essere declinati alla specifica fattispecie normativa e amministrativa esaminata). Non ha molto senso, in altre parole, affannarsi ad argomentare la tesi del controllo debole o di quello forte, mentre serve definire un paradigma oggettivo e idoneo a tracciare i margini entro i quali può essere giudicata la funzione amministrativa esercitata, senza invadere l'ambito riservato dall'ordinamento all'amministrazione (e senza che possa essere validamente eroso dalla giurisdizione). In questa prospettiva, appare utile rammentare che la giurisdizione amministrativa (nonostante le recenti evoluzioni della sua interpretazione verso i nuovi, ma incerti, approdi del “*giudizio sul rapporto*” e della completa satisfattività della tutela erogabile) resta connotata dall'ineludibile carattere del controllo del corretto esercizio delle funzioni pubblicistiche. Nella prospettiva propria delle democrazie liberali, infatti, la sfera di libertà dei cittadini può essere validamente conformata o limitata dall'autorità amministrativa solo nel conforme esercizio dei poteri ad essa attribuiti da una legge.».

regole tecniche il cui utilizzo è prescritto dal legislatore, nonché della conformazione concreta che le norme imprimono al potere amministrativo.

I limiti del sindacato vengono di fatto motivati, talvolta, con l'accentuata opinabilità delle scienze di riferimento e in ragione della delicatezza e rilevanza degli interessi e valori presi in considerazione (ciò accade, come si vedrà, con riferimento alle discipline storiche artistiche), altre con l'elevata complessità delle valutazioni effettuate dall'Amministrazione e con la particolare posizione della stessa (come nel caso, che si approfondirà, delle Autorità Indipendenti).

Fermo quanto sopra, può tuttavia ritenersi trasversale rispetto ai vari settori esaminati la convergenza della giurisprudenza verso una diversa declinazione di sindacato pieno, affiancato dai mezzi istruttori previsti dal Codice del processo (anzitutto la consulenza tecnica), vale a dire di un sindacato presieduto dal criterio di maggior attendibilità della scelta dell'Amministrazione, che, in quest'ambito, è volta ad individuare il criterio tecnico maggiormente attendibile - e quindi ragionevole - secondo le acquisizioni della comunità scientifica di riferimento.

Può affermarsi, invero, la confluenza della giurisprudenza verso un sindacato pieno di “*maggior attendibilità*”¹¹², dove il giudice amministrativo non è chiamato a sostituire la propria decisione a quella (impugnata) dell'Amministrazione, dovendo diversamente limitarsi a verificare se la risposta da quest'ultima resa rientri o meno nel ristretto alveo delle risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono darsi a qual dato problema, alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

¹¹² Si rinvia al recente contributo di F.G. COCA e L. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, 6 settembre 2023, reperibile in www.federalismi.it, dove gli A. ricostruiscono il dibattito dottrinario e l'evoluzione compiuta in tema di effettività della tutela alla luce delle disposizioni del codice del processo amministrativo. Sulla base della teoria della «*maggior attendibilità*» della tesi emergente in giudizio in caso di valutazioni tecniche, gli A. riconoscono la necessità di condividere e incoraggiare gli indirizzi giurisprudenziali che assumono approcci innovativi e convinti in ordine all'intensità e alle modalità di esercizio del sindacato in materia di discrezionalità tecnica.

Si tratta, come avrà modo di approfondirsi nel proseguo, di un orientamento formatosi in materia di sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹¹³ e che ha poi trovato conferma anche nella successiva giurisprudenza amministrativa, in particolare nella materia dei concorsi pubblici in relazione alla valutazione operata dalla commissione esaminatrice e – pur con una certa riluttanza – anche in materia di contratti pubblici.¹¹⁴

Tale approdo al sindacato definibile di “*maggior attendibilità*” pare costituire il primo passo verso una virtuosa e ragionevole soluzione diversa dal sindacato sostitutivo (che può trovare asilo laddove la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa al merito, ma non nelle ipotesi di

¹¹³ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc.amm.*, 2020, 3, p. 740, in relazione alle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alle aziende farmaceutiche Roche e Novartis, nel caso *Avastin/Lucentis*. In tale materia, occorre tuttavia sin da subito evidenziare la sussistenza di una giurisdizione del G.A. estesa al merito *ex art. 134, comma 1, lett. 1), c.p.a.*, talché, ai sensi dell'art. 7 c.p.c. «il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione».

¹¹⁴ Al riguardo si veda la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2023 n. 2081, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, dove in relazione alla verifica di anomalia dell'offerta il giudice di secondo grado ha affermato che «Nel caso in esame la posizione della stazione appaltante non può che giovare di un ampio, quantunque non illimitato, margine di apprezzamento, in ragione della sua posizione di prospettico beneficiario delle prestazioni oggetto di negoziazione sul piano schiettamente privatistico. È questa la ragione per la quale (sovente perseverando, pur nella consapevolezza della sua imprecisione denotativa ed inadeguatezza concettuale, nella valorizzazione della ambigua figura della c.d. discrezionalità tecnica) la giurisprudenza è consolidata nel senso che il giudizio di (non) anomalia dell'offerta si risolve in una valutazione “*complessiva*” (cioè di “*natura globale e sintetica*”) rimessa (essenzialmente) alla stazione appaltante, che perciò costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico “*potere tecnico-discrezionale riservato*”, in via di principio “*insindacabile*” in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e dimostrata) “*manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza*” dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere “*palese*” l'inattendibilità (e più precisamente, con rimarcato limite: l'inattendibilità “*complessiva*”) dell'offerta. È per tale ordine di ragioni che – pur essendo, beninteso, perfettamente possibile attivare una verifica o perfino disporre una consulenza tecnica d'ufficio – il sindacato che è rimesso al giudice non può atteggiarsi, come si vorrebbe, a sindacato potenzialmente “*sostitutivo*”. E così pure al verificatore (o, eventualmente, al consulente) non può essere sollecitata una (autonoma) “*rivalutazione*” dell'offerta, sotto il profilo dell'apprezzamento della concreta sostenibilità dell'impegno economico, ma solo una evidenziazione degli eventuali errori, travisamenti, incongruenze commessi, avuto riguardo ad una non inattendibile applicazione della regola tecnica, dalla stazione appaltante ovvero della palese irragionevolezza dell'esito giustificativo operato a fronte delle emergenze documentali (cfr., *ex multis* e da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2022, n. 6696).»

giurisdizione generale di legittimità), che non si arresti – tuttavia - al limite del sindacato (non sostitutivo) di “*mera attendibilità*”.

Come avrà modo di approfondirsi, si tratta di un orientamento condivisibile, che tende a consolidarsi in quanto sia rispettoso della separazione dei poteri tra l’Amministrazione ed il Giudice, sia maggiormente conforme ai principi fondamentali dell’ordinamento in quanto idoneo ad evitare pericolose zone di insindacabilità dell’azione amministrativa.

Si può quindi concludere che mediante l’esercizio della discrezionalità c.d. tecnica la Pubblica Amministrazione è oggi tenuta ad individuare il criterio tecnico maggiormente attendibile secondo le conoscenze della comunità scientifica - e sostanzialmente in ciò consiste la ragionevolezza della scelta –, talché il sindacato del giudice amministrativo dovrà attenersi alla verifica della risposta al riguardo resa dalla P.A., verificando appunto se la valutazione da quest’ultima resa corrisponda o meno a quella “*maggiormente attendibile*” secondo le più evolute conoscenze della comunità scientifica di riferimento.

Come sostenuto da autorevole dottrina¹¹⁵ richiamando anche quanto espresso dal Presidente del Consiglio di Stato nella Relazione sull’attività della giustizia amministrativa per l’anno 2020, «il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di «*maggior attendibilità*» e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili». ¹¹⁶

In maniera chiara, infatti, il Presidente Patroni Griffi, già nel 2020, aveva per l’appunto affermato che «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

¹¹⁵ Cfr. F.G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2020, pp. 1109 ss.

¹¹⁶ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull’attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato, palazzo spada*, 5 febbraio 2020,16, pubblicata nei *Il diritto amministrativo*, reperibile su www.ildirittoamministrativo.it.

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 “*maggior attendibilità*” e non semplicemente quella riconducibile al novero delle opzioni possibili».

Sulla scorta di tali parole – che ad avviso della scrivente erano senz'altro volte anche ad orientare, in maniera evolutiva, taluna parte della giurisprudenza in allora (come oggi) ancora ancorata ad un sindacato meno penetrante –, può a questo punto passarsi all'esame di taluni macro-settori reputati, a sommo avviso di chi scrive, particolarmente interessanti per verificare in concreto il percorso della giurisprudenza amministrativa in ordine al sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. “*discrezionalità tecnica*”.

Capitolo II

Il sindacato del Giudice Amministrativo in materia di beni culturali e paesaggio

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Contestualizzazione dell'esercizio della tutela del patrimonio culturale. 3. Il contenzioso "tipico" in materia di beni culturali e paesaggio. 4. I principali orientamenti relativamente al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. 5. Le tecniche di controllo utilizzate dal Giudice Amministrativo. 6. I mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo. 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La tutela e la promozione del patrimonio culturale rappresentano un ambito di fondamentale importanza per la società e per lo sviluppo di una comunità, incarnandone l'identità, la memoria storica e l'espressione artistica e, proprio per tale ragione, il patrimonio culturale rappresenta un bene comune che la Repubblica è chiamata a tutelare¹¹⁷ e preservare per le generazioni future.¹¹⁸

¹¹⁷ In tale prospettiva, l'art. 1 del d.lgs. n. 42 del 2004 statuisce che «La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio a promuovere lo sviluppo della cultura». Per un esame complessivo del tema dei beni culturali e sulla genesi del nozione giuridica di bene culturale, si rinvia all'attenta analisi di M. TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2023.

¹¹⁸ Sul tema delle generazioni future, dei doveri e delle responsabilità nei loro confronti si rinvia agli studi di carattere bibliografico di R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; F. CIAMARELLI - F.G. MENGA (a cura di) *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida all'etica, al diritto e alla politica*, Napoli, 2017; F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*,

L'obiettivo principale di questo capitolo è indagare sul ruolo del giudice amministrativo nel sindacato dei provvedimenti in materia culturale.

In particolare, ci si propone di analizzare le modalità con cui il giudice amministrativo esercita il controllo sulle decisioni amministrative riguardanti la tutela e la promozione del patrimonio culturale, tentando di comprendere le dinamiche interpretative da questo adottate nell'applicazione delle norme, nonché i criteri utilizzati per valutare la legittimità dei provvedimenti adottati nella materia *de qua*, senza dubbio di notevole impatto sulla gestione e sviluppo del settore culturale.

2. Contestualizzazione dell'esercizio della tutela del patrimonio culturale.

Il patrimonio culturale si compone di due componenti, beni culturali e paesaggio, unite nella sintesi verbale di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 42 del 2004¹¹⁹, secondo il quale «il patrimonio culturale è costituito dai

Roma, 2017; T. ANDINA, *Transgenerazionalità. Una filosofia per le generazioni future*, Roma, 2020. Quali lavori non monografici, solo per citarne alcuni, si rinvia a M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO - A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, pp. 424 ss.; A. D'ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, pp. 311 ss.; T. TROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, I, pp. 47 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Populismo, Costituzione e decisioni di spesa pubblica: c'è spazio per le future generazioni?*, in G. ALLEGRI- A. STERPAN -N. VICECONTE (a cura di) *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019, pp. 169 ss.; più in generale, si veda l'ampia trattazione di F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

¹¹⁹ La nozione di «patrimonio culturale» è una delle più rilevanti novità introdotte dal d.lgs. n. 42 del 2004 e non trova il suo corrispettivo nella Costituzione ed è frutto solo della codificazione della disciplina dei beni culturali e paesaggistici; a tal proposito si rinvia a M. TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, cit., pp. 73 e ss.. Giova in ogni caso evidenziare, come illustrato in maniera approfondita dall'Autore, come la nozione di patrimonio culturale risente oggi delle definizioni che della stessa hanno dato gli atti normativi internazionali. Si tratta, segnatamente, della Convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale del 1972, la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 e la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società del 2005 (c.d. Convenzione di Faro, sottoscritta dall'Italia nel 2013 non ancora ratificata).

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

beni culturali e dai beni paesaggistici», sia pure soggette ad una disciplina differenziata.¹²⁰

L'esercizio della tutela del patrimonio culturale è, secondo il costante insegnamento della dottrina e della giurisprudenza amministrativa¹²¹, espressione di stretta discrezionalità tecnica, in quanto «malgrado il carattere fortemente valutativo che possiedono siffatti giudizi, essi rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale: abbiamo sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale».¹²²

Il giudizio che presiede l'imposizione di una dichiarazione di interesse (c.d. vincolo) culturale¹²³ implica, infatti, l'applicazione di cognizioni

¹²⁰ Cons. di St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²¹ Si veda, *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4823; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 5921; Cons. di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6725; Cons. di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4750; Cons. di Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2015, n. 5487, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it

¹²² M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. 1, Milano, pp. 489 ss..

¹²³ Il bene culturale viene, in genere, individuato a seguito di un procedimento di c.d. verifica (art. 12 del d.lgs. n. 42 del 2004 e ss.mm. ed ii.) che culmina in una dichiarazione di interesse culturale (art. 13 del d.lgs. n. 42 del 2004 e ss.mm. ed ii.), ad eccezione delle ipotesi per le quali non si richiede alcuna attività amministrativa a completamento del dettato legislativo, essendo previsti, come genere e non individualmente, direttamente dalla legge (art. 10, comma 2, lett. a), b) e c) del d.lgs. n. 42 del 2004 e ss.mm.) o come oggetto di specifiche disposizioni di tutela (art. 11 del d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m. ed ii.). L'interesse culturale può essere impresso nella cosa in sé ovvero riguardare il profilo relazionale della cosa stessa rispetto alla storia politica, militare, della letteratura, dell'arte della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere ovvero quali testimonianze degli identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose (art. 10, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 42 del 2004). Con riferimento a quest'ultima categoria di bene può farsi l'esempio dei provvedimenti di vincolo di alcuni caffè e giardini italiani, tutelati per la loro relazione con un profilo della storia della civiltà che in essi si materializza. Si rinvia alla ricostruzione giurisprudenziale curata in A. L. TARASCO, *Attività culturali e vincoli storico-artistici a Napoli: da «Gay-Odin» alla «Libreria Internazionale Treves»*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 189 ss. I casi giurisprudenziali qui indicati rappresentano un esempio significativo della tensione bene-attività culturale che ha visto interessati in Italia numerosi locali storici divenuti famosi per le attività di rilievo culturale che *ivi* si svolgevano e sui connessi i problemi giurisprudenziali circa la sottoponibilità o meno a vincoli di quegli stessi locali indipendentemente dell'intrinseco pregio storico-artistico degli immobili e degli arredi. A tal proposito, quale esempio di bene tutelato *ex art. 10, comma 3, lett. d)*, del d.lgs. n. 42 del 2004, non può non citarsi l'immobile (Ristorante) denominato “*Il Vero Alfredo*”, sito in Roma, Piazza Augusto Imperatore 30, oggetto della recentissima pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 13 febbraio 2023, dove il Consiglio di Stato ha

avuto modo di enunciare i seguenti principi di diritto: «-ai sensi degli articoli 7 bis, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del Codice n. 42 del 2004, il ‘vincolo di destinazione d’uso del bene culturale’ può essere imposto quando il provvedimento risulti funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, sulla base di una adeguata motivazione da cui risulti l’esigenza di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell’integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso incorporato; - ai sensi degli articoli 7 bis, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del Codice n. 42 del 2004, il “*vincolo di destinazione d’uso del bene culturale*” può essere imposto a tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva, non solo per disporre la conservazione sotto il profilo materiale, ma anche per consentire che perduri nel tempo la condivisione e la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, di cui la cosa contribuisce a costituirne la testimonianza.». Secondo la giurisprudenza il vincolo in questione ha carattere dichiarativo poiché accerta l’interesse culturale che caratterizza ontologicamente il bene; tale impostazione porta a ricomprendere tale vincolo nei limiti legali al diritto di proprietà, in modo che, come anticipato, esso non risulta indennizzabile, anche in quanto la qualificazione del bene culturale non comporta la avocazione del bene alla proprietà pubblica; sul tema si veda L. CASOLI, *L’oggetto della tutela dei beni culturali*, in *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di E. FOLLIERI, Napoli, 2005 pp. 51 ss.. La sentenza della Corte di Cassazione n. 10785 del 2014 citata rileva che i vincoli «rientranti in tali categorie, sono inerenti alla natura dei beni, che rivelano una qualità insita in essi cosicché la proprietà deve intendersi limitata ab origine da un vincolo da considerarsi conformativo». Pertanto l’imposizione del vincolo diretto di bene culturale non attribuisce al proprietario privato alcun indennizzo anche secondo la giurisprudenza della CEDU e se è oggetto di esproprio indennità conseguente all’estinzione diritto di proprietà deve considerare il bene se costituito da un terreno nudo come inedificabile. Il vincolo indiretto è un’ulteriore strumento volto ad assicurare la tutela dei soli beni culturali immobili; esso consiste in una serie di prescrizioni che il Ministero ha la facoltà di imporre su beni non culturali al fine di tutelare un bene culturale immobile, seppur indirettamente. Il vincolo indiretto si caratterizza per: il peculiare rapporto che si instaura tra il bene culturale immobile e gli insediamenti ad esso circostanti; l’atipicità del contenuto delle prescrizioni e la tassatività degli scopi cui devono tendere le prescrizioni di tutela; il contenuto e i caratteri dell’atto di imposizione del vincolo indiretto. Le prescrizioni, data la loro atipicità, possono avere il contenuto più vario: dall’obbligo di rispettare alcune distanze o altre misure, fino all’assoluto divieto di edificabilità, purché siano finalizzate ad evitare che sia messa in pericolo l’integrità del bene culturale immobile e ad evitare che di esso ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente o di decoro. Anche l’imposizione del vincolo indiretto è espressione di discrezionalità c.d. tecnica e non è indennizzabile, anche se non è un bene culturale. Critico in proposito è A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell’imposizione dei vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1961, pp. 832 ss., secondo cui ci si può trovare di fronte a misure prescrittive tanto incisive, quale l’assoluta inedificabilità, che comportano una espropriazione “*sostanziale*” o “*larvata*”, per cui si potrebbe individuare un contrasto con gli articoli 3 e 42, comma 3, della Costituzione. Ha ritenuto legittima la disciplina giuridica della non indennizzabilità la sentenza della Corte Costituzionale n. 202 del 4 luglio 1974, in *Giur. Cost.* 1974, I, pp. 1692 ss..

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura¹²⁴, caratterizzati da ampi margini di opinabilità, che consentono di colmare gli spazi lasciati dalla legge attraverso l'accertamento richiesto.

Accertamento che, sempre secondo il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale¹²⁵, costituisce per l'appunto espressione di discrezionalità tecnica poiché si estrinseca nell'«apprezzamento della cosa valutata ad un modello astratto, secondo regole di giudizio che escludono l'intervento di una vera e propria intenzione decisionale ma postulano la corretta applicazione di norme desumibili da un'autonoma sfera di conoscenza (tecnica)». ¹²⁶

Le conoscenze tecniche impiegate dall'Amministrazione in tale ambito di valutazione si fondano, più precisamente, non sulle acquisizioni delle c.d. “*scienze esatte*” ¹²⁷ (quali la fisica, la chimica e altre scienze naturali), che danno luogo a dati oggettivamente quantificabili, verificabili e ripetibili, bensì delle c.d. “*scienze non esatte*”, vale a dire la storia, la storia dell'arte, l'architettura, le scienze del paesaggio e del territorio, ecc., la cui l'opinabilità, anche ampia, dei relativi risultati costituisce un'eventualità

¹²⁴ V. Cons. di St., Sez. VI, 4 settembre 2020, n. 5357, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁵ In dottrina, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche, discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 209 e ss.; S. BENINI, *La discrezionalità nei vincoli culturali e ambientali*, in *Foro it.*, 1998, III, 328. In giurisprudenza, si vedano *ex pluribus* Cons. St., sez. VI, 25 marzo 1999 n. 330, in *Cons. St.*, 1999, I, 482; 1° febbraio 1996 n. 165, *ivi*, p. 1996, I, 254; 6 luglio 1994 n. 1132, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3361; 10 novembre 1993 n. 817, in *Riv. amm. Repubblica italiana*, 1994, 322; 18 ottobre 1993, n. 741, in *Foro it.*, 1994, III, 121; 28 novembre 1992 n. 964, in *Cons. St.*, 1992, I, 1725; 12 dicembre 1992, n. 1055, in *Riv. giur. Urbanistica*, 1994, 259, con nota di G. GARZIA; 30 gennaio 1991, n. 47, in *Cons. St.*, 1991, I, 114; 18 novembre 1991, n. 874, in *Rass. Adv. St.*, 1992, I, 84, con nota di R. TAMIOZZO.

¹²⁶ T. ALIBRANDI - P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, pp. 268.

¹²⁷ La distinzione tra «la scienza esatta e non» resta comunque opinabile: il suo accoglimento può considerarsi una pura convenzione, stante l'inesistenza di un concetto assoluto di scienza verificabile, come d'altro canto la migliore filosofia della scienza insegna: si vedono i saggi di K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, London, Princeton, 1945 e ss., trad. it. di R. PAVETTO, *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di D. ANTISERI, vol. II, Roma, (Ed. Armando), 1973-1974. Sul pensiero liberale di Karl Popper, si vedano gli scritti di D. ANTISERI, *Karl Popper*, Soveria Mannelli (Ed. Rubettino), 1999, ID., *Liberi purché fallibili*, Soveria Mannelli (Ed. Rubettino), 1995.

naturale e fisiologica ed il risultato delle ricognizioni e delle valutazioni risulta essere, di norma, discutibile.

Non solo. Tra le stesse discipline delle c.d. “*scienze non esatte*”, mentre alcune presentano dei risultati quanto meno *ex post* verificabili in termini di bontà o meno della valutazione tecnica compiuta (si pensi ai giudizi sanitari, concorsuali, agronomici, economici o anticoncorrenziali), altre non consentono di verificare, neppure *ex post*, la correttezza della decisione assunta, rimanendo quest’ultima oggettivamente non da tutti condivisibile nei risultati.

Tale caratteristica, che è fisiologica nelle c.d. “*scienze inesatte*” e pertanto ineluttabile, aumenta la rammentata caratteristica di opinabilità – intesa come assenza di certezze oggettive e di sicurezze anticipate – della singola valutazione specialistica, la quale, pur in maniera variabile, rimane intrinseca ad ogni valutazione tecnica, talché la stessa permane inevitabilmente soggettiva, personale e, quindi, discutibile.¹²⁸

La ragione della natura strettamente tecnica della valutazione compiuta dall’Amministrazione nella materia *de qua* è (anche) di ordine costituzionale¹²⁹: il riconoscimento costituzionale della tutela del

¹²⁸ Sul tema, si rinvia alla recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, dove, in maniera efficacemente sintetica, si afferma che «La dichiarazione dell’interesse culturale «accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto» dell’«interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante», combinato disposto degli articoli 10, comma 3, lettera a), e 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. La nozione di bene culturale è un concetto giuridico indeterminato, per la cui definizione l’ordinamento giuridico fornisce solo generalissimi criteri: viene stabilito che bene culturale deve essere una «testimonianza» materiale «avente valore di civiltà», rivestire un «particolare» o «eccezionale» interesse culturale tale da giustificare il vincolo ed avere una certa vetustà. Il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione. L’esigenza di oggettività e uniformità di valutazione dei tecnici del settore (storici dell’arte, antropologi, architetti, urbanisti al servizio della pubblica amministrazione) non può non risentire del predetto limite epistemologico».

¹²⁹ Per un approfondita disamina della genesi della nozione giuridica di bene culturale nella nostra Carta Costituzionale, si rinvia all’attenta analisi di M. TIMO, *L’intangibilità dei beni culturali*, cit., pp. 25 ss..

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

paesaggio¹³⁰ e del patrimonio storico artistico quale principio fondamentale della Costituzione (art. 9)¹³¹ impone di sottrarre la loro tutela non solo alla politica, ma anche alla comparazione con altri interessi, avendo il costituente stabilito la priorità della tutela dell'interesse culturale e paesaggistico rispetto ad ogni altro interesse, pubblico o privato, riconducendo gli stessi all'alveo dei valori fondamentali della Repubblica¹³².

¹³⁰ Con riferimento alla rilevanza costituzionale del paesaggio e del suo significato, si rinvia a A.M. SANDULLI, *Il paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. Ed.*, 1967, II, pp. 72 ss; A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id.*, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, pp. 3 ss; F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 442 ss; M.S. GIANNINI, *Sull'art. 9 della Costituzione*, in *Studi in onore di A. Falzea*, Giuffrè 1991, vol. III, pp. 435 ss.; M. CECCHETTI, *Legislazione statale e regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 312 ss; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in *Riv. giur. Amb.*, 2003, pp. 253; G. MANFREDI, *Il riparto di competenza in tema di ambiente e paesaggio dopo la riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 515 ss; M. CECCHETTI, *Art. 9*, R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana*, Torino, 2006, 217 ss; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010; G. SEVERINI, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9)*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI e C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, pp. 3 ss.; G. SABATO, *La tutela del patrimonio culturale nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 116 ss..

¹³¹ Come noto, la Carta Costituzionale reca, nella parte dedicata ai «principi fondamentali», l'art. 9, il quale nella versione antecedente alla revisione costituzionale del 2022 si costituiva di soli due commi, che recitavano: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione». A tali commi, la legge cost. n. 1 del 2022 ne ha aggiunto un terzo, la cui vocazione è diretta alla materia ambientale, *ivi* prevedendosi che (la Repubblica) «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

¹³² In tal senso, in giurisprudenza, si veda, di recente, T.A.R. Veneto, Sez. II, 19 gennaio 2023, n. 85, in www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «La giurisprudenza ha chiarito che la disciplina costituzionale riguardante il patrimonio storico e artistico nazionale eleva le esigenze di sua tutela e conservazione a valore primario del nostro ordinamento. Ha inoltre chiarito che l'imposizione dei vincoli alla proprietà privata sui beni che fanno parte di tale patrimonio è connaturata ai beni stessi, i quali vengono ad esistenza, per così dire, già limitati sul piano della loro possibile utilizzazione, tanto è vero che non si pone neppure un problema di indennizzo. Ne deriva, in tale contesto, che il potere che l'Amministrazione esercita al fine di individuare i beni di interesse culturale è connotato da discrezionalità tecnica la quale non richiede la ponderazione degli interessi coinvolti, neppure allo scopo di verificare il rispetto del principio di proporzionalità. L'attività di comparazione degli interessi deve tutt'al più essere svolta nella fase successiva, quando cioè, una volta individuato il bene, vengono stabilite le concrete misure di tutela e conservazione. »

Al riguardo, deve tuttavia evidenziarsi come il principio del primato della tutela dell'interesse culturale e paesaggistico anzidetto sia stato, di recente, negato in una interessante pronuncia del Consiglio di Stato, dove il giudice amministrativo ha affermato la necessità di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, statuendo che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo.

In tale occasione il Supremo giudice amministrativo, con una sentenza di indubbia portata sistemica, ha annullato taluni provvedimenti con cui la Soprintendenza aveva dichiarato di interesse culturale il complesso di talune croci votive e viarie¹³³, in tal modo ostacolando la realizzazione di un impianto eolico già autorizzato proprio sulle aree poi assoggettate a vincolo.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che «Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i 'diritti' (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli 'interessi' di rango costituzionale (viepiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere «sistemica» e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme,

¹³³ Nel caso, l'ampiezza del vincolo era stata motivata dall'Amministrazione «in funzione dell'esigenza di evitare che siano alterate le condizioni di contesto ambientale e di decoro, nonché di prospettiva e visuale, delle croci votive e viarie sottoposte a tutela, oltre che di scongiurare rischi all'integrità di ciascuno dei manufatti».

dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza.»¹³⁴.

E' evidente, dunque, il progressivo superamento di una concezione totalizzante della tutela del patrimonio culturale, dovendosi perseguire – come indicato dal giudice amministrativo in coerenza con l'attuale sensibilità collettiva - una soluzione di equilibrio derivante dalla comparazione e dialettica fra le esigenze proprie dello sviluppo sostenibile e quelle afferenti al patrimonio culturale.

3. *Il contenzioso “tipico” in materia di beni culturali e paesaggio.*

Come anticipato, nella presente trattazione è intento di chi scrive affrontare il tema del sindacato giurisdizionale che il giudice amministrativo svolge sulle decisioni di carattere tecnico-discrezionale nell'ambito del patrimonio culturale.

In tale prospettiva di indagine, occorre anzitutto domandarsi quale sia il contenzioso “tipico” devoluto alla cognizione del giudice amministrativo.

Anzitutto, non di rado accade che sorga un conflitto tra i proprietari privati e l'Amministrazione quando quest'ultima individua un bene quale bene culturale e/o paesaggistico ovvero, in una situazione diametralmente opposta, tra un'Amministrazione e le associazioni che tutelano

¹³⁴ Cons. di St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, dove il Giudice Amministrativo ha riconosciuto l'illegittimità del vincolo imposto dalla P.A. in quanto «Gli atti impugnati risultano violativi anche del principio di integrazione delle tutele – riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 del TFUE), sia nazionale (art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152 del 2006, sia pure con una formulazione ellittica che lo sottintende) – in virtù del quale le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. Il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive – rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo.».

specificatamente i beni culturali ed ambientali oppure cittadini sensibili alla tutela culturale qualora, al contrario, non un bene non venga dichiarato di interesse culturale o non si pongano prescrizioni di tutela indiretta¹³⁵ a protezione di un bene immobile culturale.

È evidente, pertanto, la rilevanza del procedimento di verifica e del provvedimento di imposizione del vincolo diretto e di quello indiretto poiché, dal punto di vista del proprietario privato - in disparte eventuali vantaggi, ad oggi pressoché inesistenti, di ottenere finanziamenti o contributi per il bene culturale – vengono immediatamente percepite le conseguenze negative per gli eventuali interventi sul bene e per il suo stesso uso in caso di determinazione del vincolo, così come, da parte di coloro che assumono l'interesse culturale, viene avvertito come gravemente lesivo del patrimonio storico ed artistico il diniego di imposizione del vincolo.¹³⁶

Per tale ragione, può affermarsi che il principale filone di contenzioso nel settore in esame risulta essere quello avente ad oggetto i provvedimenti di dichiarazione (o diniego) dell'interesse culturale o di quello paesaggistico¹³⁷, vale a dire i provvedimenti con cui l'Amministrazione

¹³⁵ Le «prescrizioni di tutela indiretta» – previste dall'art. 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nel quale è rifluita, con espressioni letterali largamente coincidenti, la fattispecie sostanziale disciplinata dapprima all'art. 21 della legge n. 1089 del 1939 e poi all'art. 49 del decreto legislativo n. 490 del 1999 – hanno la funzione di completamento pertinenziale della visione e della fruizione dell'immobile principale (gravato da vincolo «diretto»).

¹³⁶ La soggezione di determinati beni a previsioni di tutela indiretta può fare insorgere, in capo ai loro titolari, vincoli e oneri conservativi della res, nella sua integrità e originalità, sia pure di intensità attenuata rispetto ai più gravosi obblighi “positivi” (come definiti agli artt. 30, 32, 33 e 34 del d.lgs. n. 42 del 2004) che ricadono sul proprietario del bene di “diretto” interesse culturale. L'amministrazione, in particolare, «ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro» (art. 45 del d.lgs. 42 del 2004).

¹³⁷ Sul tema della natura e del contenuto delle valutazioni paesaggistiche, nonché del relativo sindacato si rinvia all'articolato ed esauriente scritto di F. BORIELLO, *Estetica, decoro e coerenza architettonica del contesto urbano nella giurisprudenza italiana e olandese*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, n. 4, pp. 321-374, dove l'Autore analizza, in prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi, la posizione del giudice amministrativo in ordine al sindacato delle valutazioni tecniche espresse dagli organi consultivi sulla compatibilità paesaggistica degli interventi edilizi. Il lavoro dell'Autore prende spunto da recenti casi affrontati nella giurisprudenza amministrativa italiana ed olandese; in particolare i giudici dei due ordinamenti comparati si sono espressi su questioni analoghe, in tema di impatto

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

individua i beni ai quali applicare lo speciale regime giuridico previsto per il patrimonio culturale.

Perché, infatti, un bene possa qualificarsi come culturale e sia conseguentemente assoggettato al pertinente regime giuridico previsto dal d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m. ed ii., è necessario un procedimento amministrativo di identificazione del bene culturale sulla scorta di una dichiarazione dell'interesse culturale¹³⁸.

In quella sede l'Amministrazione effettua una valutazione di natura tecnica che, molto spesso – come anticipato – trova il proprio parametro, come visto, nelle c.d. “*scienze inesatte*”.

Ciò comporta, sempre per le ragioni sopra espresse, che il giudizio che presiede all'imposizione di un vincolo culturale sia connotato da un'ampia discrezionalità, implicando l'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari (architettura, arte, storia) connotati da un forte grado di opinabilità.¹³⁹

degli interventi di tinteggiatura delle facciate delle abitazioni, realizzazione di abbaini e sostituzione delle tegole di fabbricati di colori diversi, rispetto al loro inserimento nel contesto urbano, paesaggistico ed ambientale ed in relazione alla compatibilità con i canoni estetici dei luoghi. Pur con alcune diversità, l'analisi degli orientamenti pretori e dottrinali sul punto dimostra una sostanziale convergenza dei sistemi di diritto amministrativo nazionale comparati non solo con riferimento alla presenza di organi consultivi a carattere tecnico, ma anche quanto ad individuazione di specifici parametri per le valutazioni paesaggistiche, quali l'estetica, il decoro e la coerenza architettonica, e all'intensità dello scrutinio giurisdizionale. Il contributo inoltre dimostra il riconoscimento da parte del giudice amministrativo di ambedue gli ordinamenti di uno specifico interesse all'estetica ed alla coerenza architettonica nel contesto urbano di riferimento quale limite alla proprietà privata.

¹³⁸ Il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 disciplina la dichiarazione dell'interesse culturale agli artt. 13 ss., con riferimento ai beni indicati all'art. 10, comma 3. La dichiarazione di interesse deve accertare nelle cose, immobili o mobili, appartenenti a privati, la sussistenza di un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, particolarmente importante. Il soprintendente avvia il procedimento, anche su motivata richiesta della regione o di ogni altro ente territoriale interessato, dandone comunicazione al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa. Il termine per la presentazione di eventuali osservazioni è di 30 giorni e l'atto è adottato dal Ministero. Successivamente, la dichiarazione è notificata al proprietario, possessore e detentore a qualsiasi titolo della cosa ed è trascritta nei relativi registri, su richiesta del Soprintendente Il Ministero forma e conserva un apposito elenco dei beni vincolati.

¹³⁹ In questi termini, si veda la sentenza del Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giur., 7 maggio 2021, n. 406, in *Riv.giur.edilizia*, 2021, 3, I, 930, dove si è statuito che «La

In argomento, la giurisprudenza ha affermato che «Il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di

discrezionalità tecnica, esercitata dalla Soprintendenza per i beni culturali e ambientali è una manifestazione di giudizio, consistente in una attività diretta alla valutazione e all'accertamento di fatti e, nell'effettuare le valutazioni di propria competenza, in linea di massima, l'Amministrazione applica concetti non esatti, ma opinabili, con la conseguenza che può ritenersi illegittima solo la valutazione la quale, con riguardo alla concreta situazione, possa ritenersi manifestamente illogica, vale a dire che non sia nemmeno plausibile, e non già una valutazione che, pur opinabile nel merito, sia da considerare comunque ragionevole, ovvero la valutazione che sia basata su un travisamento dei fatti o che sia carente di motivazione». Il Giudice Amministrativo ha in quella sede evidenziato come «Il ricorso a criteri di valutazione tecnica, infatti, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità e, in tali situazioni, il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo (cfr., *ex multis*, Cass. Civ., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013). Pertanto, sugli atti della Soprintendenza Beni Culturali ed Ambientali, essendo gli stessi sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo intrinseco in ordine alle valutazioni tecniche opinabili, in quanto ciò si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza ed attendibilità. La differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, in sostanza, può individuarsi nel fatto che, nel giudizio di legittimità, il giudice agisce “*in seconda battuta*”, verificando, nei limiti delle censure dedotte, se le valutazioni effettuate dall'organo competente sono viziate da eccesso di potere per manifesta irragionevolezza o da travisamento dei fatti, vale a dire se le stesse, pur opinabili, esulano dal perimetro della plausibilità, mentre, nel giudizio di merito, il giudice agisce “*in prima battuta*”, sostituendosi all'Amministrazione ed effettuando direttamente e nuovamente le valutazioni a questa spettanti, con la possibilità, non contemplata dall'ordinamento se non per le eccezionali e limitatissime ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito di cui all'art. 134 c.p.a., di sostituire la propria valutazione alla valutazione dell'Amministrazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultima, sebbene opinabile, sia plausibile». Nella specie, secondo il Collegio, l'atto impugnato, ossia la revoca della Soprintendenza del parere reso per la costruzione di due fabbricati, non è carente di motivazione perché l'Amministrazione, oltre a dare conto della nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, ha rappresentato la sussistenza di fatti nuovi, costituiti dalla proposta dell'Ing. Capo del Genio Civile di avvio di accertamenti a carattere geologico sul sito interessato dall'attività di edificazione, al fine di proporre l'inserimento nel PAI tra le zone a rischio medio alto. Sulla base di tale considerazione, pur non risultando allo stato il sito censito tra le zone a rischio idrogeologico, in base al principio di prevenzione e di precauzione, la Soprintendenza ha sostenuto che l'edificazione costituirebbe un grave rischio per la salvaguardia del bene culturale (nella specie, un Santuario) e dell'intero sito.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione. L'esigenza di oggettività e uniformità di valutazione dei tecnici del settore (storici dell'arte, antropologi, architetti, urbanisti al servizio della pubblica amministrazione) non può non risentire del predetto limite epistemologico.».¹⁴⁰

Analogamente, anche la delimitazione di un'area da sottoporre a vincolo paesaggistico mediante l'adozione di un provvedimento amministrativo¹⁴¹ costituisce una tipica espressione di valutazione di discrezionalità tecnica.¹⁴²

Così, in taluni casi¹⁴³, anche nell'individuazione di beni culturali e paesaggistici *ex lege* si rende necessario una valutazione da parte dell'Amministrazione volta ad accertare l'essenza e la consistenza di situazioni territoriali delle quali la legge non fornisce una definizione giuridicamente autosufficiente; in tali casi infatti la formulazione via legislativa fa riferimento a concetti indeterminati, la cui delimitazione ed individuazione richiede atti specifici che l'amministrazione competente assume.

¹⁴⁰ Cons. di St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴¹ L'art. 134 del Codice disciplina tre forme di individuazione e tipologie di beni paesaggistici: a) gli immobili di cui all'art. 136 connotati da un notevole interesse pubblico (da artt. 138 a 141); b) le aree indicate all'art. 142 e cioè i beni tutelati per legge, in ragione del loro interesse paesaggistico; c) gli immobili ed aree specificatamente individuati *ex art.* 136 e sottoposti a tutela dei piani paesaggistici previsti dagli artt. 143 e 156.

¹⁴² Ad esempio, il Consiglio di Stato, Sezione VI nella sentenza n. 914 del 7 marzo 2016, reperibile in www.giustiziamministrativa.it, ha affermato che «La delimitazione dei confini di una zona da sottoporre a vincolo paesaggistico quale "*bellezza d'insieme*" *ex art.* 136, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 42 (che non richiede necessariamente l'omogeneità dei singoli elementi, nel senso che non ogni singolo elemento compreso nell'area assoggettata al vincolo deve presentare i caratteri della bellezza naturale) costituisce tipica espressione di una valutazione di discrezionalità tecnica, non sindacabile se non sotto i profili della manifesta illogicità, incongruità, irragionevolezza o arbitrarietà».

¹⁴³ Non sempre, perché per la maggior parte delle situazioni individuate dall'articolo 142 del Codice, l'individuazione avviene mediante operazioni tecniche di misurazione (ad esempio i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 m dalla linea di battigia, i territori con termini ai laghi compresi in una fascia della profondità di 300 m dalla linea di battigia) o mediante un'attività di riscontro con atti normativi o amministrativi di settore che qualificano già giuridicamente queste porzioni di territorio e consentono di individuare quali sono e dove si trovano (i fiumi i torrenti e i corsi d'acqua iscritti negli elenchi di cui al T.U. del 1933).

Ad esempio, nel caso di beni paesaggistici individuati *ex lege* comprendenti territori coperti da foreste o da boschi, poiché la legge non ne fornisce una definizione autonoma, è comunque necessaria l'intermediazione dell'Amministrazione, a cui spetta stabilire i requisiti per poter ricondurre un consorzio di pluralità di alberi all'alveo della categoria di bosco.¹⁴⁴

Un secondo filone di contenzioso¹⁴⁵ rilevante nel settore in esame risulta essere quello concernente le decisioni dell'Amministrazione in ordine alla circolazione delle opere d'arte e dei beni culturali¹⁴⁶, che

¹⁴⁴ Sul tema sussiste sia un problema quantitativo, vale a dire l'individuazione della soglia oltre cui un consorzio di alberi può qualificarsi come bosco, sia qualitativo, sussistendo una varietà boschi con caratteristiche differenti. Al riguardo la giurisprudenza maggioritaria ritiene che per sussistere un bosco sia necessaria la presenza di un terreno di certe dimensioni, coperto da una vegetazione forestale arborea e (tendenzialmente almeno) da arbusti, sottobosco ed erbe. Al riguardo v. Cons. di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023, n. 478, dove si afferma che «Ai fini della nozione di bosco occorre richiamare gli approdi della giurisprudenza amministrativa, secondo cui *“La definizione di bosco, data dall'art. 2, d.lg. 18 maggio 2001 n. 227, postula la presenza di un terreno di una certa estensione, coperto con una certa densità da vegetazione forestale arborea e — almeno tendenzialmente — da arbusti sottobosco ed erbe, il che sta a significare che il vincolo paesaggistico ex lege per le aree boscate presuppone, a monte, la sussistenza in rerum natura del bosco e, a valle, in ragione della natura del vincolo, del provvedimento accertativo adottato dall'Autorità amministrativa competente che ne attesti con efficacia ex tunc l'effettiva esistenza”* (Cons. Stato, sez. IV, n. 1462/2019; *id.*, sez. V, n. 3574/2016). Questo Consiglio ha tuttavia anche precisato che *“L'art. 4, comma 1, lett. e), d. lgs. n. 34/2018, che reitera la disposizione contenuta nell'abrogato art. 2, comma 3, lett. c), d. lgs. n. 227/2001, assimila a bosco le radure (ed altre zone con i caratteri indicati); pertanto anche per esse vale il divieto di antropizzazione, a tutela dell'interesse pubblico all'integrità territoriale”* (Cons. Stato, sez. VI, n. 8242/2019) e che *“Una destinazione urbanistica a “bosco” non presuppone necessariamente la sussistenza di un bosco, come naturalisticamente considerato. Invero, la sua definizione sul piano urbanistico può essere diversa da quella propriamente forestale; inoltre, una destinazione urbanistica a bosco, volta alla tutela della realtà naturalistico-ambientale, ben può perseguire il fine di un incremento dell'area boschiva, ove ne sussistano le potenzialità”* (Cons. Stato, sez. IV, n. 960/2015)»; in argomento v. anche Cons. di Stato, sez. III, 13 febbraio 2020, n. 1124; Cons. di Stato, sez. IV, 4 marzo 2019, n. 1462; Cons. di Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3574; Cons. di Stato, sez. VI, 29 marzo 2013, n. 1851).

¹⁴⁵ V. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 marzo 2006, n. 525; T.A.R. Umbria, Sez. I, 1° settembre 2017, n. 556; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II quater, 24 marzo 2011, n. 2659; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 19 dicembre 2011, n. 3239.

¹⁴⁶ La circolazione dei beni è disciplinata dal capo V del Titolo I della parte seconda del Codice. Esso si articola in cinque Sezioni, che hanno come oggetto: i principi in materia di circolazione internazionale, l'uscita dal territorio nazionale e ingresso nel territorio nazionale, l'esportazione dal territorio dell'Unione Europea, la disciplina in materia di

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

presuppongono una valutazione circa il particolare interesse artistico, storico o antropologico del bene per decidere di includerlo o meno all'interno del patrimonio culturale nazionale.

Premesso, infatti, che «La tutela del patrimonio culturale nazionale è realizzabile anche mediante limiti all'esportazione delle opere d'arte, non solo consentita ma richiesta dalla Costituzione e dalla normativa comunitaria»¹⁴⁷ e che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto come il controllo dell'esportazione di cose di interesse culturale costituisce un momento essenziale nell'ambito dell'identificazione e della conservazione del patrimonio artistico nazionale, l'autorizzazione all'esportazione di un'opera d'arte – così come la sua inclusione nel patrimonio culturale nazionale - costituisce l'esito di una complessa valutazione tecnico-discrezionale che viene frequentemente sottoposta al sindacato del giudice amministrativo.

A tal proposito, si segnala la recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2023 n. 4686, la quale si rivela interessante per l'approfondita disamina svolta in ordine alla tematica della valutazione tecnica svolta nell'ambito in esame, affrontandosi - in particolare - il tema

restituzione, nell'ambito dell'Unione Europea, di beni culturali illecitamente usciti dal territorio di uno stato membro e la disciplina in materia interdizione dall'illecita circolazione internazionale dei beni culturali. Ai fini che interessa nella presente ricerca si segnala l'art. 68, comma 4, il quale prevede che «Nella valutazione circa il rilascio o il rifiuto dell'attestato di libera circolazione gli uffici di esportazione accertano se le cose presentate, in relazione alla loro natura o al contesto storico-culturale di cui fanno parte, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, a termini dell'art. 10» e comma 6, secondo cui «il diniego comporta l'avvio del procedimento di dichiarazione, ai sensi dell'articolo 14. A tal fine, contestualmente al diniego, sono comunicati all'interessato gli elementi di cui all'art. 14. Comma 2, e le cose sono sottoposte alla disposizione di cui al comma 4 del medesimo articolo». In ambedue le ipotesi è richiesta all'Amministrazione l'esercizio di una valutazione di carattere tecnico. Sul tema, in dottrina, si veda l'approfondita analisi di A. PIRRI VALENTINI, *Il controllo giurisdizionale sull'esportazione di opere d'arte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 491 ss..

¹⁴⁷ T.A.R. Veneto, Sez. II, 19 maggio 2015, n. 531.

della valutazione della rarità di un dipinto di Giorgio Morandi, valutato dal G.A. con il criterio della «specifica» e maggiore attendibilità scientifica.¹⁴⁸

Così individuato il contenzioso “*tipico*” devoluto alla cognizione del giudice amministrativo in relazione al tema di cui ci si occupa, può ora passarsi all’esame degli orientamenti sviluppati dalla giurisprudenza amministrativa in relazione al proprio sindacato sulle valutazioni tecniche in materia di beni culturali.

4. I principali orientamenti in ordine al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche.

Nelle pagine che precedono, dopo aver approfondito le ragioni che sottendono la necessità di una valutazione tecnico- discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione nella materia di beni culturali, si è cercato di delimitare quale sia l’oggetto del contenzioso più rilevante (in termini quantitativi) proposto dinanzi al giudice amministrativo nella materia in questione.

Può, a questo punto, passarsi al nucleo centrale della presente ricerca, andando a verificare come il giudice amministrativo eserciti in concreto il proprio sindacato sulle valutazioni di natura tecnico-discrezionale compiute dall’Amministrazione preposta alla tutela del vincolo.

Al riguardo, non può che prendersi le mosse dalla recentissima sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2023, la

¹⁴⁸ Nell’interessante sentenza citata (Est. D. Ponte), il Giudice Amministrativo si pronuncia sulla seguente fattispecie: si tratta dell’opera *Fiori*, di Giorgio Morandi, dipinto a olio del 1943, proveniente dalla collezione Plaza di Caracas e poi giunto a Milano e appartenente a un soggetto privato. Il proprietario chiede l’autorizzazione alla libera circolazione del bene; il Ministero ritiene che *Fiori* del 1943 sia un’opera rara, di rilevante rappresentazione, una testimonianza significativa per la storia del collezionismo e per questi motivi adotta il diniego. Il T.A.R. Lombardia, sez. III, Milano, 20 aprile 2022 n. 880 annulla il diniego per vizio della motivazione. Ritiene, più precisamente, che la motivazione sia inadeguata perché mostra una decisione che non ha osservato il criterio della rarità, in senso qualitativo e in senso quantitativo. Per un’analisi della pronuncia in questione si rinvia al successivo par. 4.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

quale ha efficacemente statuito che le valutazioni delle Amministrazioni sottese all'adozione dei provvedimenti di vincolo «potranno poi essere oggetto di sindacato giurisdizionale nei consueti limiti previsti per gli atti implicanti esercizio di discrezionalità tecnica riservata all'Amministrazione in merito alla qualitas di bene culturale (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4318 e Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747): in sede di giurisdizione di legittimità, l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela potrà essere sindacato sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche; non sarà, invece, ammissibile alcun sindacato di tipo sostitutivo che vada a sovrapporre a una valutazione connotata da discrezionalità tecnica, implicante l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura e caratterizzata da ampi margini di opinabilità, una valutazione alternativa, parimenti opinabile (come è stato già chiarito da Cons. giust. amm. Sicilia, 7 maggio 2021, n. 406; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2020 n. 5357).».

Tale pronuncia si inserisce, a ben vedere, nell'ambito di una giurisprudenza amministrativa che risulta essere consolidata nell'affermare che, poiché il presupposto normativo per la dichiarazione dell'interesse culturale é l'accertamento di un fatto “*mediato*” dalla valutazione affidata all'Amministrazione stessa¹⁴⁹, la natura tecnico-discrezionale delle

¹⁴⁹ In tal senso si veda anche la già richiamata recente sentenza del Cons. di Stato, Sez. VI, n. 4686 del 9 maggio 2023, concernente la circolazione di beni culturali, dove il Supremo giudice amministrativo, dopo aver ribadito come la decisione di vincolo sia connotata da un'ampia discrezionalità, ha per l'appunto affermato che «le valutazioni di fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. “discrezionalità tecnica”) – a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. “discrezionalità amministrativa”), rispetto alle quali il sindacato giurisdizionale incentrato sulla “ragionevole ponderazione di interessi non previamente selezionati e graduati dalle norme – vanno vagliate dal giudice amministrativo con riguardo alla loro specifica “attendibilità tecnico-scientifica. (...) Nel caso in esame, il presupposto del potere di vincolo ministeriale – ovvero l'interesse culturale dell'opera – viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione di

valutazioni effettuate in questo ambito dall'Amministrazione (in particolare, la decisione di vincolo) impone che le stesse debbano essere vagliate con riguardo alla loro specifica attendibilità tecnico-scientifica, ossia avendo riguardo alla correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto dall'Amministrazione, che, secondo il giudice, costituisce comunque un aspetto inerente il profilo della logicità, coerenza e completezza della valutazione stessa (compiuta, lo si ribadisce, dall'Amministrazione).

Il giudice e la parte privata, su cui grava l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione è scientificamente inaccettabile, non possono sostituire, pertanto, le proprie valutazioni a quelle compiute dall'autorità amministrativa, potendo il giudice amministrativo al più verificare se la scelta compiuta da quest'ultima rientri o meno nella gamma di quelle plausibili alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto.¹⁵⁰

fatto “storico” (accertabile in via diretta dal giudice), bensì di fatto “mediato” dalla valutazione affidata all'Amministrazione. Ne consegue che il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo di regola verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. E' ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali “strumentali” e gli indici di eccesso di potere – contestare anche il nucleo intimo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione sia scientificamente inaccettabile. Fino a quando si fronteggiano opinioni divergenti, tutte parimenti argomentabili, il giudice deve dare la prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisioni collettive, rispetto alla posizione “individuale” dell'interessato. Applicando tali coordinate al caso di specie, e premessa la indiscussa sussistenza del criterio della qualità dell'opera, tutti e tre i profili accolti dal tar si scontrano con la sola opinabilità delle valutazioni ministeriali, le quali non possono dirsi scientificamente inaccettabili. Nella sostanza, si confrontano diverse valutazioni di merito circa la sussistenza dei presupposti, rispetto alle quali neppure è ipotizzabile che quelle ministeriali siano meno pregevoli, anzi.». Per una interessante ed approfondita disamina della sentenza si veda, in dottrina, 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., VI, 9 maggio 2023, 4686), reperibile in www.giustiziainsieme.it.

¹⁵⁰ In tal senso v. anche la recente sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. II, 19 gennaio 2023, n. 85, in www.giustiziamministrativa.it, secondo cui «la natura tecnico-discrezionale delle valutazioni effettuate in questo ambito dall'amministrazione impone che le stesse siano vagliate con riguardo alla loro specifica attendibilità tecnico-scientifica. Il presupposto

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

In altre parole, l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela potrà essere sindacato in relazione ai profili di logicità, coerenza e completezza della valutazione (v. *infra*, par. 5), considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche.

Sul punto, di recente, il Supremo giudice amministrativo ha chiaramente affermato che «In premessa deve richiamarsi il carattere ampiamente discrezionale delle valutazioni dell'Autorità preposta alla tutela già affermato dalla Sezione, con posizione consolidata, precisando che *«il giudizio che presiede all'imposizione di una dichiarazione di interesse (c.d. vincolo) culturale è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità»*: carattere dal quale deriva che *«l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela è quindi sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione*

normativo per la dichiarazione dell'interesse culturale non è infatti l'accertamento di un "fatto storico" (sempre verificabile in via diretta dal giudice anche con l'applicazione di scienze non esatte), bensì l'accertamento di un fatto "mediato" dalla valutazione affidata all'amministrazione, con la conseguenza che lo stesso giudice e la parte privata non possono sostituire le proprie valutazioni a quelle compiute dall'autorità amministrativa, potendosi tutt'al più verificare se la scelta compiuta da quest'ultima rientri o meno nella gamma di quelle plausibili alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. L'interessato, se vuole contestare il merito della scelta, non può quindi limitarsi ad affermare che questa non è corretta, ma ha l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'amministrazione è scientificamente inaccettabile (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 marzo 2020, n. 2061; id., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3360)».

attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile» (Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2020, n.5357). In coerenza con i richiamati principi, il merito della valutazione espressa può essere sindacato in sede giurisdizionale unicamente in presenza di evidenti profili di incongruità suscettibili, ancorché in via sintomatica, di palesare un distorto esercizio del potere attribuito. Tali profili, della cui allegazione è onerata la proprietà dell'opera, non si palesano nel caso di specie ove si censura l'operato dell'amministrazione affidandosi a generiche valutazioni soggettive proposte come alternative al giudizio espresso». ¹⁵¹

Detto ancora diversamente, da una attenta disamina della giurisprudenza formatasi sul tema *de qua*, si evince come la stessa riconosca che - a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. discrezionalità amministrativa), dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla ragionevole ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme - le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. discrezionalità tecnica) debbano essere vagliate dal giudice amministrativo sulla scorta del diverso e più severo parametro della attendibilità tecnico-scientifica.

In tale contesto, poiché difettano, a monte, parametri normativi che possano fungere da premessa di un ragionamento sillogistico, il giudice non può dedurre bensì (solo) valutare se la decisione adottata dall'Amministrazione rientri o meno nella gamma delle soluzioni maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. ¹⁵²

¹⁵¹ Cons. di Stato, Sez. VI, 24 aprile 2023, n. 4151, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵² Si veda l'interessante recente pronuncia del Cons. di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2023, n. 5107, reperibile su www.giustiziamministrativa.it, dove il Giudice di secondo grado ha respinto l'appello proposto dalla Fiat Group Automobiles Real Estate Services S.p.a. (già Fiat Partecipazioni S.p.a.), proprietaria del compendio immobiliare denominato Centro Direzionale Alfa Romeo, porzione adibita a Museo Storico ed annessi, la quale aveva contestato il provvedimento adottato dalla Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Lombardia che ha a) dichiarato di interesse storico particolarmente importante, ai sensi degli artt. 10, comma 3, lett. d), e 13 del Codice per i beni culturali, di

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

cui al d.lgs. 20 gennaio 2004, n. 42, la porzione di compendio immobiliare denominata Centro direzionale Alfa Romeo, porzione adibita a Museo storico e annessi, ovvero, autofficina, Centro documentazione – Archivio storico, uffici direzionali; b) dichiarato di interesse storico particolarmente importante, ai sensi degli artt. 10, comma 3, lett. d) ed e), e 13 del Codice dei beni culturali, la raccolta del Museo storico Alfa Romeo, costituita da varie collezioni; c) dichiarato di interesse storico particolarmente importante, ai sensi degli artt. 128, comma 3, 10, comma 3, lett. b), e 13 del Codice dei beni culturali, l'archivio denominato Centro documentazione – Archivio storico Alfa Romeo, costituito da varie sezioni. In particolare la Società appellante aveva contestato la violazione degli artt. 10 e 13 del Codice dei beni culturali, in quanto gli immobili considerati sarebbero del tutto privi di un intrinseco valore in riferimento alla «*storia dell'industria*», per non essere destinati a tale scopo (industriale, per l'appunto), essendo adibiti a Centro Direzionale; nello specifico, aveva contestato il passaggio della sentenza di primo grado che richiama la peculiarità del potere discrezionale esercitato dalla Soprintendenza, «sicché in sede giurisdizionale se ne deve sindacare la corrispondenza con criteri di coerenza e ragionevolezza»; aveva altresì contestato la parte della sentenza dove si afferma che il vincolo non dipenderebbe da caratteristiche oggettive del compendio immobiliare, ma dall'interesse che lo connota, rinvenibile nell'importanza che Alfa Romeo e la sua storia hanno avuto per l'industria automobilistica. Il Supremo giudice amministrativo ha ritenuto infondate le censure proposte, affermando che «Come noto, a scelta di porre un vincolo esercitata dall'amministrazione costituisce espressione di discrezionalità tecnica, suscettibile di sindacato giurisdizionale di legittimità solo in ipotesi di illogicità manifesta, di difetto di motivazione, ovvero di conclamato errore di fatto (ex multis Cons. St., sez. VI, 3/07/2012, n. 3893). Atteso il limite dell'insindacabilità di ciò che è opinabile, ma pur sempre attendibile, il provvedimento impugnato appare adeguatamente motivato sulla base di una nutrita ed approfondita attività istruttoria che, peraltro, si è svolta anche nel contraddittorio e con il pieno coinvolgimento di parte appellante (vedasi punto 15 della presente sentenza). Al riguardo, occorre richiamare le parti del provvedimento e della relazione storica allegata che smentiscono le deduzioni degli appellanti e attestano la completezza delle motivazioni, nonché la ragionevolezza e proporzionalità delle misure imposte. Il vincolo, apposto ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. d) del Codice dei beni culturali, non tutela il valore intrinseco della cosa, bensì un interesse fondato sulla valenza testimoniale che la cosa indagata possiede in relazione alla “*storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere*”. In sintonia con tale precisazione, il provvedimento si basa sulla constatazione che “il compendio immobiliare di cui trattasi (così come la raccolta museale e l'archivio in esso contenuti) riveste particolare importanza per la storia di Alfa Romeo e quindi per la storia nazionale e internazionale dell'industria, della tecnica, dell'innovazione, dell'economia, del design, dello sport, dei rapporti sindacali, dello sviluppo sociale”. La giurisprudenza (Cons. St. n. 8393/2012) ha confermato che, secondo la sopraricordata previsione normativa, l'oggetto della tutela “*non è come per gli altri beni culturali la cosa per le sue caratteristiche intrinseche, ma la cosa in quanto è stata sede o reca la testimonianza di fatti o situazioni storici*”. Nello specifico, l'amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità tecnica che le è propria, ha spiegato: - che “*il compendio immobiliare non può essere certamente considerato sede di una attività terziaria qualunque: si trattava infatti del centro di controllo di Alfa Romeo, uno dei più importanti gruppi industriali dell'epoca che a metà degli anni settanta contava circa 40 mila dipendenti, la metà dei quali proprio operanti ad Arese*”; - il triplice interesse rappresentato dal compendio immobiliare: “*1. come spazio nel quale è raccolta, conservata e rappresentata la storia aziendale (raccolta museale e archivio), 2. come ultimo luogo autentico sopravvissuto nell'area milanese dell'industria*

In tale prospettiva, il soggetto interessato dalla decisione dell'Amministrazione – per lui evidentemente lesiva -, oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere, può altresì contestare *ab intrinseco* il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica.

Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del

Alfa Romeo (...) 3. come testimonianza tangibile della storia dell'impresa, conservatasi integra così come era stata pensata a partire dalla fine degli anni Cinquanta dal presidente e principale promotore dell'iniziativa Giuseppe Luraghi"; - che il Museo Storico e gli spazi funzionali ad esso connessi rappresentano "trasmissione di sapere imprenditoriale e consulenza tecnico-scientifica, il permanere in vita della valenza storico-identitaria della cultura di impresa Alfa Romeo". In altri termini, il decreto di vincolo non ha dichiarato di interesse particolarmente importante l'immobile "in sé" o "di per sé", né per le sole collezioni che esso ospita, ma ne ha riconosciuto l'interesse culturale per il "riferimento" e quale "testimonianza" dell'importanza che l'industria Alfa Romeo e la sua storia hanno avuto, e che il compendio immobiliare ed i mobili che contiene testimoniano. Non può darsi seguito alla tesi degli appellanti secondo cui, accogliendo il ragionamento dell'ente appellato, qualunque immobile di ogni casa automobilistica italiana rilevarebbe da un punto di vista storico-industriale, essendo trasmessa, tale qualità, dal fatto di essere "testimonianza tangibile della storia dell'impresa". Al contrario, tale caratteristica del compendio della Alfa Romeo è di interesse per ciò che tale casa automobilistica, e non altre, ha rappresentato e rappresenta, in ragione del particolare successo del modello imprenditoriale in questione, rispetto alle altre realtà imprenditoriali, e che giustifica l'interesse culturale tutelato con il Vincolo in discussione nel presente giudizio. Il riconoscimento di un interesse culturale con riferimento alla storia dell'industria non presuppone, come pretenderebbe parte appellante, la destinazione prettamente industriale dei beni immobili, dovendosi ritenere sufficiente la sussistenza di una relazione tra gli immobili considerati e la storia della casa automobilistica; in tal senso, non appare censurabile l'assunto che il Centro Direzionale Alfa Romeo sia testimonianza dello sviluppo dell'industria automobilistica italiana, nonché dell'industrializzazione del territorio nel quale è insediato. Nello specifico, nella relazione storica allegata al provvedimento si legge che il Centro Direzionale di Arese è "un complesso architettonico nato da un progetto unitario, la cui originalità consiste nella voluta integrazione tra attività manageriale, sviluppo dei nuovi prodotti e salvaguardia della memoria aziendale. Un luogo che, dopo la chiusura dello stabilimento di Arese, e la demolizione del Portello, rimane l'ultima testimonianza materiale oggi esistente nell'area milanese dell'omonima Lombarda Fabbrica Automobili intesa come industria e non come mero brand"».

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato.

E ciò non per garantire all'Amministrazione un privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma per dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi ed i procedimenti per la sua risoluzione.

In definitiva, dunque, pare potersi concludere che la giurisprudenza amministrativa – quanto meno in apparenza – abbia abbandonato il criterio del sindacato meramente formale sull'esercizio della discrezionalità c.d. tecnica in materia culturale, accedendo alla tesi della sua sindacabilità intrinseca mediante il parametro dell'attendibilità della valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione sia in punto di criterio prescelto, sia in punto di sua applicazione.

Ciononostante tende a far salvo, nel rispetto del principio di separazione dei poteri, il margine di opinabilità delle valutazioni¹⁵³, vedendovi un'espressione del merito amministrativo, come tale insindacabile in quanto sovrapponibile solo da una diversa e opposta opinabilità.

5. *Le tecniche di controllo utilizzate dal Giudice Amministrativo.*

Come visto nelle pagine che precedono, la giurisprudenza in materia di patrimonio culturale si confronta molto spesso con il profilo dell'opinabilità della valutazione tecnica: a volte per riconoscerne la

¹⁵³ I giudici riconoscono il «margine di opinabilità fisiologico» proprio del settore dei beni culturali, ritenendo che questo sia dovuto non tanto e non solo al carattere tecnico e specialistico delle regole necessarie per accertare l'interesse storico e culturale di un bene, quanto dalla mutevolezza delle stesse nel tempo; v. T.A.R. Lombardia, Sez. II, n. 3239 del 2011, dove si legge che «tale margine discende dalla inevitabile considerazione che il valore culturale e storico di un'opera è correlato alle concezioni culturali della società e dell'opinione pubblica in un determinato momento storico».

dimensione fisiologica ed ineliminabile¹⁵⁴, altre per indicarne l'avvenuto superamento in concreto¹⁵⁵.

Per comprendere come il giudice amministrativo eserciti realmente il proprio sindacato sulla decisioni assunte dall'Amministrazione, occorre, di conseguenza, evadere una ulteriore, connessa, questione, ossia quale sia concretamente il limite di accettabilità dell'opinabilità della valutazione tecnica compiuta dalla stessa Amministrazione.

Dall'esame della giurisprudenza emerge che il sindacato giurisdizionale supera i margini dell'opinabilità attraverso la verifica del superamento dei parametri generali di congruenza, proporzionalità e ragionevolezza: sono questi, infatti, i parametri utilizzati, assai frequentemente in maniera indistinta¹⁵⁶, dal giudice amministrativo per

¹⁵⁴ V. Cons. di Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4066, caso del vincolo della facciata di un immobile novecentesco di Milano).

¹⁵⁵ Senza dubbio, infatti, le fattispecie che più frequentemente si riscontrano in giurisprudenza sono quelle in cui il giudice amministrativo è chiamato a sindacare fattispecie contraddistinte da un utilizzo esorbitante della discrezionalità tecnica mediante un controllo di ragionevolezza e di proporzionalità sulla decisione amministrativa, volto ad evidenziare il superamento, in concreto, dell'opinabilità della valutazione tecnica. In dottrina, si v. l'attenta analisi svolta da G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016/3. In giurisprudenza v. Cons. di Stato, Sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5455, caso del vincolo di una palestra esempio di architettura razionalista degli anni Trenta del Novecento; 3 luglio 2014, n. 3360, caso del vincolo di un antico sentiero di montagna di pellegrinaggio; 11 marzo 2015, n. 1257, caso del vincolo di una statua sacra lignea ottocentesca, anni prima totalmente alterata da un restauro ricostruttivo, dove si evidenzia che l'atto va annullato qualora «risulti che il risultato raggiunto dall'amministrazione, a prescindere dalla sua fisiologica opinabilità, fuoriesce dai limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato, che l'amministrazione è tenuta ad applicare. ».

¹⁵⁶ Il frequente utilizzo delle parole «ragionevolezza» e «proporzionalità» come espressioni equivalenti si spiega con due ragioni: a) l'ampiezza del significato che il termine «ragionevolezza» assume nel linguaggio giuridico (l'argomento è ampiamente trattato, anche in collegamento con il parametro della proporzionalità, da G. SCACCIA, in *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; b) l'accezione generica nella quale si parla del «principio di proporzionalità». Quest'ultimo è frequentemente inteso nel senso generico suggerito dalla parola «proporzionalità» nel linguaggio comune, talché questa viene identificata nella qualità del risultato che si auspicherebbe garantito dalla disposizione sotto esame: proporzionato, ragionevole ovvero equo. Se è innegabile che vi sia una forte contiguità fra i due principi, tuttavia, come è stato ampiamente evidenziato da autorevole dottrina, il parametro della ragionevolezza si presenta, ai fini della valutazione della congruenza dell'azione amministrativa, come un criterio dai tratti più generici rispetto alla proporzionalità. Quest'ultima, infatti, contiene una specifica valenza "quantitativa", la cui applicazione porta necessariamente a spostare l'accento anche sulla verifica dell'intensità dell'esercizio del potere amministrativo e consente di andare oltre l'aspetto della sua congruenza al fine. A tale riguardo è stato anche

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

censurare un uso su basi tecniche del potere che, in realtà, esula dalle ragioni per cui il potere stesso è affidato dalla legge.

Come si evince da un approfondito esame della giurisprudenza, il giudice amministrativo, nell'esercitare il proprio sindacato, può accertare un difetto dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere ovvero l'inattendibilità dei criteri tecnici assunti ed applicati dall'Amministrazione (che viziano il provvedimento per eccesso di potere), oppure constatare un'irragionevolezza della decisione assunta dall'Amministrazione che si sostanzia nella sproporzione tra l'uso concreto della discrezionalità tecnica e la realtà della situazione da preservare.

In queste ultime fattispecie – vale a dire quando il giudice valuta una decisione irragionevole per essere la stessa, in estrema sintesi, sproporzionata rispetto al bene da tutelare -, la giurisprudenza¹⁵⁷ parla di rapporto incongruo, sproporzionato o irragionevole: criteri tra loro «strettamente connessi e che si specificano nel conseguimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta funzionalità dell'esercizio del potere di vincolo: perciò il potere che si manifesta con l'atto amministrativo deve essere esercitato in modo che sia effettivamente congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto».¹⁵⁸

evidenziato come la proporzionalità, coerentemente con il termine «proporzione» da cui deriva, faccia riferimento essenzialmente ad un metodo di misurazione pura, laddove la ragionevolezza presuppone e implica scelte di valore. Sul tema, si vedano A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 315 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, Milano, 1998, pp. 171 e 177 ss.; della stessa Autrice si veda inoltre il più recente *Principio di proporzionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia Treccani*, 2010, [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/); V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 118; V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, (Intervento all'incontro di Norimberga dedicato al principio di proporzionalità, 27 ottobre 2006), in http://www.agatif.org/download/relazione_norimberga_parisio_it.doc2006, p. 3, nonché, in chiave comparatistica, P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, pp. 39 ss..

¹⁵⁷ V., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, 3 agosto 2007, n. 4322; 6 giugno 2011, n. 3354; 3 luglio 2012, n. 3893; 4 novembre 2013, n. 5293; 27 dicembre 2013, n. 6241; 15 aprile 2015, n. 1928; 7 Marzo 2016, n. 914.

¹⁵⁸ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669; in questo caso il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo il vincolo indiretto su piazza del Plebiscito di Napoli limitativo dell'utilizzo dello spazio antistante la basilica di San Francesco di Paola per

La proporzionalità, secondo il G.A., rappresenta la congruenza della misura adottata in rapporto all'oggetto principale da proteggere¹⁵⁹, mentre la ragionevolezza si specifica nel raggiungimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta e sufficiente funzionalità dell'esercizio del potere di vincolo.¹⁶⁰

Ognuna di queste tre caratterizzazioni del rapporto - incongruenza, sproporzione e irragionevolezza -, spesso richiamate in trinomio dal G.A., indica una relazione concretamente inadeguata tra due termini e, in estrema sintesi, rivela la violazione del principio di proporzionalità¹⁶¹, da intendersi come principio cardine sia dell'azione amministrativa, sia del giudizio amministrativo e presupposto implicito per la legittimità dell'azione pubblica.

Per tornare alle concrete modalità di verifica dell'impiego della discrezionalità tecnica nel settore in esame, sempre da un attento esame della pertinente giurisprudenza, emerge come i principali fattori di cui il giudice tiene conto per identificare la corretta misura della c.d. discrezionalità tecnica siano la sua idoneità e la sua necessità.

In questa prospettiva di indagine, per il G.A. il criterio di proporzionalità è rispettato se le valutazioni di tutela corrispondono al mezzo idoneo e adeguato per assicurare una effettiva salvaguardia dei valori protetti mediante il vincolo sulla cosa.

l'apposizione di sedie e tavolini per ristoro in quanto tale vincolo non nega qualsiasi fruizione della piazza ma modula la tutela in proporzione alla necessità di mantenerla all'uso naturale di luogo di aggregazione e di incontro.

¹⁵⁹La corretta applicazione del principio di proporzionalità impone dunque che anche l'azione di tutela indiretta va contenuta nei termini di quanto risulta essere concretamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi di tutela diretta, ossia va posta in rapporto all'esigenza conservativa che ha determinato il vincolo diretto e dunque le caratteristiche dell'oggetto materiale del vincolo diretto.

¹⁶⁰ Così Cons. di Stato, Sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893.

¹⁶¹ Sul principio di proporzionalità, si rinvia all'importante opera di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Si veda anche S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 1035 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

Detto diversamente, secondo il giudice amministrativo, affinché l'azione amministrativa si ponga in un rapporto di proporzione con la finalità perseguita, l'Amministrazione deve limitare le proprie statuizioni in punto di vincolo nella misura adatta e sufficiente a raggiungere l'effettività della tutela del bene del patrimonio culturale da preservare.

Su tale segmento, pertanto, si concentra e, a ben vedere, si esaurisce il sindacato del giudice amministrativo, il quale, mediante l'applicazione del criterio di proporzionalità, va a sindacare l'idoneità e la necessità della misura adottata dall'Amministrazione rispetto al bene da tutelare.

In altre parole, l'utilizzo del criterio di proporzionalità – per come oggi concretamente impiegato alla luce della giurisprudenza esaminata (v. *infra*) - consente oggi al G.A. di verificare se la misura adottata dall'Amministrazione sia idonea, vale a dire concretamente utile – e questo è, obiettivamente, il parametro più contiguo al criterio di ragionevolezza - e necessaria, ossia insostituibile con altre misure parimenti efficaci ma meno incisive per l'interesse contrapposto.

Ma, lo si evidenzia, il sindacato del giudice amministrativo allo stato qui si arresta: il criterio di proporzionalità, per come oggi utilizzato dal giudice amministrativo, non legittima alcuna ulteriore operazione logica da parte del giudice, che pure potrebbe essere compiuta.

Si può affermare, infatti, che nella struttura a tre gradini del giudizio sulla proporzionalità, il giudice amministrativo, al più, percorre solamente i primi due (e, ancor più frequentemente, solo il primo).

Segnatamente, infatti, tra i tre tipici *test* del principio di proporzionalità il G.A. svolge sempre quello di idoneità – verificando l'utilità concreta della misura prescelta¹⁶² -, molto frequentemente quello di

¹⁶² In particolare, in materia di beni culturali il *test* dell'idoneità va rapportato alla funzione del vincolo o del provvedimento e pertanto non alla mera preservazione acritica della materialità della cosa ma la doverosa salvaguardia degli elementi che ne costituiscono l'interesse che è all'origine della sua condizione di bene culturale dichiarata mediante il vincolo. L'oggetto del vincolo infatti non è la cosa in sé, ma il bene culturale che essa rappresenta e di cui costituisce il supporto. Ciò significa che al bene culturale possono restare estranee alcuni elementi materiali marginali della cosa stessa punto la prova di idoneità porterà dunque ad escludere dalle azioni di tutela la preservazione di elementi

necessarietà¹⁶³ - accertando l'insostituibilità della misura con altre misure parimenti efficaci ma meno incisive per l'interesse contrapposto -, mentre sostanzialmente quasi mai svolge quello di proporzionalità in senso stretto, che consiste (*rectius* consisterebbe) nella valutazione della non eccessiva gravosità della misura prescelta dall'Amministrazione.

Per tentare di fornire una chiave di lettura alla sussidiarietà di tale terzo *test* potrebbe sostenersi la seguente argomentazione.

Il principio di legalità pone, infatti, un limite all'indagine del giudice amministrativo sull'osservanza della proporzionalità in senso stretto: l'Amministrazione agisce in attuazione delle leggi; se il sacrificio che il perseguimento dello scopo impone ad altri interessi sia o meno proporzionato al vantaggio atteso è questione che riguarda la legge e non l'Amministrazione.

Detto altrimenti, non spetta all'Amministrazione che attua la legge verificarne la proporzionalità in senso stretto e per tale ragione la verifica giudiziale di proporzionalità può arrestarsi – come in effetti si arresta - al profilo della idoneità e necessità della misura scelta dall'Amministrazione nell'ambito del proprio potere discrezionale.¹⁶⁴

aggiuntivi alla *res* non intrinseci al suo pregio storico artistico e dunque l'identità storica del manufatto che ha condotto al vincolo vorrei punto una preservazione che travalicando le ragioni l'oggetto stesso del vincolo si riferisse a tali inessenziali e particolari sarebbe idonea perché non funzionale al vincolo e perciò sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità.

¹⁶³ L'indagine sulla "necessità" del provvedimento, che si compie nella seconda tappa del giudizio di proporzionalità, concerne il rapporto tra la misura adottata e le conseguenze che ne derivano per gli interessi contrapposti ed è finalizzata a verificare se l'obiettivo sarebbe perseguibile con mezzi meno restrittivi; in questo senso, la verifica riguarda la proporzionalità della misura adottata rispetto allo scopo legale perseguito (che non è posto in discussione). Da evidenziare che l'eventuale alternativa più mite non può essere meno efficace di quella in concreto adottata, ai fini del perseguimento dell'obiettivo che, in questa sede, è assunto come dato.

¹⁶⁴ Il bilanciamento degli interessi può venire all'esame del giudice quando la legge non definisce l'obiettivo in maniera puntuale, lasciando all'Amministrazione il potere di stabilire il livello al quale l'obiettivo deve essere realizzato. Un esempio, è quello di un eccesso di misure precauzionali a tutela dell'ambiente, adottate in attuazione di una legge che affida all'Amministrazione la precisazione delle misure stesse: qualora il livello delle precauzioni stabilite dall'Amministrazione è molto elevato, può essere difficile prospettare soluzioni alternative non meno efficaci, e questo comporta la verifica della proporzionalità in senso stretto.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

Ad ogni buon conto, quale che sia la ragione che porta il G.A. ad omettere la fase finale del processo trifasico che contraddistingue il *test* di proporzionalità, dall'esame della giurisprudenza appare evidente come il giudice amministrativo, seppur favorevole ad evocare il criterio di proporzionalità nel senso generico dell'espressione, sia invece restio ad applicare fino in fondo il *test* di proporzionalità (anche quando sarebbe opportuno), preferendo collocare questioni inerenti la proporzionalità nel solco della tradizione, finendo a sindacare il rispetto o meno del principio di proporzionalità utilizzando i sintomi dell'eccesso di potere.¹⁶⁵

Del resto, tale propensione risulta altresì favorita dalla circostanza per la quale una stessa censura molto spesso viene contemporaneamente ascritta dal legale della parte ricorrente sia alla figura dell'eccesso di potere, sia all'inosservanza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, oppure – addirittura - il vizio venga ravvisato nell'eccesso di potere «sotto il profilo della non proporzionalità»¹⁶⁶.

Tale *modus operandi* porta con sé, tuttavia, a sommosso avviso di chi scrive, una rilevante conseguenza – intuitivamente fondamentale ai fini del presente studio - sul piano dell'intensità del sindacato che il giudice amministrativo in ordine ai provvedimenti devoluti alla propria cognizione, data dal fatto che il sindacato sull'eccesso di potere non assicura la medesima tutela a cui tende il *test* di proporzionalità.

L'indagine sull'eccesso di potere include senza dubbio valutazioni che sono comuni alla verifica di proporzionalità (si pensi alla completezza dell'istruttoria, che è condizione per il superamento del controllo sull'eccesso di potere ed è anche il presupposto per una decisione proporzionata), ma quelle valutazioni non sono orientate alla verifica della proporzionalità della decisione (un'istruttoria sufficiente in relazione al

¹⁶⁵ Si evidenzia, peraltro, come sia lo stesso Consiglio di Stato a parlare del sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità come di una forma più evoluta del riscontro delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere; v. Cons. di Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 59, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁶ Cons. di Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2015, n. 797, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

vizio di eccesso di potere non comporta necessariamente una decisione proporzionata).

Ciò che, diversamente, caratterizza la fase centrale della verifica di proporzionalità in senso proprio è il confronto tra gli effetti delle misure alternative: il parametro della necessità/insostituibilità/non eccessiva gravosità non comporta che il giudice interferisca nella discrezionalità dell'Amministrazione e, di conseguenza, consente (*rectius* consentirebbe) il sindacato diretto della decisione di natura tecnico-discrezionale assunta dall'Amministrazione.

E ciò in quanto attraverso il *test* di proporzionalità la qualità della insostituibilità della misura viene desunta da un confronto (il *test*, appunto) condotto sulla base di un parametro obiettivo, qualunque sia il grado di complessità delle indagini di ordine fattuale richieste per definire i termini del confronto.

A fronte dell'indicata potenziale espansibilità del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni di natura tecnico-discrezionale mediante un effettivo utilizzo del *test* di proporzionalità, passando in rassegna le pronunce del Consiglio di Stato pare potersi tuttavia evincere, a giudizio di chi scrive, che il giudice amministrativo sia certamente influenzato dal criterio di proporzionalità, ma che – ciononostante - non riesca ad abbandonare lo schema di giudizio tradizionale fondato sull'indagine dell'eccesso di potere.

A titolo di esempio, si può citare la sentenza del Consiglio di Stato n. 3932 del 2015, dove il giudice amministrativo censura per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione il provvedimento della Soprintendenza che nega l'autorizzazione del progetto sottoposto dal proprietario dei beni vincolati, volto a sfruttare economicamente il bene *de quo*.

Per quanto in questa sede rileva, è interessante evidenziare il passaggio della pronuncia che individua il vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione nel fatto che l'Amministrazione ha ommesso di

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

verificare la necessità e la proporzionalità del provvedimento e la praticabilità di misure di tutela meno invasive; a dire del Consiglio di Stato il provvedimento avrebbe dovuto motivare in ordine all'impossibilità di autorizzare il progetto, subordinatamente alle modifiche idonee a renderlo compatibile con le esigenze di tutela.

In questo caso il giudice amministrativo utilizza la logica del *test* di proporzionalità-necessità (che verte, appunto, sull'esistenza di misure più miti e comunque non meno efficaci di quella in concreto adottata), ma il criterio di proporzionalità non è in alcun modo menzionato e, soprattutto, le categorie utilizzate nella motivazione della sentenza risultano essere quelle tradizionali, proprie dell'indagine sull'eccesso di potere.

Se è evidente, dunque, sempre ad avviso di chi scrive, come in questa concezione di motivazione vi sia un elemento di novità rispetto all'impostazione più tradizionale, richiedendo il giudice che la stessa debba essere esauriente riguardo non solo a ciò che il provvedimento dispone, ma anche a ciò che avrebbe potuto disporre e non ha disposto, appare tuttavia altrettanto evidente come il giudice amministrativo non faccia cenno alla formalizzazione della verifica nelle distinte fasi che caratterizzano il giudizio di proporzionalità, preferendo collocare la questione nel solco della tradizione attraverso l'impiego della tradizionale figura dell'eccesso di potere, verosimilmente ritenuta meno insidiosa per le prerogative dell'Amministrazione nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

Si può quindi affermare che il principio di proporzionalità inteso come *test* di proporzionalità non sia entrato ancora a far parte della pratica giudiziale, nonostante la maggiore sensibilità dei giudici nei confronti dell'esigenza sostanziale a cui tale principio risponde.

Sensibilità che, del resto, emerge in talune interessanti pronunce del giudice amministrativo, dove – per l'appunto - si richiama il criterio di proporzionalità non solo per verificare che i provvedimenti attuino le previsioni normative maniera conforme «ai principi di proporzionalità e

ragionevolezza»¹⁶⁷ ovvero come argomento per rafforzare interpretazioni di disposizioni normative plausibili¹⁶⁸, ma anche per giustificare interpretazioni non autorizzate né dal testo normativo, né dall'insieme normativo nel quale il testo si inserisce.

Un esempio può essere tratto proprio dalla materia di tutela dei beni culturali e, segnatamente, dalla sentenza del T.A.R. Umbria n. 1028 del 21 dicembre 2007 - che si rivela in particolare significativa per aver tentato di rendere operativo il principio di proporzionalità anche a legislazione invariata -, con cui il giudice amministrativo ha accolto i ricorsi proposti da taluni soggetti privati e, per l'effetto, annullato il decreto ministeriale con il quale era stato imposto il vincolo archeologico su un appezzamento di terreno di loro proprietà.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Cons. di Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711; Cons. di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4790; Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 195, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶⁸ Cons. di Stato, Sez. III, 13 marzo 2013, n. 1494, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶⁹ Tale sentenza è stata tuttavia riformata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 227 del 2015, il quale ha accolto l'appello proposto dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Soprintendenza Archeologica dell'Umbria, affermando che «Tale premessa interpretativa non può essere condivisa. La disciplina del provvedimento di imposizione del vincolo di interesse culturale sui beni di proprietà privata (in tutti i testi normativi succedutisi nel corso degli anni: dalla legge n. 1089 del 1939, al d.lgs. n. 490 del 1999, sino al vigente d.lgs. n. 42 del 2004) non prevedono, almeno al momento dell'imposizione del vincolo, una distinzione delle forme di tutela legata ad un diverso livello di intensità dell'interesse culturale da tutelare. Al contrario, il legislatore configura in maniera unitaria sia la consistenza dell'interesse culturale che l'Amministrazione è chiamata ad accertare, sia gli effetti derivanti dall'imposizione del relativo vincolo che consegue al riconoscimento di tale interesse. L'imposizione del vincolo, pertanto, determina effetti tendenzialmente unitari, che consistono nell'attribuzione al bene di un nuovo regime giuridico, che non è più quello "comune" della proprietà privata, ma quello "speciale" e "derogatorio" della proprietà privata di interesse pubblico, che, in nome dell'interesse culturale da salvaguardare, fa sorgere in capo al proprietario obblighi di conservazione e limitazioni all'uso del bene. Il riconoscimento dell'interesse culturale sottopone, quindi, il bene ad un regime speciale, conformando la proprietà in ragione dell'esigenza di proteggere l'interesse culturale. Tale regime si sostanzia per lo più in un regime di previa autorizzazione amministrativa diretto a verificare, di volta in volta, la compatibilità tra gli usi del bene che il proprietario si propone e la salvaguardia dell'interesse culturale. Si tratta di un regime giuridico che assume carattere unitario e non conosce differenziazioni dipendenti dal maggiore o minore livello di intensità dell'interesse culturale. In altri termini, e in sintesi, l'interesse culturale o esiste o non esiste: non sono previste forme intermedie, di un interesse culturale che esiste ma in forma "minore" o "attenuata", con conseguente riconoscimento di una tutela meno intensa e, quindi, di una minore conformazione

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

La pronuncia del T.A.R. Umbria, pur ritenendo il provvedimento impugnato immune da vizi procedurali e sufficientemente motivato in ordine all'apprezzamento dell'interesse archeologico dell'area, ha tuttavia ravvisato, sotto un diverso profilo, una carenza di dispositivo e di motivazione, ritenendo, in particolare, violati i principi generali di proporzionalità e di adeguatezza dell'azione amministrativa. Più nel dettaglio, prendendo anche spunto dalla disciplina dettata dall'art. 96 d.lgs. n. 163 del 2006¹⁷⁰ relativamente alla verifica dell'interesse archeologico delle aree interessate a progetti di opere pubbliche, il giudice amministrativo di prime cure ha ritenuto che l'Amministrazione avrebbe dovuto, in applicazione dei principi generali di proporzionalità e di adeguatezza, valutare la possibilità di una graduazione dell'intensità dell'interesse archeologico e, di conseguenza, dei relativi vincoli imposti. Partendo da tale premessa, la sentenza ha, quindi, ritenuto dotata di una certa attendibilità l'ipotesi che l'interesse archeologico dell'area non si classificasse come di rilevanza primaria, e che perciò potesse essere soddisfatto anche nelle forme meno invasive per il privato indicate alle lettere a) e b) dell'art. 96 d.lgs. n. 163 del 2006. L'assenza di un'adeguata motivazione in ordine alla scelta (fra le diverse forme possibili) della modalità di tutela dell'interesse archeologico di maggiore intensità ha, quindi, condotto il giudice di primo grado all'accoglimento dei ricorsi.

Tradotta nel linguaggio del principio di proporzionalità, la sentenza del T.A.R. – peraltro poi riformata dal Consiglio di Stato, che ha

pubblicistica della proprietà privata. La maggiore o minore intensità dell'interesse culturale da salvaguardare assumerà rilievo semmai non al momento dell'imposizione del vincolo, ma successivamente, al momento della "gestione" dello stesso da parte delle competenti autorità, al momento cioè del rilascio delle autorizzazioni che, di volta in volta, il proprietario che intende intervenire sul bene dovrà ottenere. Le considerazioni che precedono escludono, quindi, che l'Amministrazione, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, al momento dell'imposizione del vincolo debba, oltre che motivare in ordine all'esistenza dell'interesse culturale, compiere una ulteriore verifica diretta ad individuare la soglia di intensità di tale interesse per graduare la relativa intensità del correlativo vincolo.».

¹⁷⁰ L'art. 96 d.lgs. n. 163 del 2006 non prevede misure di tutela differenziata secondo una graduatoria dell'interesse che i reperti presentano, bensì modalità diverse di intervento secondo i caratteri oggettivi dei reperti.

riconfermato l'impostazione tradizionale, confermando quindi le conclusioni che di seguito si rassegheranno - ha dunque censurato il provvedimento impugnato per non aver esaminato la possibilità di adottare misure meno restrittive dell'interesse del proprietario comunque adeguate allo scopo.

Concludendo, dunque, la disamina in ordine alle tecniche di controllo utilizzate dal giudice amministrativo allorquando sia chiamato a sindacare le decisioni assunte dall'Amministrazione in materia culturale, a giudizio di chi scrive può, in definitiva, affermarsi che:

- a) la verifica giudiziale della decisione secondo il criterio della proporzionalità, se svolta secondo il particolare metodo che caratterizza il principio di proporzionalità, permetterebbe al giudice di svolgere una operazione logica ulteriore, legittimando una valutazione delle decisioni discrezionali secondo parametri oggettivi, senza interferire con gli apprezzamenti riservati all'Amministrazione in piena applicazione del principio di separazione dei poteri;
- b) tuttavia, allo stato, la giurisprudenza amministrativa appare diversamente orientata, mostrandosi Consiglio di Stato incline a considerare il principio di proporzionalità come l'evoluzione del tradizionale sindacato sull'eccesso di potere;
- c) nei casi in cui il giudice amministrativo impiega il *test* di proporzionalità, lo stesso, oltre a non essere formalizzato, non viene utilizzato appieno, limitandosi il G.A. a valutare l'idoneità e l'insostituibilità della decisione assunta dall'Amministrazione, senza verificare che la stessa non risulti eccessivamente gravosa;
- d) l'utilizzo sostanzialmente incompleto, in seno al processo, del *test* di proporzionalità comporta il venir meno del contributo logico che lo schema (logico) di verifica della proporzionalità risulta astrattamente idoneo ad offrire per un pieno ed effettivo sindacato anche sulla discrezionalità c.d. tecnica.

6. *I mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo.*

Può a questo punto passarsi ad esaminare quali siano gli strumenti utilizzati dal giudice amministrativo per verificare la proporzionalità, la completezza e l'esautività della modalità di esercizio della valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione.

Anzitutto, in via generale, può affermarsi che il giudice, coerentemente al modello più tradizionale del processo amministrativo, generalmente tende ad una ricostruzione documentale dei fatti oggetto della controversia, sulla scorta delle risultanze del procedimento e della documentazione prodotta dalle parti in giudizio.

Qualora, invece, intenda svolgere approfondimenti istruttori ulteriori rispetto a quanto desumibile dagli atti di causa dalle parti, il giudice tendenzialmente accerta le modalità di esercizio della valutazione compiuta dall'Amministrazione ricorrendo alla verifica ovvero alla consulenza tecnica d'ufficio¹⁷¹.¹⁷²

A mero titolo esemplificativo delle concrete modalità di impiego di tali mezzi istruttori nell'ambito del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di natura tecnico-discrezionale in materia di beni culturali, può richiamarsi

¹⁷¹ Sulla consulenza tecnica, senza pretesa di esautività, cfr. G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Padova, 2002; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; M.E. SCHINAIA, *Cenni sulla fase istruttoria nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella l. n. 205, con particolare riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in Cons. St., 2001, II, pp. 1029 e ss.; L. IEVA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in TAR, 2001, pp. 241 ss.. Sulla consulenza tecnica come mezzo per «*circoscrivere i margini di insindacabilità delle valutazioni tecniche dell'Amministrazione*» si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, V Ed., Torino, 2002.

¹⁷² In particolare, la possibilità di impiegare tali strumenti davanti a valutazione aventi natura tecnico discrezionale è stata a suo tempo chiarita dalla nota sentenza del Consiglio di Stato, n. 601 del 1999, la quale ha al riguardo previsto che «Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche compite sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, potendo il giudice utilizzare per controllo sia il tradizionale strumento della verifica, che la C.T.U. »..

la pronuncia del T.A.R. Sicilia, Campania, n. 1153 del 2010¹⁷³, dove il giudice ha risolto la fattispecie sottoposta al proprio sindacato¹⁷⁴ utilizzando a pieno i mezzi istruttori a sua disposizione, impiegando sia una verifica per accertare se i manufatti in questione possano considerarsi «preziosa testimonianza di rilevante interesse etnoantropologico e storico» e se sia possibile conciliare il vincolo con la tutela della proprietà (asportando i manufatti ovvero mantenendoli visibili senza imporre l'inedificabilità soprastante), sia una consulenza tecnica per verificare, più nello specifico, l'effettiva possibilità di modificare il progetto di edificazione dell'immobile della Società ricorrente (ed a quantificare i relativi costi), in maniera da salvaguardare l'oggetto di tutela.

¹⁷³ L'esito di tale pronuncia è stato modificato con la sentenza del Cons. giust. amm. reg. sic., 10 giugno 2011, n. 418. Sul profondo contrasto tra la sentenza del giudice di primo grado e quella del giudice di appello si rinvia all'attento commento di G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 2, pp. 717-744.

¹⁷⁴ La vicenda contenziosa era la seguente: una società acquista un terreno edificabile, rispetto a cui era stata in precedenza rilasciata una concessione edilizia per la realizzazione di numerose unità immobiliari. La Soprintendenza per i Beni Culturali ed ambientali, nel frattempo, avvia un procedimento di tutela ai sensi del D.lgs. n. 42 del 2004 in quanto, sulla scorta di una relazione di alcuni speleologi, si ravvisa un potenziale interesse etnoantropologico su di un pozzo, un condotto e le relative camere di captazione di un antico acquedotto, insistenti sulla proprietà di cui si è detto. In seguito, il Comune, prendendo atto della nota della Soprintendenza, dispone l'immediata sospensione dei lavori iniziati sulla scorta del citato provvedimento di concessione. Tali provvedimenti vengo impugnati dalla società acquirente del fondo, che propone altresì atto di motivi aggiunti nei confronti del sopravvenuto provvedimento di vincolo, disposto ai sensi degli artt. 10, comma 3, lett. a) e 13 del d.lgs. n. 42/2004, e dell'art. 2 della l.r. n. 80/1977. Secondo la Società ricorrente, in sintesi, l'Amministrazione, fondandosi esclusivamente sulla relazione degli speleologi, non avrebbe considerato che la zona limitrofa al terreno è totalmente urbanizzata e che il condotto in questione è in massima parte distrutto. Inoltre, sempre secondo parte ricorrente, la Soprintendenza, sottraendosi dal rendere, dopo attenta istruttoria, una adeguata motivazione, avrebbe inciso in modo sproporzionato sul diritto di proprietà e di impresa della società, poiché l'imposizione di una fascia di inedificabilità di sei metri in verticale ed in orizzontale avrebbe reso di fatto inattuabile qualsiasi progetto di edificazione.

7. Considerazioni conclusive.

Dalle ricerche svolte emerge una tendenziale omogeneità del sindacato svolto dal giudice amministrativo nel settore del patrimonio culturale, rilevandosi un suo atteggiamento deferente nei confronti della scelta compiuta dall'Amministrazione.

Tendenzialmente, infatti, nella maggior parte dei casi il giudice amministrativo risulta restio a rivalutare i fatti – reputando una tale condotta una propria inaccettabile sostituzione rispetto alla decisione assunta dall'Amministrazione –, in tal modo limitando il proprio sindacato, al di là delle affermazioni di principio, ad un mero sindacato estrinseco.

Se questo è, per vero, il tendenziale atteggiamento del giudice amministrativo, certamente devono evidenziarsi ed elogiarsi le pronunce che, utilizzando – come visto – parametri generali quali quelli di proporzionalità, ragionevolezza o congruenza, tentano di sindacare in maniera più intrinseca le decisioni assunte dall'Amministrazione.

In tali ipotesi, il giudice ha avuto modo di censurare l'uso del potere amministrativo esercitato sulla base di basi tecniche, ravvisando, talune volte, una sproporzione tra l'esercizio della discrezionalità tecnica e la situazione da tutelare, talune altre una incompletezza dell'*iter* motivazionale posto a fondamento della decisione adottata.

Senonché, anche nell'ambito di questo sindacato che potrebbe definirsi “forte” perché astrattamente idoneo ad entrare nel merito della valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione, il giudice esige una “forte” distribuzione delle prove poiché l'inattendibilità scientifica della opinione dell'Amministrazione deve essere dimostrata dal ricorrente con una attendibilità maggiore e prevalente in quanto in mancanza di tale prova, davanti ad opinioni parimenti argomentabili, si presume prevalente l'attendibilità della scelta per la quale l'Amministrazione ha optato.

E' evidente, dunque, la difficoltà di accedere concretamente ad un effettivo sindacato delle decisioni assunte dall'Amministrazione.

CAPITOLO II

Tale difficoltà tuttavia, a sommosso avviso di chi scrive, potrebbe essere quanto meno attenuata mediante un corretto ed evoluto impiego, anche in sede processuale, del principio di proporzionalità in senso stretto, che – per le ragioni meglio indicate nelle considerazioni che precedono (v., segnatamente, il *par.* 5) potrebbe costituire un valido strumento per consentire al giudice un più penetrante potere di valutazione anche sulle decisioni adottate dall'Amministrazione nel settore del patrimonio culturale, assicurando una effettiva tutela dello stesso ad esito di una doverosa comparazione anche con altri interessi costituzionalmente tutelati (come ad esempio l'ambiente).

Capitolo III

Il sindacato del Giudice Amministrativo sulle sanzioni amministrative

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'ambito oggettivo della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di sanzioni ed il relativo fondamento. 3. La natura giuridica delle sanzioni amministrative affidate alla giurisdizione amministrativa. La distinzione tra misure afflittive pure e sanzioni ripristinatorie. 4. Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative: il canone della *full jurisdiction*. 5. Il sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti. 6. Il contenzioso "tipico" sottoposto al Giudice Amministrativo sulle sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. 7. I principali orientamenti relativamente al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. 8. I mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo. 9. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La disciplina delle sanzioni amministrative e del relativo sindacato giurisdizionale sta compiendo un percorso evolutivo complesso, in ragione sia della connotazione multilivello¹⁷⁵ del sistema giuridico - dove sono presenti, oltre alle norme nazionali (che a loro volta si articolano in disposizioni statali, regionali e degli enti locali, e determinazioni regolatorie

¹⁷⁵ G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it.dir. pubbl. comunit.*, 2000, pp. 25 ss.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

delle Autorità indipendenti), le fonti europee (a loro stessa volta articolate nel diritto dell'Unione Europea e nelle disposizioni di cui alla CEDU¹⁷⁶) -, sia dei diversi valori e principi espressi dalle indicate fonti, non sempre uniformi, enfatizzando talvolta la tutela degli interessi pubblici connessi alla prevenzione e repressione degli illeciti ed altre la tutela dei soggetti incolpati.

In tale contesto, il ruolo del giudice si è rivelato, da un lato, difficile, dall'altro necessario per colmare, con le proprie decisioni, le lacune

¹⁷⁶ F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014; M.V. FERRONI, *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in *Le sanzioni amministrative. Principi generali*, a cura di A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI, Torino 2012.

dell'ordinamento e risolvere antinomie, dando luogo a un c.d. “*diritto vivente delle sanzioni*”, in costante evoluzione.¹⁷⁷

Il coordinamento tra le diverse fonti, infatti, non si rivela sempre agevole, nonostante il processo di adattamento interno attuato dal nostro legislatore, essendo il modello italiano tradizionalmente fondato su modelli sanzionatori di diversa matrice¹⁷⁸ ed insorgendo non di rado tensioni tra il diritto UE e il diritto CEDU.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Sul ruolo del giudice amministrativo nel nostro ordinamento si rinvia alle ampie considerazioni di M.A. SANDULLI, *La “risorsa” del Giudice Amministrativo*, in *Quest. Giust.*, n. 1, 2021, pp. 38-49, dove si evidenzia come il giudice amministrativo si rivela, al pari di altri operatori che operano in altri servizi pubblici essenziali (come è, secondo la Corte Costituzionale, anche il servizio giustizia; v. Corte Cost., sent. n. 171 del 27 maggio 1996, reperibile in www.giurcost.org/decisioni/1996/0171s-96.htm) una risorsa fondamentale ed irrinunciabile anche per il superamento della crisi sociale ed economica, essendo chiamato non solo a dirimere i conflitti, ma anche e prima di tutto ad assicurare la giustizia nell'amministrazione; sul tema si veda anche della stessa Autrice, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, pp. 1-78; in argomento, si rinvia altresì allo scritto di G. MONTEDORO, E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Quest. Giust.*, n. 1, 2021, p. 11 ss., dove gli Autori evidenziano come «A fronte di un'estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti. Quanto più l'autorità guadagna terreno, nell'ottica di una de-privatizzazione dei rapporti sociali, tanto più è necessaria la scienza del sindacato sul potere, di cui è depositario il giudice amministrativo. Non si tratta qui di inventare qualcosa di nuovo, ma di sviluppare in modo rigoroso quelle che già sono le caratteristiche dell'attuale esercizio della giurisdizione amministrativa. (...) Autorità e libertà fanno parte di un gioco a somma zero: quanto maggiore è il segno positivo dell'autorità, tanto più deve essere penetrante il controllo giurisdizionale del potere di scelta. L'espansione del potere amministrativo (soprattutto nel campo sociale e ambientale) lo rende ancora più permeabile allo scrutinio giurisdizionale. Tutto questo significa un ruolo più incisivo del giudice amministrativo e la necessità per il giudice della giurisdizione, la Corte di cassazione, di riconoscere questo nuovo fenomeno, limitando la privatizzazione crescente (che ha connotato la precedente fase storica, pre-pandemica, di sviluppo del capitale finanziario) con un nuovo equilibrio fra diritto pubblico e diritto privato (più consono alle esigenze di costruzione di uno Stato sociale rispettoso dell'ambiente e di altri interessi collettivi)». Sul tema si veda anche il recente contributo di P. PIRAS, *Cinquanta anni di esperienza della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Crisi di mezza età o seconda giovinezza?*, cit., dove l'A., valutando l'operato del giudice amministrativo nel corso dei cinquanta anni dall'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, evidenzia – tra l'altro – come tale giudice abbia «saputo adeguarsi all'evoluzione del potere pubblico, in questo modo conservando la connotazione di giudice “naturale” nei confronti dell'amministrazione che ha agito come autorità e, dunque, rivelando la propria attualità e utilità. Il suo essere ancora “risorsa”».

¹⁷⁸ Si veda, al riguardo, l'ampio studio di M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1981, nonché della stessa Autrice, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983; M.A. SANDULLI, *Sanzione. IV) Sanzioni*

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

Tanto premesso, prima di affrontare il tema centrale della presente ricerca, verificando le modalità e l'intensità, allo stato, del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni amministrative, si reputa opportuno, stante la complessità e la costante evoluzione della materia in questione, svolgere alcune considerazioni di natura preliminare in ordine all'ambito

amministrative, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Treccani, Roma, 1991. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano 1999; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 537, ss; F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA. VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano 1982, 33 ss.; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1988; C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; C.E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. del diritto*, 1989, 345. Per la tradizione più risalente, si veda U. ARDIZZONE, *Sanzioni amministrative*, Nov. dig. it., vol. XI, UTET, Torino, 1939, 1804 ss.. In una prospettiva di teoria generale, si veda N. BOBBIO, *Sanzione*, Nss. Dig.it., vol. XVI, Torino, UTET, 196, 530 SS..

¹⁷⁹ Ciò avviene quando la normativa di derivazione eurocomunitaria si preoccupa di attuare maggiormente il principio di "efficacia dissuasiva" delle sanzioni, dirette a tutelare a piena attuazione discipline sostanziali settoriali, lasciando apparentemente in secondo piano i criteri fondamentali in materia di tutela dell'inculpato. Due esempi di queste criticità emerse al livello più alto della normativa europea sono costituiti dalla disciplina del *private enforcement* e dalla vicenda processuale del caso *Taricco*, caratterizzata dalla dialettica tra il diritto UE e la Corte Costituzionale. Altre due pronunce della CEDU in cui emerge tale tensione sono quelle riguardanti i casi *Menarini* e *Grande Stevens*, significativamente riferite proprio ad alcuni aspetti del sistema italiano del diritto sanzionatorio, valutato sotto molteplici aspetti di legittimità convenzionale europea. Le due decisioni, concernenti, rispettivamente, l'attività sanzionatoria della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e quella della Commissione Nazionale Società e Borse (CONSOB), hanno delineato un quadro di forti garanzie procedurali e giurisdizionali a tutela della parte incolpata o destinataria della misura punitiva, accentuando la duplice esigenza della partecipazione e del contraddittorio nel procedimento amministrativo di accertamento, insieme alla necessaria distinzione tra l'organo dell'accusa e l'autorità chiamata a decidere l'applicazione della sanzione. In concreto, nel caso *Menarini*, il sistema italiano delle sanzioni AGCM è uscito indenne dalle censure relative al lamentato contrasto con la Convenzione EDU. Nella vicenda *Grande Stevens*, al contrario, la disciplina regolamentare della CONSOB, all'epoca vigente, è risultata difforme dai principi della CEDU, anche in relazione al profilo della violazione del *ne bis in idem*. Questi diversi esiti del giudizio dinanzi alla Corte EDU dimostrano: in primo luogo, che la normativa italiana in materia di sanzioni presenta spiccati caratteri di eterogeneità e differenziazione interna, pur in ambiti vicini quali sono i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, essendo alcuni caratterizzati da un alto livello di tutela dell'inculpato, mentre altri manifestano connotati meno garantisti; in secondo luogo, che il sistema italiano manifesta una tenuta rispetto alle istanze di tutela dei diritti fondamentali prescritte dalla CEDU; in particolare la compatibilità con il diritto nazionale si realizza, oltretutto con una disciplina scritta adeguata, anche e soprattutto mediante un controllo giurisdizionale "effettivo", attento sia agli aspetti procedurali dell'irrogazione della sanzione, sia all'accertamento fattuale della violazione e della sua gravità.

oggettivo della giurisdizione amministrativa sulle sanzioni ed al relativo fondamento, nonché relativamente alla natura giuridica delle sanzioni amministrative affidate alla giurisdizione amministrativa, avendo altresì riguardo alla distinzione tra misure afflittive pure e sanzioni ripristinatorie, anche ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla CEDU.

2. L'ambito oggettivo della giurisdizione amministrativa in materia di sanzioni ed il relativo fondamento.

La giurisdizione amministrativa sulle sanzioni presenta, attualmente, un aspetto tutt'altro che lineare ed omogeneo¹⁸⁰.

Un primo aspetto che rende evidente la complessità della giurisdizione amministrativa sulle sanzioni è che la stessa tocca tutti e tre i diversi tipi di giurisdizione contemplati dal codice del processo amministrativo, vale a dire la giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito.

Più precisamente, infatti, rientrano nella:

- a) giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo tutte le sanzioni amministrative caratterizzate, in linea di massima, dalla funzione prevalentemente ripristinatoria e dalla correlata discrezionalità riservata all'organo amministrativo titolare del potere (v. *infra*);¹⁸¹

¹⁸⁰ Questo a differenza, invece, dalla giurisdizione ordinaria che, nella legge n. 689 del 1981, trova un *corpus* sistematico di regole sia sostanziali che processuali, lasciando spazio marginale a residue regole speciali derogatorie. In relazione al complesso riparto di giurisdizione si veda l'interessante contributo di M. DE CHIARA, *Il potere amministrativo sanzionatorio: profili di giurisdizione*, in *federalismi.it*, n. 23/2022.

¹⁸¹ Per le sanzioni amministrative non pecuniarie non esiste una norma generale attributiva della giurisdizione, talché per le stesse si pone l'esigenza di stabilire un criterio generale di riparto della giurisdizione. In proposito il principale formante giurisprudenziale è costituito dalla sentenza delle Sezioni Unite del 24 febbraio 1978, n. 926 (in *Foro It.* 1978, I, 1173, con nota i richiami di C.M. BARONE; *Giust. Civ.*, 1978, I, 601; *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1978, I, 3, 321, con nota di R. TAMIOZZO, *Sulla sanzione pecuniaria in materia di tutela delle bellezze naturali e panoramiche*; *Riv. Giur. Ed.*, Milano, 1978, I, 1, 690), in cui la Corte di Cassazione ha ripartito la giurisdizione tra G.O. e G.A. sulla base di un criterio generale fondato sulla funzione – punitiva o gestoria – della sanzione, desunta sulla

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

b) giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo talune ipotesi espressamente previste, tra cui, anzitutto, le sanzioni – anche pecuniarie¹⁸² - applicate da una delle Autorità indipendenti di cui all'art. 133, lett. l) ed n) del Codice del processo amministrativo¹⁸³.

Vi rientrano, inoltre, anche alcune importanti fattispecie non espressamente indicate, ma ricavabili dal sistema, quali – tradizionalmente - le sanzioni in materia edilizia¹⁸⁴ e le sanzioni in materia di pubblico impiego privatizzato¹⁸⁵;

c) giurisdizione di merito del giudice amministrativo le sanzioni pecuniarie (art. 134, comma 1, lett. c), cod.proc.amm.).

L'art. 134, peraltro, non chiarisce il significato ed il contenuto della giurisdizione di merito con riferimento allo specifico caso delle sanzioni pecuniarie; solamente l'art. 7, comma 6, cod. proc. amm.

base del suo contenuto, rispettivamente pecuniario o ripristinatorio. In altri termini, quando la funzione strumentale della sanzione, rispetto alla cura dell'interesse pubblico tutelato, è realizzata in via diretta e immediata, allora la sanzione incide su un interesse legittimo, giacché il potere sanzionatorio è diretta espressione di un potere amministrativo; se invece tale funzione è realizzata in via indiretta, allora la sanzione incide su un diritto soggettivo, giacché la p.a. sanzionante esercita un potere essenzialmente punitivo, che non fronteggia l'interesse legittimo. Il carattere diretto o indiretto del nesso di strumentalità è desunto poi dal contenuto, rispettivamente, ripristinatorio o pecuniario della sanzione.

¹⁸² In via generale, le sanzioni pecuniarie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689 del 1981, il quale attribuisce alla giurisdizione ordinaria i giudizi di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione di pagamento di sanzioni pecuniarie o di applicazione della sola confisca. Le ragioni di questa scelta furono di ordine storico. La legge n. 689 del 24 novembre 1981 era, infatti, una legge di depenalizzazione che trasformò alcuni reati in illeciti amministrativi, optando di punirli con una sanzione pecuniaria.

¹⁸³ Per tale ragione non si spiega chiaramente la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni della Banca d'Italia, della CONSOB e del Garante per la protezione dei dati personali; a tal fine è opportuno ricordare che, all'esito della complessa vicenda riguardante il riparto di giurisdizione in materia (v., sul tema, M. CLARICH - A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 1168), la previsione iniziale del codice, intesa a concentrarne la cognizione in capo al giudice amministrativo è stata considerata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega dalla Corte Costituzionale con la sentenza 27 giugno 2012 n. 162; 15 aprile 2014 n. 94.

¹⁸⁴ Tale ipotesi non è espressamente menzionata nel Codice perché assorbita dalla più generale fattispecie della materia edilizia data la giurisdizione esclusiva amministrativa.

¹⁸⁵ Anch'esse rientrano nel contenzioso afferente allo svolgimento del lavoro pubblico, residualmente affidato alla giurisdizione esclusiva amministrativa.

afferma, in generale, che nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice può sostituirsi all'Amministrazione.

Verosimilmente la norma non intende limitarsi a riconoscere la pienezza dell'accesso al fatto – trattandosi, questo, di principio ormai generalizzato ed operante anche nella comune giurisdizione di legittimità -, delineando, più in concreto, il potere del giudice di rideterminare la misura della sanzione.

Trattasi, all'evidenza, di una disposizione di indubbio rilievo, legittimando il giudice amministrativo a rivalutare l'illecito e qualificarne la gravità – andando oltre, quindi, ad un controllo formale ed estrinseco del provvedimento impugnato -, fermo restando il vincolo ai motivi di censura proposti dall'interessato. In questo senso, talune pronunce del Consiglio di Stato rideterminano direttamente la sanzione pecuniaria¹⁸⁶, altre invece, rideterminati i criteri da applicarsi, rinviando all'*Antitrust* per l'esatta quantificazione della sanzione pecuniaria in concreto eccessiva¹⁸⁷.

¹⁸⁶ V. Cons. di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896; Cons. di St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 289, reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁷ V. Cons. di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047, dove segnatamente si legge che «*Dunque il Collegio, munito di giurisdizione con cognizione estesa al merito, in base a quanto dispone l'art. 134, comma 1, lett. c) del cod. proc. amm., che consente al giudice amministrativo di modificare, in base a una propria valutazione, la misura delle sanzioni pecuniarie comminate dall'AGCM, ritiene di fissare i parametri (come sopra determinati) per la concreta determinazione della sanzione da irrogare ad Alan e di rinviare gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi in concreto l'importo della sanzione conformandosi alle indicazioni della presente sentenza, con conseguente riforma parziale della sentenza impugnata e accoglimento parziale del ricorso proposto in primo grado. Rimane così comunque salvaguardata la funzione punitiva, dissuasiva e deterrente delle sanzioni applicate dall'Autorità. In conclusione, l'appello va accolto in parte e, in riforma parziale della sentenza impugnata e in parziale accoglimento del ricorso di primo grado, la sanzione finale va rideterminata (ridotta) applicando i criteri sopra stabiliti (relativi ai ricavi da considerare nella individuazione del valore delle vendite su cui determinare l'importo base della sanzione, nonché alla applicazione sul valore così ottenuto di una percentuale del 5% in luogo del 15%), rinviando all'Autorità per la concreta quantificazione.*»; vedi, nello senso, Cons. di Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 329, reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

3. *La natura giuridica delle sanzioni amministrative affidate alla giurisdizione amministrativa. La distinzione tra misure afflittive pure e sanzioni ripristinatorie.*

La complessa articolazione della giurisdizione sopra sinteticamente descritta in materia di sanzioni deriva, in buona parte, dall'oggettiva difficoltà di individuare una nozione unitaria di sanzione amministrativa, nonché i principi giuridici ad essa applicabili.

Non essendo questa la pertinente sede in cui poter neppure sintetizzare il vastissimo dibattito dottrinale sulla nozione di sanzione amministrativa e sulla relativa specificità¹⁸⁸, può sinteticamente affermarsi che dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente codificato una distinzione tipologica e sistematica tra la sanzione “*in senso stretto*” e la sanzione “*in senso lato*”.

La sanzione “*in senso stretto*”, disciplinata dalla legge n. 689 del 1981, costituisce la reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto, a cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria¹⁸⁹; essa presenta una omogeneità sostanziale con la pena e per tale ragione la legislazione ordinaria garantisce per la stessa i principi di legalità, personalità e colpevolezza e la sanzione viene irrogata ad esito di un procedimento che assicura il contraddittorio e è soggetto ad integrale riesame giudiziale (vale a dire senza limite del merito amministrativo).

Secondo la dottrina prevalente la sanzione amministrativa “*in senso stretto*” è una “*pena in senso tecnico*”¹⁹⁰ fondata su due presupposti positivi e uno negativo: costituisce la reazione rispetto all'infrazione di un precetto; ha conseguenze negative per il destinatario; non è diretta alla cura concreta dell'interesse pubblico, bensì a “*punire*”; di conseguenza, secondo tale

¹⁸⁸ Si rinvia *supra*, nota n. 4. Si veda altresì per uno studio sistematico del tema all'opera di R. GIOVAGNOLI - M. FRATTINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 2009.

¹⁸⁹ Tale inquadramento risale a G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, pp. 51 ss.

¹⁹⁰ Così G. ZANOBINI, *cit.*.

tradizionale impostazione, veniva negata natura propriamente sanzionatoria alle misure ripristinatorie (quale, ad esempio, l'ordine di demolizione di un immobile abusivo), avendo queste quale unica finalità quella di ripristinare l'interesse pubblico leso.

La commisurazione della sanzione “*in senso stretto*” è frutto dell'esercizio di un potere discrezionale di tipo “*giudiziale*” che fronteggia il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale dell'incolpato, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.¹⁹¹

La sanzione “*in senso lato*”, invece, pur derivando anch'essa da una condotta posta in essere in violazione di un precetto, costituisce una manifestazione tipica del potere amministrativo autoritativo, riconducibile alla categoria dell'autotutela¹⁹², rispetto a cui il cittadino si trova in una situazione di interesse legittimo, donde la relativa devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Rientrano in questa categoria - che non ha, se non minimamente, la funzione di “*punire*” il responsabile dell'infrazione - le misure interinali, di carattere preventivo e cautelare; la rimozione di titoli abilitativi; la rimessa

¹⁹¹ Queste considerazioni consentono di comprendere anche il particolare regime che l'ordinamento prevede per l'impugnazione delle sanzioni amministrative, che di regola si impugnano di fronte al giudice ordinario, mediante un particolare processo, di opposizione all'ordinanza-ingiunzione disciplinato dagli artt. 22 e ss. legge n. 689 del 1981. La ragione di questa speciale competenza del giudice ordinario è stata oggetto di ampio dibattito; qualcuno vi rinviene un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, che in questa materia sarebbe chiamato eccezionalmente a conoscere gli interessi legittimi. Altri invece ritengono che questa sia semplicemente un'ipotesi in cui l'atto dell'Amministrazione incide su diritti soggettivi indegradabili, perché costituzionalmente rilevanti. Si richiama a tal proposito l'articolo 23 Cost. che sancisce che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non nei casi previsti dalla legge, con la conseguenza che la sanzione illegittima inciderebbe sul diritto costituzionalmente rilevante sancito dall'articolo 23 Cost.; così R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in Relazione tenuta al convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi presso la sede Consiglio di Stato il 28 Febbraio 2013, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹² F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 537 ss.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

in pristino, in qualsiasi forma, dello stato delle cose *ante* trasgressione¹⁹³; i provvedimenti interdittivi¹⁹⁴.

A tali sanzioni si applicano i principi dell'attività amministrativa tradizionale previsti dalla legge 8 agosto 1990, n. 241 e ss. m. ed ii..

In “*vigenza*” di tale distinzione tipologica e sistematica, il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo poteva pertanto risolversi, in buona sostanza, attribuendo al primo il sindacato sulle sanzioni amministrative “*in senso stretto*” ed al secondo il sindacato sulle sanzioni amministrative “*in senso lato*”.

Senonché la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU), che ha “*giurisdizione*” sulla qualificazione penale delle misure afflittive di cui si lamenta il contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ha imposto un radicale ripensamento di tale descritto ordine sistematico, da ciò derivandone un necessitato ripensamento anche del sopra indicato riparto di giurisdizione.

In particolare, al fine di evitare che i processi di depenalizzazione avviati negli anni sessanta del secolo scorso dagli Stati membri potessero sottrarre gli illeciti alle garanzie della CEDU, sin dal 1976 la Corte di Strasburgo ha infatti elaborato autonomi criteri definitivi per valutare la qualificazione penale o meno di tali misure.

Segnatamente, la Corte ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della presenza di una sanzione avente natura penale sostanziale,

¹⁹³ Viene riconosciuta natura ripristinatoria anche alle sanzioni pecuniarie sostitutive della riduzione in pristino da applicarsi qualora non sia possibile procedere alla demolizione dell'opera *ex artt.* 33 e 34 D.P.R. n. 380 del 2001. E ciò in quanto si ritiene che le stessa svolgano un sostanziale ruolo di riequilibrio patrimoniale, avendo il fine impedire un ingiustificato arricchimento conseguente alla mancata demolizione del manufatto abusivo.

¹⁹⁴ Le misure interdittive accessorie alle sanzioni amministrative rientrano invece nella disciplina di cui all'art. 20 della legge n. 689 del 1981. Per una attenta ricognizione del tema si veda M. LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 173-200.

generalmente conosciuti come i c.d. criteri Engel¹⁹⁵, che consistono nella: a) qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale; b) natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; c) severità ovvero la gravità del sacrificio imposto.

Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze¹⁹⁶ perché la sanzione vada qualificata come “*penale*”¹⁹⁷, con conseguente necessario rispetto delle principali garanzie previste dalla Convenzione¹⁹⁸, tra cui – tra gli altri - il principio *nulla poena sine lege*, il principio *ne bis in idem*, il diritto al giusto processo e il principio della retroattività della *lex mitior*¹⁹⁹, a prescindere dalla tipologia della sanzione e dalla funzione ripristinatoria.

¹⁹⁵ Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel v. Olanda, in tema di sanzioni detentive disciplinari penali. Con riguardo alle sanzioni irrogate dalle Amministrazioni italiane, vanno ricordate le sentenze: 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, Menarini c. Italia; 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*.

¹⁹⁶ Come ribadito da ultimo nella sentenza “*Grand Stevens*” «questi criteri sono alternativi e non cumulativi... Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “*accusa in materia penale*”».

¹⁹⁷ La qualificazione formale che una sanzione riceve a nell'ordinamento nazionale non si rivela determinante, essendo sufficiente che la sanzione sia penale per natura ovvero caratterizzata da una relativa severità. La qualificazione formale interna diventa rilevante quando non sono integrati gli altri due presupposti. Va da sé che una sanzione può essere penale ai fini della CEDU anche quando non incida sulla libertà personale e anche quando non rivesta carattere pecuniario, rilevando che l'apparato sanzionatorio amministrativo risulti per l'interessato connotato da una dimensione intrinsecamente afflittiva e pur non avendo una funzione esclusivamente afflittiva.

¹⁹⁸ Per una approfondita disamina del tema, si rinvia allo scritto di D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative punitive tra diritto costituzionale ed europeo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁹ Con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, il problema che in concreto si è posto risulta il seguente: quale sanzione amministrativa si applica se al momento dell'adozione del provvedimento sanzionatorio è in vigore una disciplina sanzionatoria più favorevole rispetto a quella vigente al momento in cui l'illecito è stato commesso? Detto altrimenti, cosa succede se la legge in vigore al momento in cui viene commessa l'infrazione e quella posteriore, vigente nel momento in cui si deve adottare il provvedimento sanzionatorio, stabiliscono sanzioni amministrative diverse e in particolare quella sopravvenuta sanziona meno gravemente l'infrazione o addirittura non la sanziona più? Il problema si è posto in quanto il principio della retroattività della norma più favorevole non è contemplato dalla legge numero 689/1981; non vi è infatti in tale *corpus* normativo una disposizione assimilabile all'articolo 2, comma 3, del codice penale («*se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che non sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*»). La legge 24 novembre 1981 n. 689 stabilisce una disciplina unitaria per le sanzioni

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

amministrative, sancendo all'art. 1 il principio di legalità, secondo cui nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione; con tale disciplina, tuttavia, il legislatore ha preso in considerazione un solo aspetto inerente la successione di norme nel tempo, vale a dire quello inerente la norma sanzionatoria entrata in vigore successivamente alla commissione dell'illecito, trascurando – invece – l'ipotesi della norma che successivamente disciplini in maniera più favorevole il comportamento illecito prima soggetto alla sanzione amministrativa o, addirittura, non lo consideri più punibile. In un primo momento, nell'applicazione dell'art. 1 della legge n. 689 del 1991, la giurisprudenza civile e amministrativa hanno negato che per le sanzioni amministrative potesse trovare applicazione la regola del *favor rei*, consolidandosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'illecito amministrativo deve essere assoggettato alla legge vigente al momento del suo verificarsi, non potendosi applicare la disciplina posteriore più favorevole. Ma la Consulta negli anni 2002-2003 ha più riprese disatteso tale ricostruzione, ritenendo manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2 l. 689/81 nella parte in cui non prevede che, se la legge in vigore al momento in cui fu commessa l'infrazione e quella posteriore stabiliscono sanzioni amministrative pecuniarie diverse, si applichi la norma più favorevole. Per scardinare questa non appagante impostazione un sempre più diffuso orientamento ha iniziato a trarre argomento a sostegno della necessità di estendere anche alle sanzioni amministrative il principio di cui si discorre dal diritto sovranazionale e più precisamente dall'interpretazione evolutiva dell'art. 7 CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, facendosi notare che il nostro sistema sanzionatorio amministrativo risulta incompatibile con l'art. 117 Cost. là dove non riconosce piena operatività a tale principio. Ed è proprio di questo tema che si è occupata la Sentenza Corte Cost. n. 193 del 2016, che pur rigettando la questione di legittimità costituzionale, ha sancito un notevole passo avanti verso l'estensione alle sanzioni amministrative del principio della retroattività, riconoscendo che là dove una sanzione amministrativa sia da considerarsi, in base all'applicazione dei criteri Engel, una sanzione convenzionalmente penale, dovrà ad essa trovare applicazione, tra gli altri anche il principio della retroattività del trattamento della sanzione più mite. Successivamente, la Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 63 del 2019, ha sancito l'applicabilità del principio del *favor rei*, di matrice penalistica, anche alle sanzioni amministrative di natura punitiva, affermando in particolare (ed in evidente distonia rispetto al tradizionale opposto orientamento applicativo della legge n. 689 del 1981), che: a) la regola della *lex mitior* non è in effetti riconducibile all'ambito applicativo di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; b) la regola dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale – sancita, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, del Codice penale – trova il proprio fondamento costituzionale nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (Corte Cost. n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, «non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)» (Corte Cost. n. 236 del 2011); c) il principio di retroattività della norma più favorevole trova inoltre il suo fondamento sul piano internazionale ed europeo. Applicando, infatti, il criterio del c.d. *maximun standard* ed operando con metodo comparatistico, la Corte E.D.U., con la Sentenza del 17 settembre 2009 (Ricorso n. 10249/03 – Scoppola c. Italia), ha ritenuto imprescindibile includere tra i principi enucleati dall'art. 7 C.E.D.U. quello della retroattività *in mitius*; d) rispetto alle sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità punitive, il complesso dei principi dettati dalla Corte di Strasburgo a proposito della materia penale deve senz'altro trovare applicazione, atteso che, laddove la sanzione amministrativa ha natura punitiva, non vi è ragione per continuare ad applicare all'autore dell'illecito tale sanzione qualora il fatto sia

Per quel che in questa sede interessa - soprattutto in relazione alla sopra descritta distinzione concettuale nel tempo delineatasi nel nostro ordinamento tra sanzione “*in senso stretto*” e “*in senso lato*” -, il concetto di sanzione penale che rileva ai fini della CEDU prevede, dunque, la compatibilità funzionale tra l'afflizione di una punizione a fini retributivi e di deterrenza e la cura dell'interesse pubblico; detto altrimenti, una sanzione può avere, contemporaneamente, una funzione sia afflittivo-dissuasivo, sia ripristinatoria della lesione subita dall'interesse pubblico.

Coerentemente con tale impostazione, la giurisprudenza della Corte europea ha qualificato come “*pena*”, in ragione della loro gravità, anche la confisca per equivalente²⁰⁰, la confisca per lottizzazione abusiva prevista

successivamente considerato non più illecito, né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. Questo principio espresso dalla Consulta, appunto di retroattività della disposizione più favorevole sopravvenuta alla condotta da punire anche quanto alle ordinarie sanzioni amministrative, è stato successivamente condiviso e fatto proprio anche dal Consiglio di Stato. Al riguardo, si rinvia alla recente sentenza del Cons. di Stato, n. 6349 del 28 giugno 2023, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, dove si statuisce che «con riferimento alle sanzioni amministrative ‘punitive’ debbono trovare applicazione le conclusioni raggiunte con riguardo alle sanzioni penali sulla base, altresì, dei principi elaborati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 193 del 2016. Con essa la Corte rilevava come la giurisprudenza di Strasburgo non abbia “*mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell'ordinamento convenzionale*”. Con la sentenza n. 63 del 2019, la Corte costituzionale ha infatti affermato che “*Rispetto, però, a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità “punitiva”, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della lex mitior, nei limiti appena precisati (supra, punto 6.1.) – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni... L'estensione del principio di retroattività della lex mitior in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione “punitiva” è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo «vaglio positivo di ragionevolezza», al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale»».*

²⁰⁰Corte EDU, sentenza 14 gennaio 2014, , caso n. 32042/11, *Muslija v. Bosnia Herzegovina*.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

dalla legislazione urbanistica²⁰¹, il ritiro e la sospensione della patente, il divieto di condurre veicoli a motore²⁰², nonché l'ordine di demolizione di immobile abusivo²⁰³.

Ed è proprio alla luce di tale più evoluta impostazione che autorevole dottrina²⁰⁴ ha evidenziato che, in applicazione dei suddetti principi, appare obiettivamente arduo individuare una sanzione amministrativa, anche pecuniaria, che si ponga al di fuori dell'inclusiva nozione di “*materia penale*”.

Poiché, infatti, sono considerate “*sostanzialmente penali*” tutte le sanzioni amministrative caratterizzate, da un lato, dall'aver una funzione preventiva, repressiva e punitiva e, dall'altro, dall'essere in grado di incidere in maniera significativamente negativa sulla sfera giuridica dei loro destinatari, risulta evidente come, di regola, tutte le sanzioni amministrative afflittive proprie dell'ordinamento siano normalmente ascrivibili a tale *genus*, non solo per via del lasco parametro adoperato dalla Corte EDU nel valutare il requisito del *malum* inflitto al soggetto sanzionato²⁰⁵, ma anche (e prima ancora) in considerazione del (di per sé risolutivo) criterio teleologico, secondo cui deve essere in ogni caso riconosciuta, ai sensi e per gli effetti della CEDU, natura penale a tutte le sanzioni che abbiano funzione generalpreventiva.

D'altro canto, non pare esservi sanzione amministrativa che non abbia (anche) siffatta funzione, come confermato anche dall'art. 12 del D.lgs. n.

²⁰¹ Corte EDU, sentenza 30 agosto 2007, caso n. 75909, *Sud Fondi e altri v. Italia*.

²⁰² Corte EDU, sentenza 4 gennaio 2017, caso n. Rivard v. Svizzera.

²⁰³ Corte EDU, sentenza 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*.

²⁰⁴ Sul punto si rinvia a F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative e il diritto europeo*, in *La sanzione amministrativa*, (a cura di) A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI - F. F. TUCCARI, Milano, 2016, pag. 31, dove si osserva che «*non è oggi dato dubitabile che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie (da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative indipendenti, a quelle minori, ad es. illeciti stradali) siano penali ai sensi CEDU, così reclamando pienezza di garanzie a favore del cittadino.*»).

²⁰⁵ A tal proposito vale la pena evidenziare come la Corte EDU abbia, tra l'altro, riconosciuto natura penale ad una sanzione amministrativa pecuniaria per eccesso di velocità dell'ammontare di 60.000 Lire, cfr. Corte EDU, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*, in www.echr.coe.int, quando nel caso di specie la sanzione che il Comune di Savona pretende ammonterebbe a oltre 100.000 euro.

209 del 2005, a mente del quale sono vietate “*le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative*”; la *ratio* di tale divieto è, infatti, quella di evitare che, tramite l’assicurazione, possa elidersi la funzione dissuasiva (quindi di prevenzione generale) che contraddistingue e caratterizza ogni sanzione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, come anticipato, pare corretto ed opportuno procedere ad un ripensamento della sopra descritta categoria della sanzione amministrativa “*in senso stretto*”, dal cui alveo sono tradizionalmente escluse le sanzioni ripristinatorie e interdittive (ritenute tipicamente espressione del potere amministrativo autoritativo privo di carattere punitivo, proprio, invece, delle sanzioni pecuniarie).

Se è vero, infatti, come sopra evidenziato, che la Corte EDU riconosce che il carattere sanzionatorio di una misura non viene meno per il fatto che la stessa abbia anche uno scopo ripristinatorio di salvaguardia dell’interesse pubblico, si impone allora, anche nel nostro ordinamento, una definizione di sanzione amministrativa più ampia, che includa anche sanzioni ripristinatorie e/o interdittive.

Ciò comporta, come anticipato, anche un cambiamento della tradizionale categoria di sanzione amministrativa “*in senso stretto*”, la quale non appare più coerente con la diversa nozione di pena in senso sostanziale adottata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, che, postula un ampliamento del concetto di sanzione in generale - e dunque anche di sanzione amministrativa -, basato sull’afflittività per il destinatario della misura, eventualmente anche finalizzata alla realizzazione dell’interesse pubblico.

Non solo. Da tale diversa nozione di pena in senso sostanziale ne deve altresì derivare un riflessione in ordine al criterio di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e ordinario nei giudizi di impugnazione.

Come si è anticipato (v. *supra*, par. 2, pag. 4), l’art. 22 della legge n. 689 del 1981 attribuisce alla giurisdizione ordinaria i giudizi di opposizione

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

nei confronti delle sanzioni pecuniarie, facendo salvo l'art. 133 cod.proc.amm. che, in particolari materie, comprese le sanzioni irrogate da determinate Autorità, attribuisce al G.A. la giurisdizione esclusiva anche sui diritti soggettivi.²⁰⁶

Per le sanzioni non pecuniarie non esiste, invece, un criterio generale di riparto della giurisdizione.

Su questo versante può (*rectius*, deve) allora oggi incidere la nozione sostanzialistica di sanzione amministrativa elaborato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, in cui, come visto, la finalità punitiva e gestoria – cioè di realizzazione dell'interesse pubblico – possono coesistere, pur in misura diversa.

Si può, dunque, individuare un criterio generale di riparto della giurisdizione, coerente con il sistema, basato sulla natura del potere esercitato dall'Amministrazione, da desumersi avendo riguardo alla prevalenza, nella singola sanzione, dello scopo repressivo oppure della salvaguardia dell'interesse pubblico.

Detto altrimenti, può proporsi un criterio di riparto basato sulla prevalente natura, punitiva o gestoria, del potere esercitato nell'applicazione della singola sanzione, cioè sulla prevalenza dello scopo di salvaguardia dell'interesse pubblico ovvero di quello punitivo, svelata dalle caratteristiche di ciascun provvedimento sanzionatorio.

In concreto, nei casi in cui il potere sanzionatorio ha prevalente natura gestoria - poiché lo scopo di tutela dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'autorità sanzionante prevale su quello punitivo -, la situazione giuridica incisa è l'interesse legittimo.

Quando, invece, nel potere sanzionatorio predomina lo scopo punitivo - pur rimanendo la sanzione funzionalizzata anche alla cura di un interesse pubblico specifico - la sanzione presenta una funzionalizzazione "*debole*" e la posizione giuridica incisa dalla stessa è di diritto soggettivo.

²⁰⁶In estrema sintesi, dunque, la sanzione pecuniaria è devoluta al G.O., salvo che non sia applicata da una delle Autorità di cui all'art. 133 Cod. proc. amm..

Tale funzionalizzazione “*debole*” caratterizza, in primo luogo, le sanzioni pecuniarie: è in ragione di essa che trova spiegazione il carattere solo indiretto della realizzazione dell'interesse pubblico, su cui si fonda la giurisprudenza delle Sezioni Unite n. 926 del 1978 (v. *supra*, nota n. 7).

Se così è, può essere allora utile individuare taluni “*indici sintomatici*” della “*funzionalizzazione debole*” per rendere più agevole la risoluzione del problema di riparto della giurisdizione per le sanzioni non pecuniarie.

Uno di tali indici è costituito dalla sussistenza o meno di discrezionalità amministrativa nella determinazione della sanzione²⁰⁷; in generale, la discrezionalità dell'applicazione di una sanzione può riguardare il *quantum* (normalmente compreso tra un minimo ed un massimo), oppure i presupposti, sia di fatto che giuridici, della sanzione, oppure – ancora - l'*an* della sua applicazione.

Solo laddove non vi è alcuna possibilità di scelta da parte dell'Amministrazione procedente, la giurisdizione in materia di sanzione di natura non pecuniaria è del giudice ordinario.²⁰⁸

Viceversa, l'attribuzione all'Amministrazione del potere di determinare ovvero, se del caso, addirittura rinunciare all'applicazione della sanzione nonostante l'accertata commissione dell'illecito, costituisce un indice della natura prevalentemente gestoria del potere esercitato attraverso

²⁰⁷ Sebbene venga normalmente esclusa l'esistenza di un profilo di discrezionalità amministrativo nell'esercizio del potere sanzionatorio, alcuni autori reputano il procedimento sanzionatorio compatibile con una discrezionalità di tipo amministrativo. Il dibattito è efficacemente ricostruito da S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, voce in *Diritto on line Treccani- Approfondimenti enciclopedici*, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2019, il quale ammette che l'esercizio del potere sanzionatorio possa essere connotato da discrezionalità amministrativa in senso proprio; si veda anche dello stesso Autore, *Il potere sanzionatorio delle Amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*. Napoli, 2017.

²⁰⁸ La questione è stata oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (ordinanza 21 settembre 2020, n. 19664), che pronunciandosi sul regolamento di giurisdizione sollevato in relazione alla sanzione della chiusura per 10 giorni dell'esercizio destinato al gioco sportivo e alle lotterie irrogata dall'agenzia delle Dogane e dei Monopoli per l'accertata violazione, da parte della Questura, dell'articolo 24, comma 21, del decreto legge n. 98 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 11 del 2011, ha ritenuto di individuare l'elemento di discriminazione nella mancanza di discrezionalità applicativa.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

l'applicazione della stessa sanzione.²⁰⁹

Detto altrimenti, quando siamo di fronte a sanzioni non pecuniarie comminabili in carenza di discrezionalità, le stesse, eccezion fatta per i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla loro specifica afflittività.

Una interessante applicazione dei ridetti principi è dato ravvisare nelle numerose pronunce di primo grado (inappellate) nelle quali il giudice amministrativo ha declinato la propria giurisdizione in relazione a talune sanzioni previste dalla legislazione emergenziale per fronteggiare l'epidemia da COVID-19.

Con riferimento, ad esempio, alla disciplina di cui all'art. 4, comma 2, del d.l.ec. n. 19 del 2020, convertito in l. n. 35 del 2020 – che prevede espressamente quale sanzione accessoria alternativa la chiusura dell'esercizio da 5 a 30 giorni nei casi di cui all'art. 1, comma 2, lettere i), m), p), u), v), z) e aa) – si è infatti riconosciuto che trattasi indiscutibilmente di fattispecie in cui risultano predeterminate sia la condotta sia la sanzione minima e massima, così che «la sanzione accessoria ha natura esclusivamente afflittiva al pari di quella pecuniaria alla quale si aggiunge ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale». Ne discende «che non venga in tal caso, in rilievo alcun potere discrezionale, in quanto l'autorità è priva del potere di stabilire se applicare la sanzione, né può articolarne il contenuto come nelle sanzioni ripristinatorie della situazione modificata a causa della condotta illecita» e in considerazione del fatto che non risulta ascrivibile all'esercizio di un potere propriamente discrezionale

²⁰⁹ M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 237, afferma che «quando il legislatore conferisce alla p.a. il potere di decidere in base ad un apprezzamento più o meno discrezionale sull'adozione di un determinato provvedimento ha prevalentemente di mira interesse pubblico e pertanto di fronte al potere in questione il privato può semplicemente vantare un interesse legittimo, indipendentemente dalla sfera in cui in concreto il provvedimento viene a incidere. Solo dove la legge ordinasse indefettibilmente all'amministrazione di applicare la misura determinata in presenza di un altrettanto ben determinato comportamento, precludendo l'autorità amministrativa un qualsiasi sindacato di opportunità sull'erogazione della pena, il privato potrebbe lamentare di fronte al giudice l'eventuale illegittimo lesione di un proprio diritto soggettivo, mancando nella specie, qualsiasi potere di scelta della p.a.».

la mera determinazione dei giorni di chiusura del locale aperto al pubblico, da effettuarsi dalla stessa tra un minimo e un massimo, rigorosamente predeterminati dalla norma²¹⁰.

Un altro indice dal quale è possibile dedurre la prevalenza della funzione gestoria su quella punitiva può poi essere rinvenuto nel carattere reale della sanzione, vale a dire nella sua incidenza sul bene che ne costituisce il “*corpo*”²¹¹.

L’attinenza al “*corpo*” stesso dell’illecito rivela, infatti, che l’interesse del legislatore é rivolta al profilo ripristinatorio e dunque gestorio ancor più che punitivo della sanzione di carattere reale.

Un ulteriore indice dal quale può desumersi la prevalenza dello scopo punitivo su quello gestorio dell’interesse pubblico è costituito dall’attribuzione del potere di applicare la sanzione non dall’autorità istituzionalmente preposta alla cura dell’interesse pubblico compromesso dall’illecito, bensì ad una diversa autorità, che risulta così portatrice dell’interesse strettamente punitivo.

Un esempio può essere tratto dal codice della strada, dove all’art. 120, comma 2, prevede la revoca, disposta dal prefetto, della patente di guida, che è rilasciata dal Ministero dei Trasporti, non solo nei casi di sopravvenuta inidoneità fisica del titolare, ma anche nelle ipotesi che si ricollegano alla commissione di illeciti, quale la violazione della legge in materia di stupefacenti.²¹²

In definitiva, dunque, pare corretto affermarsi oggi la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, anche al di fuori delle ipotesi previste dall’art. 133, lett. l) e n) cod. proc. amm., relativamente alle sanzioni non pecuniarie in cui prevale la finalità gestoria, vale a dire a

²¹⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 25 marzo 2021, n. 3699; *id.*, 22 dicembre 2020, n. 13868; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 2559.

²¹¹ Esempio tipico è la demolizione di un immobile abusivo.

²¹² Il tal caso la revoca può definirsi quale sanzione amministrativa. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell’ord. 19 novembre 2020, n. 26391, hanno chiarito che la discrezionalità in tal caso riconosciuta al prefetto, in base alla giurisprudenza della Corte Costituzionale (n. 22 del 2018 e nn. 24 e 99 del 2020) non costituisce propriamente discrezionalità amministrativa, onde la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

quelle sanzioni il cui prevalente scopo sia quello di salvaguardia dell'interesse pubblico.

Conclusione, questa, peraltro non solo compatibile con la posizione della Corte EDU – e tanto basterebbe -, ma, a ben vedere, altresì coerente con il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione generale di legittimità, atteso che la situazione giuridica incisa dalla sanzione si configura come interesse legittimo ovvero diritto soggettivo a seconda che prevalga, nel potere esercitato, la funzione gestoria ovvero quella punitiva.²¹³

4. Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative: il canone della full iurisdiction.

Nel paragrafo che precede, come visto, si è ritenuto di poter affermare, per le ragioni ampiamente espresse, che, di fatto, tutte le sanzioni amministrative quali conosciute nell'ordinamento italiano possono qualificarsi sostanzialmente penali, secondo l'autonoma definizione della materia penale elaborata dalla CEDU.

Tale conclusione vale sicuramente (almeno) per tutte le sanzioni amministrative pecuniarie, da quelle, più rilevanti, adottate dalle Autorità amministrative indipendenti, a quelle minori, irrogate, per esempio, per illeciti stradali.

A questo punto, entrando nel cuore dell'oggetto della presente ricerca, ci si deve interrogare in ordine alle conseguenze di tale affermazione sul modello di sindacato giurisdizionale esercitabile nella materia delle sanzioni amministrative.

²¹³ Per una approfondita disamina del tema, si veda M. DE CHIARA, *Il potere amministrativo sanzionatorio: profili di giurisdizione*, in www.federalismi.it, n. 23/2022; v. anche A. MANZIONE, *Il riparto dei giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie*, in www.giustiziainsieme.it.

A tal fine, ad avviso di chi scrive, giova anteporre alcuni passaggi utili all'oggetto della presente indagine.

Anzitutto, deve evidenziarsi che a voler essere concettualmente rigorosi nel ritenere la sanzione amministrativa una pena tutte le garanzie dell'equo processo penale (*ex art. 6 CEDU*) dovrebbero essere fin da subito godute nel procedimento amministrativo, in quanto esso si conclude direttamente con l'adozione della sanzione amministrativa (peraltro immediatamente esecutiva) – equivalente ad una sorta di “condanna” –, ovvero con l'archiviazione – equivalente, all'opposto, ad una sorta di “assoluzione”-.

Il principio *nulla poena sine aequo iudicio* (sintesi estrema dell'art. 6 CEDU come diritto al giudice in materia penale) suggerirebbe dunque, in un'attuazione ottimale, di far precedere le garanzie penalistiche alla sanzione.

Tuttavia, la giurisprudenza CEDU, nella consapevolezza dei limiti della disciplina del procedimento amministrativo riscontrabili nella gran parte dei paesi europei ha mostrato fin da subito un approccio pragmatico.

In particolare, la CEDU non si oppone al fenomeno, non solo italiano, della crescente sostituzione della sanzione amministrativa a quella formalmente penale (ossia al fenomeno della c.d. depenalizzazione), ma richiede, in questo caso, che alla fase amministrativa (laddove, come quasi sempre accade, inadeguata ad assicurare un effettivo equo processo) segua una fase giudiziale di c.d. piena giurisdizione (*full jurisdiction*).

Il canone della *full jurisdiction* è molto pretenzioso: si richiede, infatti, un processo (ovviamente equo e paritario, ossia conforme all'art. 6 CEDU) che abbia puntualmente ad oggetto, in fatto come in diritto, l'intero merito della pretesa punitiva, con potere (concretamente esercitato ove richiesto dal ricorrente) di piena sostituzione rispetto al contenuto della decisione amministrativa²¹⁴.

²¹⁴ Come chiarito nella sentenza Corte eur. Dir. uomo, Sez. I, 10 dicembre 2020, casi nn. 68954/13 e 70495, *Edizioni del Roma c. Italia*: «Il rispetto dell'articolo 6 della

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

La *full jurisdiction* deve garantire un massimo grado di sindacato, di tipo sostitutorio, atteso che, in assenza di un sindacato sul merito della pretesa sanzionatoria, la fase giudiziale non potrebbe aspirare a riequilibrare i limiti della fase amministrativa.

Detto altrimenti, le garanzie dell'equo processo penale devono essere godute in una fase di effettiva scelta sulla pena, non di riesame esterno di legittimità.

Se, infatti, un giudice è vincolato – anche solo parzialmente – dalle determinazioni amministrative, viene compromessa la sua funzione di accertamento della colpevolezza e della giusta sanzione.

La mancanza di garanzie penalistiche nel procedimento amministrativo può essere dunque compensata *ex post* – e ciò, lo si ribadisce, è ammesso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo –, ma solamente qualora vi sia la possibilità di un riesame integrale della pretesa sanzionatoria.²¹⁵

Convenzione non esclude dunque che, in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa (G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia [GC], nn. 1828/06 e altri 2, § 254 28 giugno 2018). Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni di cui all'articolo 6 sia sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un organo giudiziario con piena giurisdizione (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 132, 6 novembre 2018). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario con piena giurisdizione vi è il potere di riformare interamente, in fatto e in diritto, la decisione emessa da un organo di grado inferiore. Il primo organo deve essere competente per esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia ad esso sottoposta (*Chevrol c. Francia*, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004, e *A. Menarini Diagnostics S.r.l.*, sopra citata, § 59).». Sull'argomento si rinvia a F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *PA – Persona e Amministrazione*, 2018, pp. 138 ss. Dello stesso Autore, si veda anche il recente scritto *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi* di Francesco Goisis, in www.giustizainsieme.it.

²¹⁵ Si tratta, a ben vedere dell'idea alla base del sindacato pieno garantito al giudice ordinario dalla l. n. 689 del 1981, la quale rifletteva la simile logica di poter, almeno *ex post*, «usufruire» del principio garantistico «*nulla poena sine iudicio*» senza i limiti che generalmente ostano alla sua piena tutela nei confronti della P.A.. Del resto, già M.A. SANDULLI, in *Le sanzioni*, cit., pp. 247-248 aveva espresso la convinzione secondo cui il contenzioso sulle amministrazioni si articolerebbe in un doppio stadio, amministrativo e giurisdizionale.

In altre parole, come di recente rilevato da autorevole dottrina, «se campo di applicazione elettivo dell'art. 6 CEDU è anzitutto il rapporto amministrativo, va da sé che il rapporto processuale, per poter compensare i limiti del rapporto amministrativo in punto di adeguamento all'art. 6 CEDU, debba avere lo stesso oggetto di quest'ultimo, ossia la complessiva questione amministrativa. Insomma, l'equo processo ex art. 6 CEDU, pur regola formale-procedurale, mira però a incidere con pienezza sui rapporti sostanziali, non certo su fasi di mera revisione di legittimità.»²¹⁶.

In questa prospettiva, ne consegue, tra l'altro, la necessità di un pieno riesame dei presupposti tecnico-discrezionali o comunque dei presupposti qualificabili in termini di concetti giuridici indeterminati²¹⁷.

Detto altrimenti, per una effettiva *full jurisdiction* si richiede che in relazione a tali presupposti il giudice amministrativo abbia la capacità di sostituirsi nella valutazione e nella conseguente determinazione all'Amministrazione, affinché la questione centrale della controversia venga determinata da un tribunale indipendente ed imparziale.

Ne deriva, di conseguenza, che in materia di sanzioni amministrative il modello della *full jurisdiction* è quello di un sindacato giurisdizionale appellatorio (e non cassatorio): il provvedimento sanzionatorio deve essere visto come una «*decisione [...] resa dall'organo inferiore*»²¹⁸.

²¹⁶ Così F. GOISIS, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2023, pp. 301 ss..

²¹⁷ Sul tema, si veda M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 294 ss. Sulla connessione tra *full jurisdiction* e principio di presunzione di innocenza (*in dubio pro reo*), la riflessione di G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2021, pp. 469 ss., secondo cui il dubbio sui profili tecnici deve giocare a favore dell'incolpato, non (come oggi tende ad avvenire) dell'Amministrazione.

²¹⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 4 marzo 2004, caso 47650/99, *Silverster s Horeca Ser-vice c. Belgique*, § 139.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

L'idea di fondo di tale modello, dunque, è quella di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere (di decisione su una controversia) qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell'organo inferiore (l'Amministrazione) da parte dell'organo superiore (il giudice di *full jurisdiction*).

Come affermato ormai oltre un decennio fa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia, il modello della *full jurisdiction* può in concreto sintetizzarsi nella necessità della messa a disposizione del destinatario della sanzione di un ricorso giurisdizionale effettivo e che tale effettività, alla luce degli artt. 6 CEDU e 47 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, esige che il giudice nazionale sia «pienamente competente ad esaminare la causa con riferimento tanto alla valutazione in diritto quanto alle circostanze di fatto», con, in particolare, «possibilità di esaminare le prove e di accertare su tale base la responsabilità dell'interessato nonché l'adeguatezza della pena»²¹⁹.

Trattasi, del resto, di modello – questo appena sopra indicato – da tempo fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa italiana, la quale, compendiando i concetti appena sopra esposti, ha affermato ancora di recente che «L'art. 6 CEDU prevede che, per aversi equo processo, «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge». Come è noto, questa disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale. La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza “intrinsecamente

²¹⁹ Così, nell'interpretare la decisione quadro 2005/214/GAI, Corte eur.giust., Grande Sezione, 14 novembre 2013, causa C-60/12, Marian Balàz, punto 47.

penale” della misura; ii) dalla natura dell’illecito, desunta dall’ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (*ex plurimis*, sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, nella causa *Grande Stevens* e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa *Zolotoukhine* c. Russia), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata. All’interno della più ampia categoria di accusa penale così ricostruita, la giurisprudenza della Corte EDU ha distinto tra un diritto penale in senso stretto (“*hard core of criminal law*”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale. Al di fuori del c.d. *hard core*, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare qualora l’accusa all’origine del procedimento amministrativo non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell’accusato. La pragmaticità dell’approccio della Corte europea dei diritti dell’uomo ha dunque portato quest’ultima a riconoscere che non tutte le prescrizioni di cui all’art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale (cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, *Jussila* c. Finlandia). È, pertanto, ritenuto compatibile con l’art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o quasi-*judicial*, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di “*piena giurisdizione*”, e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale (*ex plurimis*, Consiglio

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1595 e n. 1596).»²²⁰.

Volendo a questo punto trarre le dovute conclusioni, è evidente che la circostanza che tutte le sanzioni amministrative quali conosciute nell'ordinamento italiano possano qualificarsi sostanzialmente penali, secondo l'autonoma definizione della materia penale elaborata dalla CEDU, implica notevoli conseguenze sul modello di sindacato giurisdizionale esercitabile con riferimento alle stesse, dovendo il giudice, nel doveroso rispetto del sopra delineato modello della *full jurisdiction*, poter esercitare un sindacato pieno sul provvedimento amministrativo mediante pieno accesso al fatto ed eventuale sua sostituzione²²¹ al giudizio tecnico o opinabile ed alla decisione discrezionale adottata dall'Amministrazione.²²²

5. Il sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti.

Nell'ambito dell'ampia e complessa tematica del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni amministrative, uno dei temi che da sempre ha maggiormente sollecitato l'interesse della dottrina²²³ è quella del controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti.

²²⁰ Così Cons. di Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

²²¹ Sulle possibili accezioni dell'espressione, invero assai ambigua, «sostituzione del giudice» all'Amministrazione si rinvia all'articolato contributo di F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., pagg. 138 ss.

²²² Sul tema, molto complesso ed articolato, si rinvia al contributo di G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, reperibile in <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1784>.

²²³ Cfr., sul punto, senza pretesa di completezza: A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 71 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc.amm.*, 1998, pp. 739 ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, n. 3, pp. 469 ss.; F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in

In particolare, a varie riprese, la dottrina si è ciclicamente interrogata in ordine all'idoneità del sindacato giudiziale in campo *antitrust*, periodicamente dubitandosi della sufficienza ed adeguatezza del controllo processuale sugli atti di AGMC.²²⁴

Come noto, le autorità amministrative indipendenti²²⁵ sono enti pubblici preposti alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti in ambito economico e sociale, in vista della quale svolgono funzioni amministrative in ambiti sensibili o di alto contenuto tecnico.²²⁶

Società, 2001, pp. 539 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, pp. 430 ss.; G. SCARSELLI, *Autorità garanti e giudice dopo le recenti riforme in materia di giustizia amministrativa*, in *Studi senesi*, 2002, n. 1, pp. 86 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 181 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro Amm.- Cons St.*, 2002, pp. 2245 ss.; G. SALVI, *Authorities, unità della giurisdizione governo della magistratura*, in *Quest. Giust.*, 2004, pp. 949 ss.; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, n. 3, pp. 617 ss.; V. DI VINCENZO, *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Rass. Avv. Stato*, 2004, pp. 917 ss.; D. GALETA, *Autorità di vigilanza, disciplina procedimentale e ruolo del giudice: le indicazioni contenute nel testo unico sulla tutela del risparmio e nel disegno legge di riforma delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Econom.*, 2008, pp. 63 ss.; F. LIGUORI, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, reperibile in www.rivistamunus.it; S. TORRICELLI, *Le autorità amministrative indipendenti e il governo della discrezionalità*, reperibile in amministrativamente.com.

²²⁴ Sul problema dell'idoneità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sui vari "eventi" che hanno a più riprese rivitalizzato il dibattito, si rinvia allo scritto di F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1207-1243.

²²⁵ Sui caratteri delle Autorità amministrative indipendenti si vedano in generale, fra gli altri, M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti* (dir. amm.), in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1995, pp. 1 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1996, pp. 133 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1998, pp. 645 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Aggiornamenti*, VI, pp. 143 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

²²⁶ La graduale espansione delle Autorità indipendenti è stata identificata come uno dei maggiori fattori innovativi nel panorama del diritto costituzionale e amministrativo da M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in L. Lanfranchi (a cura di) *Garanzie*

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

In ragione degli interessi tutelati, godono sia di una peculiare posizione di indipendenza²²⁷ nei confronti del Governo, sia di ampia autonomia organizzativa, finanziaria e contabile.

costituzionali e diritti fondamentali, Roma, Treccani, 1997, p. 158. In tema, rinviando alle note seguenti per richiami più esaustivi e puntuali alla dottrina, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, pp. 549 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 449 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.* 1990, I, pp. 415 ss.; F. ROVERSI-MONACO, *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 257 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.* Roma, 1995; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, cit., pp. 217 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., *ivi*, pp. 107 ss.; M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, *ivi*, pp. 149 ss.; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, *ivi*, pp. 165 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, *ivi*, pp. 28 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle "Authorities"*, in A. PREDIERI (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, pp. 209 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 1997, pp. 6 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.* 1997, pp. 639 ss.; V. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, pp. 645 ss.; E. FAZZALARI, *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo – Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, pp. 79 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 739 ss.; F. CARINGELLA, G. GAROFOLI (a cura di) *Le autorità indipendenti*, Napoli, 2000; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2001, pp. 430 ss.; S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1, 2001, pp. 71 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CdS*, 2002, pp. 2245 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. amm.*, 2007, pp. 613 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

²²⁷ In particolare, all'indipendenza di tali autorità dal Governo ed alla connaturale equidistanza rispetto al potere pubblico e privato consegue il necessario azzeramento degli interessi pubblici di settore, i quali rilevano piuttosto *sub specie* di interessi diffusi facenti capo ai consumatori collettivamente intesi ed agli utenti, per la cui partecipazione al procedimento non è necessaria l'interposizione delle strutture rappresentative. Sulla partecipazione ai procedimenti di *adjudication* si veda M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, in *Dir. Amm.*, 2004, pp. 59 ss.; E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *www. astrid-online.it*, 2007. Per un quadro

Tale posizione è finalizzata a garantirne e preservarne la “*neutralità*”, caratteristica che rappresenta, contemporaneamente, il connotato tipico delle autorità indipendenti ed il tratto differenziale rispetto alla pubblica amministrazione²²⁸, le cui determinazioni sono improntate al diverso criterio della “*imparzialità*”, correlato alla cd. “*funzionalizzazione*” tipica dell’attività amministrativa²²⁹.

L’assenza di una regolamentazione organica in materia ha, in passato, da un lato, reso difficile il compito di definire in modo unitario i poteri esercitati dalle autorità indipendenti e, dall’altro, sollevato dubbi circa la legittimità stessa della relativa istituzione.

In particolare, la frammentazione della disciplina e l’assenza di disposizioni costituzionali che ne fondano espressamente i poteri o l’esistenza hanno comportato la necessità di affrontare talune problematiche, che – in disparte la loro soluzione (v. *infra*) – paiono oggi in qualche modo sopite per il fatto di essersi il ruolo delle Autorità consolidato e divenuto parte integrante del diritto vivente e per avere anche l’opinione pubblica preso coscienza dei valori di fondo che le Autorità esprimono, primo fra tutti la libera concorrenza quale sistema di sviluppo sia della libera iniziativa economica, sia dei diritti individuali dei consumatori.

Una delle problematiche affrontate, connessa con il tema oggetto della presente ricerca, ha riguardato la compatibilità delle autorità indipendenti

d’insieme sulla tutela giurisdizionale di fronte agli atti delle amministrazioni indipendenti si veda R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative*, CEDAM, 2010, pp. 91 ss.

²²⁸ È evidente, dunque, la particolarità che contraddistingue le Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, rappresentando le stesse – come efficacemente evidenziato da parte della dottrina - «un modello di amministrazione diverso rispetto a quelli tradizionali, che viene introdotto da un lato per rendere più efficace e dall’altro per collocare al di fuori della sfera dell’indirizzo politico l’intervento amministrativo in settori economici e sociali particolarmente rilevanti, caratterizzati da una grande dinamicità dei mercati e da un continuo progresso tecnologico, rispetto ai quali le usuali modalità operative della pubblica amministrazione si rivelano inadeguate»; in questi termini v. M. BOMBARDELLI, *Le Autorità Amministrative Indipendenti, Report Annuale – 2013 – Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013.

²²⁹ In ordine al tema della funzionalizzazione degli interessi pubblici curati dalla Pubblica Amministrazione, si rinvia a G. TACCOGNA, *La disciplina dell’organizzazione amministrativa. Lezioni*, Milano, 2019, pp. 2 ss.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

con il principio di separazione dei poteri, collocandosi le stesse al di fuori della tradizionale ripartizione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario e quindi poste al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.²³⁰

Sul punto, la dottrina si era divisa tra coloro che, valorizzando a tal fine le disposizioni costituzionali che tutelano gli interessi del settore di riferimento, forniscono una (tacita) copertura costituzionale all'istituzione delle autorità indipendenti e coloro che, al contrario, ritengono superflua la ricerca di una siffatta legittimità, in quanto la rispettiva istituzione si radicherebbe direttamente nell'adempimento degli obblighi comunitari²³¹.

Un'altra importante questione affrontata – sempre intuitivamente connessa all'oggetto della presente ricerca - è stata la possibilità o meno di riconoscere alle autorità indipendenti un carattere propriamente giurisdizionale.

Nonostante alcuni primi dubbi, è prevalsa velocemente la tesi favorevole ad attribuire alle medesime una natura amministrativa, con la conseguente possibilità di azionare la tutela giurisdizionale avverso i relativi atti.

A sostegno di tale conclusione si è evidenziato, da un lato, come non possa attribuirsi valore di cosa giudicata a decisioni adottate da organi non giurisdizionali e, dall'altro, come non possa escludersi il ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti delle Autorità *de quibus* in quanto, ai sensi dell'art. 113 Cost., la tutela davanti agli organi di giustizia amministrativa contro gli atti della Pubblica Amministrazione non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o a particolari categorie di atti.

²³⁰ L'art. 95 Cost., come noto, sancisce infatti la responsabilità politica dei Ministri per l'attività dei propri ministeri e del Presidente del Consiglio dei Ministri per la politica generale del Governo.

²³¹ Per un approfondimento del tema si rinvia a F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti" tenuto in memoria di Vincenzo Caianello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tali peculiarità delle amministrazioni indipendenti implicano immediati riflessi anche in relazione al tema del controllo giurisdizionale sugli atti da queste adottati; tema che, come anticipato, è stato uno tra quelli che più ha sollecitato l'interessi della dottrina²³².

Ai fini dell'esame di tale tematica, una distinzione preliminarmente utile è quella tra le c.d. “*autorità garanti*” (concorrenza, radio diffusione ed editoria, dati personali, ecc.) e quelle di controllo di settore (quali Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, COVIP).

A questa suddivisione basata sulle funzioni esercitate corrisponde, infatti, il conferimento di un diverso grado di autonomia normativa: le autorità garanti non sono generalmente dotate di rilevanti poteri normativi, mentre le autorità convenzionalmente definite di controllo di settore sono dotate di potere di normativa secondaria.

La ragione di tale differenza risiede nella loro diversità di attribuzioni e di ruoli.

Le “*autorità garanti*” hanno, infatti, un limitato numero di competenze di amministrazione attiva e i loro compiti sono essenzialmente istruttori, di monitoraggio di settore e di controllo di legalità; esse, pur non essendo prive di funzioni decisorie (che sfociano, nel caso, in provvedimenti amministrativi), anche quando operano in siffatta maniera, si limitano ad agire in un campo predeterminato dalla legge e ad applicare quest'ultima.

In altre parole, le “*autorità garanti*” esercitano una funzione sostanzialmente giustiziale di applicazione della norma primaria che, in qualche modo, ha fatto sembrare ragionevole l'accostamento alla figura del giudice.

Le autorità di controllo di settore agiscono, invece, applicando non solo la legge, ma anche la propria normativa secondaria in base ad essa emanata (di qui, la loro definizione anche quali autorità di regolazione).

²³² Si rinvia *supra*, nota 222.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

Di conseguenza è possibile che il controllo giudiziale sui loro provvedimenti si estenda anche ai loro atti amministrativi generali presupposti (cosa che non avviene per le “*autorità garanti*”).

Vi sono, invece, elementi – particolarmente rilevanti ai fini della ricerca di cui in questa sede ci si occupa - che accomunano le Autorità amministrative indipendenti ai fini del controllo giudiziale.

Il primo è quello che le stesse fanno importante utilizzo delle scienze sociali non esatte (ragioneria, aziendalistica micro e macro economia) ed applicazione di concetti giuridici indeterminati²³³ che esse specificano nella loro prassi applicativa attraverso la propria normativa secondaria ovvero direttamente mediante i singoli provvedimenti amministrativi.

Il secondo è che le loro decisioni sono operate in base a regole e valutazioni tecniche, al di fuori dell’ambito dell’indirizzo politico, per il perseguimento di un obiettivo fissato direttamente dalla legge.

Di conseguenza, il sindacato giurisdizionale si esercita su di un potere, da questo punto di vista, neutrale in quanto le autorità amministrative sono sottratte – come già anticipato - all’indirizzo politico ed alla relativa responsabilità ed il controllo da parte del giudice si configura come l’unica forma di controllo successivo all’esercizio del potere compatibile con l’indipendenza di tali soggetti.

²³³ A titolo esemplificativo, sono «*clausole generali*» che costituiscono fini dell’azione di queste autorità «*la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*», «*la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario*» o la sua stabilità, il suo buon funzionamento e la sua competitività, «*la tutela degli investitori*», ovvero sono criteri generali di comportamento imposti agli intermediari e, pertanto, contemporaneamente obiettivi da presidiare per il loro agire amministrativo gli obblighi di «*comportarsi con diligenza correttezza e trasparenza per servire al meglio l’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati*» oppure svolgere «*una gestione indipendente sana e prudente*» e adottare «*misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati*». Concetti giuridici indeterminati che utilizza l’Autorità garante della concorrenza sono anche le «*intese restrittive della concorrenza*», «*abuso di posizione giuridica dominante*», «*operazioni di concentrazione restrittive delle libertà di concorrenza*» che sono definite dalla legge solo a grandi linee e vengono poi specificate dall’Autorità con la propria prassi applicativa.

Proprio (anche) in ragione di ciò, il legislatore ha preferito attribuire la maggior parte²³⁴ delle controversie aventi ad oggetto gli atti delle Autorità alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.²³⁵

La giurisdizione esclusiva del G.A. costituisce, dunque, il comune denominatore relativamente al tema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori emessi dalle Autorità indipendenti, in ordine alla cui intensità ed ai cui limiti la dottrina e la giurisprudenza – come si vedrà – si sono ampiamente interrogati, tenendo conto della singolarità del ruolo attribuito loro dall’ordinamento.

Come già evidenziato (v. *supra*, par. 2), infatti, l’art. 133, comma 1, lett. l), Cod.proc.amm.²³⁶ attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il sindacato sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti inclusi quelli sanzionatori (nella loro formulazione originaria il riferimento era anche ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla Consob e dalla Banca d'Italia, ma la Corte costituzionale ha poi ritenuto illegittimo l'intervento operato sul punto dal legislatore in sede di approvazione del codice del processo amministrativo per violazione dell'articolo 76 Cost.²³⁷) e

²³⁴ A titolo esemplificativo, si pensi alle controversie aventi ad oggetto gli atti del Garante della Privacy, ai sensi dell’art. 145, d.lgs. n. 196/2003.

²³⁵ In origine tale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo era prevista nelle diverse leggi istitutive ed in singole norme ad essa dedicate; v. R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, pp. 348 ss..

²³⁶ Tale disposizione prevede che il G.A. conosce delle «controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione [i cui compiti sono stati attribuiti in parte all'Anac²³⁶ ed in parte al Dipartimento della funzione pubblica], dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209».», cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 162 del 27 giugno 2012; relativamente alle sanzioni di Banca d'Italia, cfr. Corte Cost., sentenza n. 94 del 15 aprile 2014.

²³⁷ Sul punto, la Corte Costituzionale ha sancito l’illegittimità degli artt. 133 comma 1 lett. l), 135 comma 1 lett. c) e 134 comma 1 lett. c), c.p.a. «nella parte in cui attribuiscono alla

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

il successivo art. 134, comma 1, lettera c), del Codice prevede la giurisdizione di merito in relazione alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti.

In conseguenza di ciò, come efficacemente evidenziato in una recentissima sentenza del Consiglio di Stato, «Nell'esercizio della giurisdizione con cognizione estesa al merito, in base a quanto dispone l'art. 134, comma 1, lettera c) del c.p.c., il giudice amministrativo ha il potere di modificare, in base a una propria valutazione, la misura delle sanzioni pecuniarie con essi comminate, in riforma parziale delle sentenza impugnata e in parziale accoglimento del ricorso di primo grado. L'esercizio del sindacato giurisdizionale di merito si risolve nell'adozione di una sentenza ad efficacia costitutiva, a completamento della fattispecie sostanziale, con riferimento al quantum della sanzione quale rideterminata in sede giudiziale (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 289).»²³⁸.

Le ragioni di tale preferenza sono molteplici.

In primo luogo la sussistenza, in merito alle controversie coinvolgenti le Autorità indipendenti, di quell'«intreccio inestricabile tra situazioni giuridiche soggettive e quell'incertezza oggettiva in molti contesti della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi» che rappresenta la motivazione principe per l'istituzione di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²³⁹.

giurisdizione esclusiva del g.a. con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob)», nonché dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'allegato numero 4, c.p.a., giacché «tali norme violano l'art. 76 cost. in quanto, trattandosi di una delegazione di mero riassetto normativo i principi debbono essere interpretati in senso restrittivo. In particolare attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il legislatore delegato non ha tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto, come prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, l. n. 69 del 2009)».

²³⁸ Cons. di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023, n. 1944, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁹ Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, pp. 194; sul punto F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative*

In secondo luogo, la crescente tendenza ad individuare, nel giudice amministrativo, il giudice “*naturale*” delle Autorità amministrative indipendenti in ragione della sua specifica sensibilità a conoscere questioni coinvolgenti i pubblici poteri connessi alle vicende economiche ed alla loro disciplina²⁴⁰.

Ancora sul piano processuale, nell’evidente intento di una maggiore specializzazione nelle materie affidate alle Autorità indipendenti²⁴¹, l’art.

indipendenti; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, entrambi in (AIPDA) Annuario, Milano, 2002, rispettivamente 175 e 305. Secondo R. NEVOLA, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 358 ss., le ragioni dell’attribuzione delle controversie delle autorità indipendenti alla giurisdizione esclusiva «risiedono per lo più nell’intreccio difficilmente districabile tra posizioni di diritto soggettivo (in particolare il diritto di iniziativa economica dei soggetti operanti nei predetti settori e vigilati dalle autorità preposte alla tutela di primaria interessi di rilevanza costituzionale) ed interesse legittimo, (tipico dei rapporti pubblicistici intercorrenti fra soggetti vigilati e autorità vigilanti)».

²⁴⁰A tal proposito, pare interessante riportare l’opinione dottrinale secondo cui «il ricorso sempre più frequente alla giurisdizione esclusiva comporta un sostanziale mutamento del modo di essere del giudice amministrativo che si va trasformando dal suo interno in un giudice specializzato, al quale sono attribuiti i blocchi di materie da trattare dando, chi lo chiede una giurisdizione pienamente esaustiva»; così M. CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 194 ss.. Sul rilievo assunto dal giudice amministrativo e del ruolo da esso acquisito in relazione alla crisi finanziaria si veda anche per i richiami bibliografici B. RAGANELLI, *La tutela dell’interesse pubblico in economia*, in <http://www.amministrazionein.cammino.it>, 2014, pp. 2 ss.. Per una attenta disamina del problema della possibile incidenza di valutazioni economiche sulla decisione giudiziale e sull’utilizzabilità di parametri di carattere economico ai fini del giudizio (anche) nel giudizio amministrativo si veda A. SCOGNAMIGLIO, *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, in F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017, pp. 261 ss.

²⁴¹F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell’Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, (a cura di), *20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, I, Torino, 2010, pp. 263 ss.. La scelta della competenza funzionale del T.A.R. Lazio e, nel suo interno, l’affidamento della cognizione delle vicende in parola alla Prima delle tre Sezioni, risponde, secondo l’autore, all’intenzione del legislatore di realizzare la concentrazione di tali vicende presso un solo giudice in primo come in secondo grado. In proposito, pur essendo innegabile l’effetto positivo di tale opzione quanto alla capacità di garantire omogeneità negli orientamenti e sempre maggiore competenza nei giudici che si occupano costantemente della materia, non possono non rilevarsi anche i rischi che un assetto non fisiologico, può determinare: «in linea generale non sembra opportuno fissare la competenza relativa a tutte le controversie di un certo contenuto, o, peggio promosse nei confronti di una medesima parte (nel caso in esame, l’Autorità), dinanzi ad un solo giudice di primo grado: la pluralità dei giudici comporta pluralità di valutazioni, particolarmente utili quando il materiale da conoscere e valutare è complesso e tecnicamente difficile (...). Un giudice solo in primo grado, un giudice solo in appello: l’orientamento giurisprudenziale che ne sorte avrà il pregio di essere monolitico,

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

135 Cod.proc.amm. ha inoltre previsto la competenza funzionale inderogabile del T.A.R. del Lazio, Sede di Roma²⁴², che, per tale ragione, è stato anche definito il Giudice della “*nuova economia*”.²⁴³

Siffatta scelta del legislatore, come riconosciuto anche dalla dottrina, pare equilibrata, in quanto volta a rispondere alle indubbe esigenze di specializzazione senza tuttavia arrivare all’istituzione di un giudice speciale con riferimento agli atti delle autorità indipendenti, che avrebbe comportato problemi di economicità e compatibilità funzionale.²⁴⁴

Con specifico riguardo al rito, infine, l’art. 119, comma 1, lett. b), Cod.proc.amm. comprende le controversie relative ai provvedimenti adottati dalle autorità Amministrative indipendenti (con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio dei propri dipendenti) tra quelli a cui si applica il rito abbreviato²⁴⁵.

ma può anche virare verso soluzioni non pienamente appaganti e difficilmente modificabili. In ogni caso il dialogo tra la parte (sempre quella) ed il giudice (sempre lo stesso) non sembra essere fisiologico ed è comunque troppo diretto e costante», (F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell’Autorità*, cit., p. 266, nota 21).

²⁴² Si riecheggia in questa scelta le parole di F. CAMMEO, in *La competenza di legittimità della IV Sezione*, cit., 281, il quale, già all’inizio del ‘900, osservando come «il sindacato giurisdizionale non appare più pericoloso ... ed è persino consentito che si estenda al merito - al giudizio su atti discrezionali in determinati casi» notava che “l’ostacolo che si immaginava esistere nel sistema della divisione dei poteri a che i tribunali ordinari giudicassero di tale questione viene a cessare quando la giurisdizione che ne conosce è una giurisdizione amministrativa speciale questa sua specialità ed il modo suo di costituzione sono garanzia che anche le questioni tecnico amministrative siano risolte con conoscenza particolare è più illuminata di quella che può riscontrarsi in queste materie presso la giurisdizione ordinaria».

²⁴³ Tale espressione è stata utilizzata dal presidente De Lise in sede di discorso per l’apertura dell’anno giudiziario 2006 del Tar del Lazio.

²⁴⁴ G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 770 e ss.. Secondo A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, cit., 104, l’attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo del controllo sugli atti delle autorità indipendenti deve ricondursi ad una «esigenza comune a tutti i paesi europei di specializzazione del giudice nei confronti della pubblica amministrazione» tanto più sentita “in settori quali quello della concorrenza o del mercato mobiliare” in cui “si assiste al fenomeno della internazionalizzazione delle norme e della superiorità del diritto comunitario su quello nazionale questo fatto impone che venga assicurata uniformità ed effettività di tutela a livello europeo».

²⁴⁵ Tale disposizione prevede che «2. Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all’articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel presente articolo. 3. Salva l’applicazione dell’articolo

Tanto doverosamente premesso per un corretto inquadramento del tema del controllo giudiziale sugli atti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti, può a questo punto passarsi all'esame della tipologia di sindacato in concreto esercitato dal giudice amministrativo²⁴⁶, indubbiamente condizionato dalla giurisprudenza sovranazionale e, specificatamente, dalla pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo

60, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti. 4. Con l'ordinanza di cui al comma 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari. Al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in quanto non derogate dal presente articolo. 5. Quando almeno una delle parti, nell'udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa. La dichiarazione della parte è attestata nel verbale d'udienza. 6. La parte può chiedere al Consiglio di Stato la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero entro tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi. 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo.».

²⁴⁶ Il problema dell'individuazione di una soddisfacente linea di confine fra attività riservata alle Autorità amministrative indipendenti e sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati da queste ultime ha impegnato per lungo tempo gli sforzi della dottrina. Al riguardo, all'interno della copiosa letteratura, si segnalano, *ex multis*, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 646 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole, le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, pp. 217 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, pp. 11 ss.; G. VESPERINO-G.NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento, giudice*, Viterbo, 1998; RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI, *20 anni di antitrust l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza del mercato*, Torino, 2010.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

*ex art. 6 CEDU*²⁴⁷ (v. *supra*, par. 4), che ha ormai da tempo riconosciuto l'applicabilità di tale disposizione sia alla sanzioni inflitte dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato²⁴⁸ (che costituiscono quelle numericamente le più rilevanti) sia a quelle irrogate dalla Consob²⁴⁹.

6. *Il contenzioso "tipico" sottoposto al Giudice Amministrativo sulle sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.*

Il contenzioso numericamente più rilevante devoluto alla giurisdizione del giudice amministrativo concerne l'ipotesi dell'intesa restrittiva normativamente vietata dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 legge n. 287 del 1990.

Si tratta dei ricorsi promossi dalle imprese destinatarie di provvedimenti ablatori adottati dall'AGCM, con cui si contesta la sussistenza dei presupposti legittimanti, in applicazione delle sopra citate disposizioni, il potere sanzionatorio esercitabile nei confronti delle intese collusive della concorrenza del mercato.

²⁴⁷ Quanto all'applicabilità delle disposizioni della CEDU nel nostro ordinamento la Corte Costituzionale (Corte cost 24 ottobre 2007, n. 348 e 349 in *Foro it.*, 2008, I, p. 40. Sulla questione si veda M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3573 ss.) è ferma nel considerarle esclusivamente come fonti internazionali pattizie, che vincolano i giudici interni ad una interpretazione della disciplina nazionale ad essere conforme. Da questa impostazione discende che, in caso di contrasto non superabile per via interpretativa, non sia possibile per il giudice la disapplicazione diffusa (sul tema si veda M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con la convenzione*, in *Dir. proc amm.*, 3, 2012, pp. 825 ss.) delle norme nazionali in quanto quelle della CEDU assumono solo valore di norme interposte *ex art. 117*, comma 1, in un giudizio di legittimità costituzionale; per vero, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, modificando l'articolo 6 TUE stabilisce, tra l'altro l'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza amministrativa (v. Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1220, n. 11984, in *www.giustamm.it*, con nota di A. CELOTTO, *Il Trattato Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*) ha ritenuto immediatamente applicabile il principio di effettività della tutela *ex art. 6 CEDU*.

²⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2001, caso 43509/08, *Menarini c. Italie*.

²⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens at autres c. Italie*.

Intese che possono distinguersi tra veri e propri accordi collusivi²⁵⁰ ovvero le c.d. pratiche concordate, ossia quelle forme di coordinamento delle attività di imprese che, pur non costituendo modalità di attuazione di un accordo, realizzano una consapevole collaborazione fra le stesse a danno della concorrenza²⁵¹.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge n. 287 del 1990, sono vietate, infatti, le intese tra operatori economici che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

La disposizione, che riproduce sostanzialmente il concetto di intesa previsto dall'articolo 101 TFUE²⁵², persegue l'obiettivo di tutelare la libertà di concorrenza e di iniziativa economica tra i protagonisti del mercato con l'obiettivo di garantire in tal modo un'efficiente allocazione delle risorse all'interno di questo ed il benessere dei consumatori.

In particolare, mediante l'imposizione del divieto di accordi e di pratiche concordate il legislatore intende dunque assicurare che ogni

²⁵⁰ Tale nozione comprende anche le fattispecie che si presentano come «manifestazioni di volontà impegnative (sul piano sociale vile e non necessariamente anche sul piano giuridico) di due o più soggetti nelle quali resti irrilevante la forma, così come non rileva che l'accordo sia stato concluso o meno, da soggetti muniti di potere di rappresentanza delle imprese partecipanti, essendo sufficiente che esponenti aziendali abbiano, di fatto, impegnato nel rispettive imprese all'attuazione dell'intesa»; così Cons. di Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2017 n. 740.

²⁵¹ La pratica concordata, infatti, costituisce una forma di coordinamento fra imprese che non arriva fino all'attuazione di un vero e proprio accordo ma ad esso sostituisce consapevolmente un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. I labili confini normativi che caratterizzano tale illecito lasciano maggiori margini di impugnazione ed il contenzioso risulta per tale ragione più numeroso. Peraltro, la circostanza per cui il *vulnus* al libero gioco della concorrenza, in tale ipotesi, può essere di natura anche solo potenziale, non dovendo esso necessariamente essersi già consumato affinché possano ritenersi configurate le fattispecie di pericolo (v. Cons. di St., Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032; v. Cons. di St., Sez. VI, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it) lascia ulteriori spazi di incertezza.

²⁵² Il primo comma dell'articolo 101 citato recita «sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per letto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno (...)».

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

impresa operante in un dato settore possa determinare in maniera autonoma il proprio comportamento economico; se infatti, da un lato, l'operatore può e deve tener conto delle presunte scelte imprenditoriali concorrenti per programmare le proprie strategie commerciali, dall'altro non gli è consentito instaurare contatti, diretti o indiretti, con i propri *competitors* aventi per oggetto o per effetto l'alterazione delle condizioni normali di mercato²⁵³.

Già dalla lettura dell'art. 2 si ricava, peraltro, una distinzione rilevante, ossia quella tra intese anticoncorrenziali per oggetto e intese anticoncorrenziali per effetto: mentre le prime si caratterizzano per il fatto di perseguire uno scopo intrinsecamente contrario alle regole concorrenziali (si pensi, ad esempio, agli accordi sulla fissazione di prezzi o sulla suddivisione del mercato, che sono per loro stessa natura dannosi per il buon funzionamento del contesto concorrenziale), le seconde, invece, seppur presentino un oggetto di per sé lecito, sono potenzialmente in grado di produrre effetti concretamente distorsivi o restrittivi della concorrenza.

La differenza tra le due ipotesi è molto rilevante: mentre, infatti, per la prima tipologia di intesa è irrilevante verificare se la concertazione raggiunta dalle imprese abbia prodotto o meno effetti pregiudizievoli per il libero confronto competitivo, la valutazione di questi ultimi, al contrario, risulta decisiva per poter accertare in presenza di una condotta astrattamente lecita la commissione di un illecito *antitrust*.

Nell'esperienza comune l'attestazione inequivoca di un rapporto diretto tra i soggetti partecipanti ad una intesa rappresenta un'ipotesi che si verifica raramente (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui venga ritrovato il testo del documento che disciplina espressamente le modalità di attuazione della pratica concorrenziale che costituisce una c.d. prova piena).

A causa, infatti, della tipica segretezza delle riunioni e della clandestinità delle attività organizzate dalle parti dell'accordo, si presenta pressoché costantemente un alto grado di difficoltà nel reperimento degli

²⁵³ Cfr. Corte Giust. UE, Sez. VI, 8 luglio 1999, causa 49/92, *Commission v. Anic Partecipazioni S.p.a.*

elementi probatori, talché la giurisprudenza reputa ammissibile l'utilizzo di prove indiziarie o indirette ai fini della dimostrazione dell'esistenza o della portata dell'intesa, purché si tratti di indizi gravi, precisi e concordanti.

Al termine dell'istruttoria svolta dall'Autorità²⁵⁴ – dove l'accertamento dell'illecito *antitrust* può essere paragonato alla ricostruzione di un mosaico, in cui i singoli tasselli spesso si apprezzano come parte di un disegno unitario –, il provvedimento sanzionatorio adottato costituisce il risultato di indagini significativamente complesse e sviluppate sulla base di prove indirette, talché del tutto evidente si rivela la delicatezza del compito del G.A. incaricato di sindacare le modalità di esercizio del potere da parte dell'Autorità.

Per una migliore comprensione dei concetti sopra espressi relativi a questo primo filone di contenzioso, pare utile richiamare una recente sentenza del Consiglio di Stato, dove, con la consueta efficace chiarezza propria del Relatore, Dott. Dario Simeoli (Giudice estensore della storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, con cui è stata riconosciuta per la prima volta la possibilità di un controllo intrinseco del giudice amministrativo in merito alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione,

²⁵⁴ Ed è proprio (anche) in ragione dell'impiego di conoscenze tecniche o scientifiche che il D.P.R. n. 217 del 1998 («*Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'autorità garante della concorrenza del mercato*») ha previsto una attenta regolamentazione delle varie fasi procedurali. In particolare, il procedimento si suddivide in tre fasi: quella pre-istruttoria, che precede l'apertura del procedimento e ha la finalità di consentire all'Autorità, soprattutto in caso di denunce, una prima verifica e una valutazione degli elementi di cui è in possesso per decidere se gli stessi giustificano o meno l'apertura di un formale procedimento e istruttorio; quella istruttoria propriamente detta (acquisizione di elementi probatori e contraddittorio); infine quella di chiusura del procedimento con l'adozione del provvedimento finale. Con riferimento alla fase istruttoria ed evidenziare che gli uffici sono dotati di ampi e decisivi poteri coercitivi, potendo procedere ad ispezioni, a richieste di informazioni e di documenti, disporre perizie e analisi statistiche ed economiche, nonché consultare esperti sia per una migliore verifica della sussistenza dei presupposti della violazione, sia per la raccolta e l'analisi di elementi istruttori, sia per la rielaborazione dei dati. Il citato D.P.R. ha altresì previsto una attenta regolamentazione dei poteri dell'Autorità e dei diritti delle parti, prevedendo un ampio contraddittorio procedimentale: in particolare i soggetti che partecipano all'istruttoria possono presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e parere ed accedere ai documenti *ex art. 7, comma 1 e 2, del citato di D.P.R.* e possono essere ammessi dall'Autorità a rappresentare la propria tesi difensiva nel corso dell'audizione finale *ex articolo 14 comma 6, del citato di D.P.R.*

v. cap. ...), si svolge una «digressione sulla ‘fattispecie’ normativa delle intese vietate e, soprattutto, sullo standard probatorio che deve essere osservato nello scrutinio delle sanzioni amministrative ‘punitive’ (riprendendo le conclusioni recentemente formulate dalla Sezione, con la sentenza n. 3570 del 2022).»²⁵⁵.

Al riguardo, nella pronuncia *de qua* si evidenzia che «Ai sensi dell’articolo 101, paragrafo 1, TFUE, sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno. Secondo la consolidata giurisprudenza europea, «accordi» e «pratiche concordate» sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano, e possono coesistere anche nell’ambito di una stessa intesa (Corte di Giustizia UE, 5 dicembre 2013, C-449/11P). Mentre la fattispecie dell’accordo ricorre qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo (Corte di Giustizia UE, 15 luglio 1970, C-41/69, punto 112), la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essersi spinta fino alla stipulazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un’espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza (Corte di Giustizia UE, sentenza 26 gennaio 2017, C 609/13 P, punto 70). Il testo normativo europeo – così come il corrispondente testo nazionale, di cui all’art. 2 della legge n. 287 del 1990, con espressioni linguistiche sovrapponibili – contempla alcune fattispecie tipiche aventi tuttavia valenza non tassativa. Viene esemplificato che sono vietati gli accordi e le pratiche consistenti nel: «a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d’acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di

²⁵⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023, n. 1944, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi». L'individuazione delle condotte illecite 'atipiche' deve partire dalla concezione sottesa alle norme del TFUE in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire nel mercato interno, cosicché devono ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti di qualsiasi genere che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente, attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano quale scopo o effetto una restrizione della concorrenza (cfr. ancora la sentenza 26 gennaio 2017, C 609/13 P, punto 72). La definizione normativa distingue tra intese restrittive per «oggetto» – ovvero quello che, tenuto conto del tenore delle disposizioni collusive, degli obiettivi perseguiti, del contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono, hanno 'contenuto' anticoncorrenziale – e intese restrittive per «effetto», la cui dannosità può essere apprezzata soltanto sul terreno delle ripercussioni negative registratesi sulla struttura del mercato. Tale distinzione – che rileva già sul piano degli elementi costitutivi dell'illecito – comporta un regime probatorio diverso. Per le pratiche qualificate come restrizioni per «oggetto», non occorre dimostrarne gli effetti sulla concorrenza al fine di qualificarle come «restrizione della concorrenza», ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in quanto – secondo la valutazione prognostica del legislatore – siffatti comportamenti sono di per sé dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, in quanto determinano riduzioni della produzione e aumenti

dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori (Corte di Giustizia UE, sentenze 19 marzo 2015, C 286/13 P, punto 115; 26 novembre 2015, C 345/14, punto 20, e del 23 gennaio 2018, C 179/16, punti 78 e 79). Per contro, qualora non sia dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo o di una pratica concordata, occorre esaminare i suoi effetti al fine di fornire elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile (Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 novembre 2015, C 345/14, punto 17)».

Appare evidente, dunque, la complessità e l'oggettiva opinabilità²⁵⁶ (v. *infra*, par. 7) delle valutazioni di competenza dell'Autorità che riguardano un concetto giuridico indeterminato come sono le intese anticoncorrenziali per "effetto", stante la necessità di effettuare una valutazione tecnica circa la possibile ricaduta economica, all'interno del mercato individuato, della condotta adottata dagli operatori del settore.

Dal che ne deriva, quindi, l'elevato grado di opinabilità della valutazione rimessa all'Autorità garante, attesa la difficoltà di esprimere un giudizio prognostico in merito all'eventualità che un comportamento oggettivamente lecito possa produrre, in concreto, un'alterazione del libero confronto competitivo.

Analogamente risulta complessa ed opinabile anche la definizione di mercato rilevante²⁵⁷, poiché l'individuazione di quest'ultimo richiede lo svolgimento di una delicata operazione ricostruttiva, finalizzata a delimitare

²⁵⁶ Si intendendone come tali le valutazioni relative a realtà fattuali che si prestino ad apprezzamenti soggettivi di segno opposto ovvero quelle che riguardano casi in cui la scienza fornisce più soluzioni al singolo problema. In dottrina si veda L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 1376 ss.; si rinvia anche a F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 533, secondo cui sono valutazioni tecniche opinabili quelle «la cui validità non è verificabile alla luce delle conoscenze accreditate».

²⁵⁷ Per pacifica giurisprudenza, con tale termine si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, un dato prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono tali prodotti operano in rapporto di concorrenza reciproca (*ex multis*, v. T.A.R. Lazio, Sez. I, 6 settembre 2016, n. 9553; Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047).

l'ambito merceologico e geografico rispetto al quale l'intesa può restringere o falsare la concorrenza.

Tale delimitazione deve avvenire attraverso un'attenta analisi delle specifiche condotte degli operatori economici sospettati di infrangere la normativa *antitrust*.

Secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata, infatti, l'estensione del mercato rilevante deve essere ricavata dall'esame dell'estensione del coordinamento attuato dalle imprese in un determinato contesto economico, in quanto solo alla luce di tale valutazione contingente può apprezzarsi l'estensione dell'area di mercato che i partecipanti all'intesa volevano ripartirsi in concreto²⁵⁸.

E' evidente, dunque, anche in tale ipotesi, l'opinabilità dell'attività di ricostruzione spettante all'Autorità, che si giustifica – ancora una volta – in ragione dell'indeterminatezza del concetto giuridico in questione.²⁵⁹

Un ulteriore filone di contenzioso sottoposto al sindacato del giudice amministrativo è poi quello che concerne le fattispecie di (accertato dall'AGCM e quindi poi contestato dalle imprese destinatarie dei conseguenti provvedimenti ablatori adottati dall'Autorità) di abuso di posizione dominante, ravvisabile quando un'impresa, in virtù del suo "*potere di mercato*", è in grado di attuare pratiche e ottenere benefici che non potrebbe conseguire in un contesto competitivo.

Mediante tale illecito si intende perseguire quell'impresa che, attraverso la propria forza di mercato, si introduce nella dinamica

²⁵⁸ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291. Secondo la giurisprudenza citata solo all'esito di un'indagine su alcuni elementi fattuali come le intenzioni anticoncorrenziali delle imprese sospettate e i costi da queste sostenuti per organizzare e gestire la rete di contatti, diretti o indiretti, tra i partecipanti all'intesa è possibile apprezzare le reali dimensioni del mercato rilevante, che risultano direttamente proporzionali alla vastità del coordinamento.

²⁵⁹ Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 1731, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

concorrenziale per minarla a proprio vantaggio ed in danno dei concorrenti o dei consumatori²⁶⁰.

Poiché all'art. 102 TFEU ed all'art. 3 della legge n. 287 del 1990 viene riportato un elenco, non esaustivo, delle condotte idonee ad integrare la fattispecie dello sfruttamento abusivo di posizione dominante, l'individuazione delle condotte costituisce ancora una volta il profilo di maggior confronto processuale²⁶¹.

Un terzo ulteriore filone di contenzioso sottoposto al giudice amministrativo concerne la valutazione relativa alla determinazione della misura sanzionatoria, sotto un duplice profilo: il primo riguarda la qualificabilità, ai fini sanzionatori, dell'illecito come grave o molto grave; il secondo, attiene più propriamente al *quantum* della sanzione²⁶².

7. I principali orientamenti relativamente al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Anche con riferimento alle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonostante il superamento a partire della metà

²⁶⁰ All'art. 102 TFEU e all'art. 3 della legge n. 287 del 1990 viene riportato un elenco delle condotte idonee ad integrare la fattispecie dello sfruttamento abusivo di posizione dominante; tuttavia, trattandosi di elenco non esaustivo, l'individuazione delle condotte costituisce il profilo di maggior confronto processuale.

²⁶¹ Come riconosciuto dal Consiglio di Stato, stretto è il legame tra il concetto di potere di mercato con quello, a rigore successivo, di abuso di tale potere, nel senso che «intanto può predicarsi la sussistenza di un potere di mercato in quanto è possibile che l'impresa che lo detiene sia in grado di abusarne»; così Cons. Stato, Sez. VI, 13 marzo 2020, n. 1832.

²⁶² Con riferimento a tale profilo, si evidenzia come la legge n. 57 del 2001 ha eliminato l'ammontare minimo (pari all'1%) della sanzione prevedendone solo un massimo (pari al 10%) da rapportare all'intero fatturato dell'impresa a cui deve essere applicata la sanzione e non più solo il fatturato relativo ai prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante. Tale circostanza ha, da una parte, attribuito una maggiore discrezionalità all'Autorità nella determinazione dell'entità della misura e, dall'altra, comportato la necessità di una più adeguata motivazione mediante l'indicazione di criteri di ordine generale o mediante specifiche approfondite spiegazioni relative ai singoli casi.

degli anni Duemila della distinzione formale tra sindacato debole e forte²⁶³ del giudice amministrativo, non può tuttavia affermarsi che sussista un

²⁶³ Si veda in tal senso, Cons. di Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, dove il giudice di secondo grado ha escluso che il T.A.R. si fosse indebitamente sostituito all'Autorità nell'esercizio di poteri istruttori e valutativi riservati a quest'ultima, così travalicando i confini della giurisdizione amministrativa, in quanto il Giudice di primo grado si è limitato a verificare i presupposti di fatto ed a sindacare la ragionevolezza, logicità e coerenza delle argomentazioni, valutazioni e conclusioni dell'Autorità sul carattere scorretto e/o ingannevole della pratica commerciale posta in essere da PosteMobile. Nella parte motiva della sentenza si legge che «Sul punto, appare utile rammentare in via generale che, in tema di sostituzione indebita del giudice amministrativo nell'esercizio di poteri riservati all'AGCM, secondo la consolidata giurisprudenza della Sezione *“il giudice amministrativo - nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità - può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato”* (Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873). *“Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. “concetti giuridici indeterminati”, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato. Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'A.g.c.m, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità”* (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302). Dal canto proprio Cass. civ., SS. UU., 14 maggio 2014, n. 10411, ha statuito che *“il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell' Autorità Garante».*

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

sindacato omogeneo da un punto di vista dell'intensità del controllo giudiziale esercitato.

A fronte, infatti, di talune importanti pronunce che, nella prospettiva di una *full jurisdiction* e di una diretta ed immediata definizione del rapporto controverso, si sono spinte nella direzione di una valutazione estesa al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità, verificando se il potere attribuito all'*antitrust* sia stato correttamente esercitato²⁶⁴, nel corso degli ultimi dieci anni si è andato delineando un diverso orientamento meno coraggioso dove quanto proclamato espressamente nelle premesse teoriche della sentenza non corrisponde poi al processo decisionale concretamente operato dal giudice amministrativo.²⁶⁵

Quest'ultimo, non di rado, utilizza clausole di stile che vorrebbero far intendere svolgersi un effettivo sindacato pieno sulla sanzione applicata dall'Autorità, ma, esaminando con attenzione l'apparato motivazionale delle pronunce, ci si rende conto che il controllo giudiziale esercitato sui concetti tecnico-economici risulta essere poco penetrante.

Più nello specifico, la giurisprudenza afferma che dinanzi ad una decisione dell'Autorità la tutela giurisdizionale apprestata nei confronti del destinatario non possa limitarsi ad un controllo meramente estrinseco dei fatti e degli aspetti tecnici sottesi alla decisione stessa – dove per estrinseco deve intendersi una valutazione ancorata a criteri di logica e ragionevolezza, che non riguarda le soluzioni tecniche adottate dall'Amministrazione ma solo il processo logico seguito per raggiungerle -, ma debba consentire al giudice, nella prospettiva dell'effettività, un controllo intrinseco attraverso la cognizione diretta dei fatti oggetto dell'indagine e la valutazione del

²⁶⁴ Si tratta, quindi, di pronunce caratterizzate da un controllo pieno particolarmente penetrante basato su approfondite analisi dei criteri tecnico-economici per come concretamente rilevanti; in tal senso v. Cons. di St., Sez. VI, 21 dicembre 2019, n. 8695, secondo cui «le condotte contestate all'impresa bellanti pur oggettivamente incasellabile gli sede contestualizzate e in sé considerate in schemi tipicamente tanti concorrenziali, esigono, invece, alla luce delle peculiarità del mercato in questione, una più attenta e approfondita disamina», reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶⁵V., da ultimo, Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1159 del 2 febbraio 2023, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

corretto uso delle regole e delle conoscenze tecniche della scienza specialistica applicata dall'Amministrazione (vale a dire, quindi, della discrezionalità c.d. tecnica da questa esercitata).

Questo fermo restando l'impossibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere sanzionatorio esercitato, in ossequio al principio di separazione dei poteri²⁶⁶.

Tuttavia, per ammissione della stessa giurisprudenza, questo orientamento generale "sconta" due eccezioni.

In primo luogo, il giudice può sostituirsi nell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità per quanto riguarda la determinazione dell'entità delle sanzioni pecuniarie irrogate, poiché, sotto questo profilo, la sua cognizione si estende al merito *ex art. 134, comma 1, lett. c)*, c.p.a..

In secondo luogo, qualora nell'ambito del procedimento di accertamento dell'infrazione *antitrust*, l'Autorità abbia effettuato valutazioni tecniche complesse che presentino margini di opinabilità (evenienza, questa, che si presenta nella maggior parte delle fattispecie decise dall'Autorità, v. *supra*, par. 6), il giudice amministrativo non può comunque far prevalere le proprie valutazioni, ugualmente opinabili, su quelle effettuate in sede procedimentale.

In altre parole, quando il giudice amministrativo si ritrova in presenza di concetti giuridici indeterminati, definiti nel contenuto dall'Autorità nell'esercizio delle proprie competenze, egli, dopo aver valutato l'assenza di travisamenti logici in merito ai fatti oggetto di indagine e la corretta individuazione, interpretazione ed applicazione delle disposizioni giuridiche rilevanti nella fattispecie concreta, deve limitarsi ad accertare se la decisione raggiunta dall'Autorità al termine della fase procedimentale sia ragionevole, proporzionata ed attendibile²⁶⁷.

²⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022 e Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061. In dottrina, si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020, pp. 997 ss.

²⁶⁷ Vedi, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2016, n. 2947. Parte della dottrina ha espressamente criticato tale orientamento osservando che, se il limite così

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

Nella sostanza, quindi, l'analisi si ferma alla censura della legittimità delle misure amministrative per i soli vizi di illogicità estrinseca e rimane trincerata dietro il vizio dell'“*errore*” manifesto, limitandosi il giudice ad accertare la mancata o non corretta valutazione da parte dell'Autorità dei fatti sostanziali del caso in esame ovvero la verifica dell'incapacità dell'Autorità di valutare un fattore rilevante o il mancato rispetto di uno *standard* di prova.

Detto altrimenti, nel caso in cui residuano margini di opinabilità in relazione a concetti giuridici indeterminati o presupposti tecnico-economici ovvero quando la definizione di tale concetti dovesse risultare comunque attendibile secondo la scienza economica, il giudizio si ferma, limitandosi alla valutazione delle prove fornite dalle parti.

Seguendo tale impostazione, il sindacato del giudice amministrativo si è dunque sostanzialmente attestato sul seguente criterio: «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici (...), salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), (...), non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell' Autorità Garante»²⁶⁸.

Così, ancora di recente, il Consiglio di Stato ha affermato che «Sempre in via generale, va ribadito che il sindacato di legittimità del

tracciato al sindacato giurisdizionale sulle scelte amministrative che attengono a profili tecnici complessi e opinabili può, in parte, comprendersi per il rispetto che si nutre nei confronti del ruolo dell'autorità garante, di per sé tale soluzione non pare allinearsi al richiamato principio di pienezza ed effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle imprese sanzionate, così F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'autorità e il controllo giurisdizionale*, cit., pp. 272 ss..

²⁶⁸ Cfr. Cons. St, Sez. IV 10 dicembre 2014, n. 6050, che peraltro precisava che nel caso di valutazioni e apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità «Il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità».

giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità antitrust comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità.».²⁶⁹

Pare, dunque, potersi concludere che in relazione a valutazioni e apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di soggettività il controllo del giudice non possa estendersi oltre alla verifica della sussistenza delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, potendo assimilarsi, quanto limiti di estensione, al controllo tradizionalmente esercitato sulle scelte puramente discrezionali dell'Amministrazione.

Ci troviamo quindi di fronte ad un modello di sindacato deferente alla scelta dell'Autorità in quanto legato alla verifica della “*macroscopicità*” delle illegittimità²⁷⁰.

Gli arresti giurisprudenziali sopra riportati sono stati, del resto, pienamente confermati in sede normativa in occasione del recepimento, mediante il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3²⁷¹, della disciplina prevista dalla

²⁶⁹ Così Cons Stato, Sez. VI, n. 1159 del 2 febbraio 2023, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷⁰ Quando le censure dedotte sono sorrette da argomentazioni economiche e tecniche e involgono «scelte di merito dell'autorità nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, le valutazioni dell'autorità non sono censurabili nel merito da parte del giudice amministrativo ma solo per vizi di illogicità estrinseca» (si veda, fra molte, Cons. di Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 488).

²⁷¹ «Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. (17G00010)». Il legislatore italiano ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento nazionale una compiuta disciplina per le azioni di risarcimento del danno derivanti dalla violazione del diritto della concorrenza. Il testo, attuando la Direttiva 2014/104/UE, disciplina l'azione singola e collettiva, di chi abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto antitrust da parte di un'impresa o

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

Direttiva 2014/104/UE²⁷² – e, in particolare, dall’art. 9 della stessa²⁷³ –, prendendosi una chiara posizione di favore nei confronti della cornice giurisprudenziale sopra indicata.

Il legislatore italiano, infatti, con la formulazione dell’art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3²⁷⁴ non solo ha riprodotto l’anzidetto art. 9 della citata Direttiva, ma ha altresì scelto di inserire, al secondo periodo, la seguente prescrizione: «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche i profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di

di un’associazione di imprese, tanto nel caso in cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato abbia già pronunciato una propria decisione sulla fattispecie rilevante, quanto nell’ipotesi in cui la causa proposta sia *stand-alone*.

²⁷² Si tratta della «DIRETTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea»; al XII *considerando* della stessa si legge che «La presente direttiva ribadisce l’acquis comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell’Unione, in particolare per quanto riguarda la legittimazione ad agire e la definizione di danno, come statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e non ne pregiudica alcun ulteriore sviluppo. Chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione può chiedere un risarcimento per il danno emergente (*damnum emergens*), per il guadagno di cui è stato privato (lucro cessante o *lucrum cessans*), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale. Il pagamento degli interessi è una componente essenziale del risarcimento per indennizzare il danno subito tenendo conto del decorso del tempo, e dovrebbe essere corrisposto con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell’effettivo risarcimento, restando impregiudicata la qualifica di siffatto interesse come interesse compensativo o interesse di mora a norma del diritto nazionale e indipendentemente dal fatto che il decorso del tempo sia considerato come una categoria separata (interesse) o come una parte costitutiva del danno emergente o del lucro cessante. Spetta agli Stati membri stabilire le norme da applicare a tal fine.»

²⁷³ Tale disposizione prevede che «Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un’autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell’azione per il risarcimento del danno posto dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell’articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.»

²⁷⁴ Il quale recita che «Ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto alla concorrenza constatata da una decisione dell’autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’art. 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato».

opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

Si è espressamente previsto, dunque, che il sindacato del giudice del ricorso non possa estendersi ai profili tecnici che presentano «*un oggettivo margine di opinabilità*», in tal modo optandosi per la precisa scelta di evitare un controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse che, seppur decisive per la soluzione della controversia, non possono essere fermamente ancorate a parametri oggettivi, ma rivestono carattere di soggettività.

In altre parole, mediante tale norma vi è, da un lato, il riconoscimento della cognizione diretta del fatto da parte del giudice amministrativo anche quando la stessa implica accertamenti e valutazioni di ordine tecnico; dall'altro, l'espressa previsione, tuttavia, che tali valutazioni non possono spingersi sino a sindacare gli aspetti oggettivamente opinabili.

Di fatto, dunque, come osservato dalla più autorevole dottrina²⁷⁵, la disposizione *de qua* pone una regola ed un'eccezione.

La regola è che il sindacato sia pieno e che possa essere sostitutivo, nel senso che il giudice amministrativo, dove richiesto, potrà sovrapporre la propria valutazione, anche tecnica, a quella dell'Autorità.

L'eccezione, al contrario, riguarda i profili tecnici che «*presentano un oggettivo margine di opinabilità*», i quali costituiscono un limite al potere cognitorio e decisorio del giudice amministrativo²⁷⁶.

Come è stato evidenziato²⁷⁷, quest'ultima categoria – vale a dire quella dei profili tecnici con margini di opinabilità, che nella pratica è quella

²⁷⁵ G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, cit., pp. 469 ss..

²⁷⁶ Si tratta, lo si ribadisce, delle ipotesi in cui non si può giungere, neanche con l'ausilio di adeguata consulenza tecnica, a risultati attendibili così che si possa dire, nell'ambito della c.d. verità processuale, che una certa condotta sia giusta o sbagliata ovvero che sia vero o falso il risultato della valutazione tecnica.

²⁷⁷ Si veda ancora G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, cit.. Con riferimento al tema dell'ambito di oggettiva opinabilità delle valutazioni, si veda il recente scritto di G. GRECO, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*,

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

più frequente – non può tuttavia che avere necessariamente uno spazio residuale, pena il venir meno di una *full jurisdiction*.

Tale residualità sarebbe dimostrata anche dalla norma, la quale precisa che deve trattarsi di profili con “*obbiettivi*” margini di opinabilità; non ogni valutazione tecnica complessa, pertanto, può rientrare in tali ipotesi, ma spetterà al giudice amministrativo distinguere, con l'eventuale ausilio di una consulenza tecnica (v. *infra*, par. 8), le valutazioni tecniche complesse che rientrano in tale ambito e quelle che, viceversa, ne sono estranee, assicurando comunque un sindacato pieno in ordine a queste ultime.

Ad ogni buon conto, in disparte l'interpretazione anzidetta, pare essere opinione condivisa in dottrina²⁷⁸ e in giurisprudenza²⁷⁹ che l'art. 7 del d.lgs.

in www.aipda.it, 28 ottobre 2022, dove l'Autore, in maniera acuta, afferma che l'ambito delle stesse «lungi dal costituire uno spazio in quale l'autorità procedente può individuare i presupposti della condotta illecita finisce per costituire un segmento della fattispecie che esclude l'illecito; opinabilità dunque non come spazio di punibilità, ma l'inverso come spazio di liceità (...). In tale contesto la limitazione al sindacato del giudice amministrativo - che non può entrare nel merito tecnico della valutazione opinabile - non rifluisce in una riduzione di tutela. Ma costituisce diretta conseguenza da un lato delle insufficienze proprie delle scienze non esatte e, dall'altro, delle rilevanza giuridica di detto sindacato, che non è affatto necessario. Infatti, una volta accertato che la sanzione si basa su una valutazione oggettivamente opinabile, non è necessario accertare altro, per giudicare le illegittimità della sanzione stessa. Anche perché ripugna, credo, alla comune coscienza giuridica (e comunque contrasta coi principi della CEDU) che è una sanzione basata su una valutazione oggettivamente opinabile - e così su un illecito opinabile - possa essere considerata di per sé legittima».

²⁷⁸ Per un accurata analisi dei problemi sollevati dalla norma, si veda R. PERNAR, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 giugno 2017; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva numero 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n.3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in www.federalismi.it, 11 aprile 2018. Si rinvia altresì al recente interessante contributo di F. GOISIS, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, cit., secondo il quale «Il rischio, (...), è non solo che il sistema sanzionatorio amministrativo italiano sia considerato incompatibile con il diritto UE (fino alla non riconoscibilità, in altri ordinamenti europei, della sanzione italiana), ma altresì che (anche al di là della materia sanzionatoria) il sistema di sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Esecutivo offerto dall'Italia sia considerato inadeguato ad adempiere gli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese con l'adesione alla CEDU, con violazione, quindi, dell'art. 117, co. 1, Cost.»; M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla*, in *Dir. proc. civ.*, 2020, pp. 740 ss..

19 gennaio 2017, n. 3 ponga una rilevante limitazione ai poteri cognitori del giudice amministrativo, tanto che tale criterio, come rilevato da parte della dottrina, non solo appare riduttivo del nuovo contesto derivato dalla disciplina imposta dall'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE, ma addirittura spinge a domandarsi²⁸⁰ se l'attuale sistema nazionale di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti dell'AGCM sia compatibile con gli orientamenti maturati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di giusto processo²⁸¹.

A fronte di tale posizione sussistono peraltro anche interpretazioni della norma costituzionalmente orientate di segno opposto, secondo cui la norma richiama il giudice amministrativo al dovere di accertamento diretto di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza dispensarlo dal dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria.

Tra queste merita particolare considerazione la pronuncia resa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 4490 del 15 luglio 2019 (Rel. Dario Simeoli), che, basandosi anche sui principi della Corte EDU, ha affermato che la previsione di cui art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che «– letta “a contrario”, sembrerebbe addirittura implicare che il sindacato del giudice

²⁷⁹ Vedi Cons. di St., Sez. VI, 27 Aprile 2020, n. 2674, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸⁰ Al riguardo si veda L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative giusto processo il caso dell'interesse anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1305 ss..

²⁸¹ Occorre infatti tener conto che già nel 2013, i giudici dell'Unione europea sono giunti a precisare che, nel controllo giurisdizionale sulle sanzioni *antitrust*, nessun ostacolo alla pienezza del sindacato può discendere dal «potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE [...]» (Corte eur. Giust., Sez. III, 11 settembre 2014, in causa C-382/12, MasterCard e altri Commissione, punto 156). La Corte ha mostrato così di intendere recessiva ogni barriera al sindacato discendente dalla discrezionalità ove anche, quest'ultima, intesa come potere fondato sull'assegnazione legale di un ruolo istituzionale di cura (e persino di definizione) di un dato interesse pubblico (parlare di politica della concorrenza significa evidentemente alludere ad una discrezionalità particolarmente ampia). In argomento si rinvia al saggio di G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, pp. 9 ss.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

del ricorso non si estenda ai profili tecnici che presentano «un oggettivo margine di opinabilità» – deve essere interpretata in senso costituzionalmente conforme agli artt. 24 e 113, e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo parametro in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo). Nonostante l'evidente imprecisione linguistica, il precetto riveste una mera funzione didascalica: quella cioè di richiamare il giudice amministrativo al dovere di accertamento «diretto» di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo (per quanto la formula impiegata sia involuta) dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria. È del resto implausibile che il legislatore abbia voluto, con una espressione così incerta ed apodittica, revocare in dubbio il modello processuale invariato da tempo e faticosamente nel diritto vivente. Tale interpretazione della disposizione è l'unica conforme al principio della tutela piena ed effettiva «secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art. 1 del c.p.a.). Il principio del rimedio effettivo (frutto della convergenza sinergica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso infatti recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice ed a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce.».

Tuttavia, tale pronuncia ha ricevuto numerose critiche²⁸² e solo pochi mesi dopo la stessa Sezione del Consiglio di Stato è pervenuta ad una opposta conclusione, affermando che «il sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in

²⁸² V. M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM*, cit..

coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziarie.»²⁸³

Ad avviso di chi scrive, pare corretto sostenere che il contenuto dell'art. 7, segnatamente laddove dispone che «Il sindacato del giudice del ricorso (...) si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima» e che sembra equivalere sul piano logico e letterale a dire che «Il sindacato del giudice del ricorso non si estende ai profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità», non possa e non debba riportare il giudice amministrativo a quella tipologia di sindacato, molto limitato, tipica degli anni Novanta del secolo scorso, con una drastica riduzione del controllo giurisdizionale sugli atti sanzionatori antitrust.

Se, infatti, il giudice amministrativo non potesse (*rectius* non dovesse) estendere il proprio sindacato alle questioni opinabili, nella sostanza l'intera sfera delle valutazioni tecniche economiche sfuggirebbe al vaglio giurisdizionale.

Ne deriverebbe, quindi, una drastica riduzione della tutela giurisdizionale, incompatibile sia con i principi di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale sanciti dagli articoli 24 e 113 Cost., sia con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui si sopra ampiamente trattato.

Del resto, come rilevato da attenta dottrina²⁸⁴, qualora si affermasse nel campo dell'*antitrust* un obbligo del giudice amministrativo di arrestarsi alla soglia di opinabilità della questione, come se sussistesse un limite di accesso ai fatti, potrebbe allora configurarsi addirittura un problema di violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, dal momento che in tutti gli altri suoi processi lo stesso giudice amministrativo continuerebbe

²⁸³ Vedi Cons. Stato, Sez. VI, n. 6022 del 2 settembre 2019, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it

²⁸⁴ F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., pp. 1220 ss..

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

invece ad esercitare un tipo di sindacato che si estende all'intero rapporto controverso e alla fondatezza della pretesa.

Potrebbe risultare allora corretto, come acutamente rilevato dalla stessa dottrina, risolvere la questione avendo riguardo all'unico limite e all'unica particolarità distintiva del sindacato del giudice amministrativo rispetto ai giudizi che riguardano controversie paritetiche inerenti (effettivamente) solo posizioni di diritto soggettivo, che consiste nel fatto che il sindacato del giudice amministrativo non dà luogo ad un giudizio sostitutivo in senso pieno.

Non sostitutivo non significa, infatti, non idoneo e non predisposto a vagliare il modo in cui l'Autorità ha accertato un dato illecito; significa, diversamente, che il processo non è la ripetizione di quel procedimento.

Ciò comporta che qualora la soluzione tecnico economica scelta dall'Autorità sia attendibile e ragionevole in quanto rientra nella ristretta serie di quelle risposte ragionevoli e proporzionate da fornire ad un certo problema, allora il provvedimento dovrà ritenersi legittimo; diversamente, se detta scelta fosse intrinsecamente irragionevole anche da un punto di vista tecnico-economico, allora non potrebbe più essere considerata come una tra le risposte plausibili da dare al quesito e, di conseguenza, si configurerebbe un profilo di illegittimità.

L'unico limite risiede, dunque, nel fatto che il controllo del giudice amministrativo non è mai interamente sostitutivo poiché rimane all'interno del confine del sindacato di ragionevolezza e proporzionalità (si sottolinea, in ogni caso, che questa limitazione riguarda solo i motivi basati sull'eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'irragionevolezza e non proporzionalità e non altre censure eventualmente dedotte sotto il profilo della violazione di legge in senso proprio).

Tanto premesso, ad avviso di chi scrive, pare dunque convincente la tesi sostenuta dalla richiamata autorevole dottrina²⁸⁵ secondo cui l'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 dovrebbe essere interpretata nel senso che il giudice amministrativo, di fronte ad una questione opinabile che deriva dall'applicazione di scienze non giuridiche, può e deve accedere pienamente al fatto e, quindi, alla cognizione della questione in esame, potendo in tal modo valutare direttamente la pretesa del ricorrente.

Il limite impostogli dalla disposizione dovrebbe intervenire successivamente: se il giudice amministrativo, anche dopo una attenta istruttoria e una completa valutazione delle doglianze, non ravvisasse di profili di irragionevolezza o delle illogicità o superficialità istruttorie o carenze probatorie nel percorso conoscitivo e volitivo dell'Autorità, non potrebbe che confermare la decisione di quest'ultima.

Pare, questa, infatti, la sola interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata della disposizione in questione, in modo da restituirne la coerenza con il modello processuale presente nel diritto vivente, talché dovremmo leggere la norma di cui si discute come se dicesse che «Il sindacato del giudice del ricorso si estende ai profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità (...) ferme restando le caratteristiche del giudizio amministrativo sul rapporto quando è basato sul sindacato di ragionevolezza e proporzionalità», rendendola in tal modo altresì compatibile con l'altra parte del comma dell'art. 7 citato dove si stabilisce che il sindacato del giudice amministrativo «comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata.».

Volendo a questo punto concludere l'ampia disamina svolta in ordine al grado di intensità del sindacato del giudice amministrativo relativamente alle sanzioni dell'Autorità, si può in definitiva affermare che, al riguardo, permangono due indirizzi giurisprudenziali: uno – maggioritario

²⁸⁵ F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1212 ss..

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

– che, pur affermando la propria diretta cognizione dei fatti e dei profili tecnici, incentra il proprio sindacato sulla plausibilità, ragionevolezza e proporzionalità della decisione dell'Autorità²⁸⁶; l'altro che, al contrario, riconosce effettivamente la necessità dell'accertamento diretto del fatto e della relativa valutazione, facendo da ciò solo dipendere la legittimità o meno della decisione dell'Autorità.²⁸⁷

8. *I mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo.*

Alla luce della coordinate giurisprudenziali sopra esposte, che, nonostante (le indicate) costanti oscillazioni, rendono in ogni caso palese la tendenza del giudice amministrativo a svolgere – pur con le indicate criticità sostanziali - un controllo penetrante e diretto della componente di fatto della norma posta dall'Autorità a fondamento della disposta sanzione, risulta evidente la fisiologica necessità e rilevanza che assunta dagli strumenti istruttori utilizzabili nel processo, coerentemente con quanto affermato dalla più autorevole dottrina²⁸⁸, secondo cui «il sindacato giurisdizionale sugli

²⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5374; Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061; il giudice amministrativo, pur affermando che il proprio sindacato ha per oggetto i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende ai profili tecnici, sostanzialmente si limita ad analizzare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e coerenza, verificando che gli stessi siano idonei a corroborare le conclusioni che ne sono state tratte.

²⁸⁷ Di recente in questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023, n. 1944 (Rel. D. Simeoli), reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, dove si afferma che «Da ultimo, in punto di intensità del sindacato giurisdizionale, va ricordato che, anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile».

²⁸⁸ Così M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm.*, TAR, n. 12, 2008, pp. 3533 ss.

apprezzamenti tecnici della p.a. non è più circoscritto al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa ma si estende alla verifica diretta all'attendibilità delle operazioni tecniche eseguite per valutarne la correttezza, sia in ordine al criterio tecnico utilizzato che il procedimento applicativo, con la conseguenza che coerentemente il giudice deve poter utilizzare, per tale controllo di adeguatezza dei mezzi istruttori, sia il tradizionale strumento della verifica, che la C.T.U.»²⁸⁹.

E' evidente, infatti, come il giudice, attraverso sia la verifica, sia la consulenza tecnica d'ufficio possa accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, anche quando l'applicazione della norma di legge richiede all'Amministrazione apprezzamenti di natura tecnica²⁹⁰, senza tuttavia arrivare a superare il limite dell'insindacabilità del merito dell'azione amministrativa²⁹¹.

Senonché, anche in questo settore, il ricorso a mezzi istruttori, ancorché incrementato nel corso degli anni, è ancora piuttosto scarso.

In particolare, l'astratta utilizzabilità della consulenza tecnica non è mai stata resa concreta nei giudizi aventi ad oggetto gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Ne consegue, anzitutto, una riduzione per il giudice di effettuare un sindacato pieno, che consenta di avere un accesso diretto ai presupposti di fatto su cui si fonda il provvedimento adottato dall'Autorità (ossia quello

²⁸⁹Sull'ammissibilità della C.T.U., nei giudizi concernenti l'impugnazione di provvedimenti di Autorità indipendenti, si veda, già prima del Codice, Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2194, con riferimento alla discipline dei mezzi istruttori innovata dalla legge n. 205 del 2000. Per la C.T.U. in giudizi promossi contro l'Autorità per l'energia, aventi ad oggi provvedimenti di carattere puntuale, si veda Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 899.

²⁹⁰ Al riguardo, si veda F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, pp. 2375 ss.

²⁹¹ Sul punto, in dottrina si rinvia a P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 187 ss.. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533, secondo cui l'impiego dello strumento e della consulenza tecnica, e anche della verifica, a supporto degli elementi indiziari di eccesso di potere e denunciati all'attenzione del giudice amministrativo incontra il solo limite dell'insindacabilità del merito e dell'azione amministrativa.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

impugnato) e di verificare l'attendibilità intrinseca dei parametri tecnici impiegati.

In secondo luogo, risulta evidente l'irragionevolezza del processo valutativo del giudice che pretenda di verificare la decisione dell'Autorità da un punto di vista sostanziale – accertando i presupposti tecnici della decisione ovvero rideterminando la sanzione irrogata – senza tuttavia utilizzare i consentiti mezzi istruttori, quali sono la verifica, la consulenza tecnica e l'interrogatorio libero.

Infatti, senza un effettivo utilizzo degli strumenti probatori previsti dal Codice pare davvero difficile per il giudice svolgere una propria autonoma istruttoria, che non fornisca esclusiva importanza agli elementi emersi nel corso dell'istruttoria condotta dall'Autorità, anche tenendo conto della circostanza che quest'ultima risulta obiettivamente favorita, nel corso del processo, nell'opera di convincimento del giudice, potendo produrre in giudizio tutte le prove già acquisite nel procedimento, con la conseguenza che le risultanze dell'*antitrust* divengono atti di parte e di convincimento del giudice²⁹².

Si auspica, pertanto, anche in tale settore un incremento dell'impiego degli strumenti probatori previsti dal Codice del processo amministrativo, ed in particolare della consulenza d'ufficio²⁹³, che consentirebbe un

²⁹² In questo senso, si veda, P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, cit., 188; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa ed autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002 e F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1014 ss.

²⁹³ Di diversa opinione è F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., pp. 1237 ss., secondo il quale «Molto si è discusso, ormai da circa un ventennio e spesso proprio a proposito delle autorità indipendenti, della possibilità che venga disposto una consulenza tecnica d'ufficio. In verità, questo rimedio può essere sì utile, ma solo in casi del tutto speciali, anche perché molto spesso la complessità dell'istruttoria non poggia affatto su valutazioni economiche opinabili, bensì più semplicemente su fatti agevoli da conoscere (...). Perciò il ricorso ad una consulenza d'ufficio non deve diventare una sorta di automatica risposta al problema ricostruttivo posto dalle parti. Proprio la natura del giudizio di proporzionalità/ragionevolezza, specie se unito alle potenzialità di una discussione orale, lascia preferire una soluzione in cui il giudice mette a confronto la soluzione tecnico economica prescelta dall'Autorità con quella indicata dal consulente economico della parte. Questa dialettica potrebbe essere sufficiente a colmare ogni lacuna conoscitiva ed a

concreto e reale giudizio sulla ricostruzione fattuale posta in essere dall’Autorità, tanto più necessario in ragione del fatto che, nella larga parte dei procedimenti avviati, l’AGCM conclude per l’esistenza dell’illecito e per l’applicazione della sanzione²⁹⁴.

9. Considerazioni conclusive.

Nell’attuale contesto, il tema dell’idoneità del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni delle Autorità indipendenti e, in particolare, sulle decisioni *antitrust* è tornato di grande attualità, nonostante la decisione “Menarini” della Corte Europea dei Diritti dell’uomo abbia valutato il sindacato in Italia sulle sanzioni *antitrust* come una *full jurisdiction*.

Il dibattito, infatti, come visto, si è riaperto in conseguenza dell’efficacia vincolante delle decisioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato prevista dall’art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, che recepisce la direttiva n. 2014/104/UE, concernente le azioni di danni che seguono le violazioni *antitrust*.

In particolare, come si è cercato di evidenziare nelle considerazioni che precedono, l’interrogativo che la dottrina si è posta è se il sindacato del giudice amministrativo basato sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità, anziché su una giurisdizione piena finalizzata ad un giudizio sostitutivo di quello dell’Autorità, possa ritenersi adeguato a fronte dell’indiscusso accrescimento della responsabilità del giudice

correggere la simmetria nel giudizio di ragionevolezza/proporzionalità. Potrà accadere che questo confronto convinca il giudice che comunque la risposta economica data ad un certo quesito dall’Autorità rientra nel novero ristretto di quella gamma di risposte ragionevoli, nonostante le obiezioni della controparte privata. Potrà però anche accadere che le considerazioni del consulente di parte, unitamente alla puntuale ricostruzione dei fatti, possa persuadere il giudice che la risposta dell’autorità pecchi di irragionevolezza.»

²⁹⁴ Si tratta del fenomeno c.d. della “*dipendenza da percorso*”, sottolineato da C. OSTI, *Un giudice a Berlino, Controllo giudiziale del giudice amministrativo italiano*, nella sua relazione tenuta al Convegno *Poteri e garanzie nel diritto dell’antitrust: l’esperienza italiana del sistema della modernizzazione* del 23 luglio 2009, reperibile su www.aipda.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

amministrativo in conseguenza dell'introduzione dell'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, che ha previsto che il provvedimento adottato dall'AGCM che accerta un illecito *antitrust* ha effetto vincolante nei confronti del giudice in sede civile.

Se è vero, infatti, che l'effettività della tutela giudiziale²⁹⁵, pur in presenza di determinazioni, quali quelle delle Autorità, che si fondano su presupposti tecnico-economici incerti ed opinabili necessitanti di apprezzamenti o scelte valutative e di opportunità, impone che il giudice amministrativo svolga un sindacato intrinseco sulle scelte tecnico discrezionali dell'Autorità, sussiste comunque nel nostro ordinamento il limite di non sostituirsi a quest'ultima, anche in ragione della sua particolare competenza tecnica, affidabilità ed esperienza, oltretutto alle caratteristiche proprie della struttura procedimentale delle decisioni da essa adottate.

Nonostante le oscillazioni del giudice amministrativo che si sono cercate di illustrare nelle pagine che precedono, ad avviso di chi scrive può ragionevolmente affermarsi che il giudice non pare comunque sottrarsi ad un controllo effettivo sugli atti sanzionatori dell'Autorità, risultando in tal modo un efficace contrappeso al potere dell'AGCM ed un garante della neutralità e competenza tecnica di quest'ultima.

Pur a fronte di tale rassicurante conclusione, potrebbe comunque prospettarsi l'opportunità e/o la necessità, anche in relazione alle rilevanti conseguenze derivanti dal giudicato del giudice amministrativo in ordine alle sanzioni in questione, di un maggior rigore relativamente alle concrete modalità con cui il giudice esercita il proprio sindacato nel processo.

²⁹⁵ Sul tema si veda G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, pp. 105 ss., il quale riconoscendo l'innegabile ruolo che essa riveste nel sistema giuridico poiché rappresenta «la stessa forza del diritto sostanziale quale risulta al termine delle vicende processuali che ne devono garantire l'attuazione» conduce, tuttavia, un'interessante lettura critica della visione dell'effettività come «*mito dell'infallibilità del giudice*». L'autore rileva la sempre più diffusa tendenza a porre l'amministrazione «sotto tutela giudiziaria, depotenziata e privata della sua funzione tradizionale» e ad investire il giudice «di una funzione salvifica – con conseguente dismissione della politica e dell'amministrazione – a fronte della quale non possono che innersarsi esiti deludenti».

In particolare, come autorevole dottrina ha rilevato²⁹⁶, parrebbe anzitutto necessario che, nelle fattispecie controverse in questione, poiché spetta inequivocabilmente al giudice amministrativo l'accertamento dei fatti posti a base della decisione dell'Autorità, la sentenza che definisce il contenzioso prenda in considerazione tutti gli elementi a tal proposito dedotti dal ricorrente, coerentemente con il principio dispositivo.

In secondo luogo, sempre tenuto conto della complessità fisiologica dei fatti sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo, nel corso del processo dovrebbe darsi una maggiore rilevanza all'oralità rispetto a quanto accade ordinariamente, poiché l'oralità può senza dubbio consentire di indagare al meglio un elemento di fatto, rendere maggiormente evidente la ragionevolezza o meno di una teoria economica o comunque consentire una migliore spiegazione di questioni spesso non riassumibili negli scritti difensivi che, come noto, devono contenersi in determinati limiti dimensionali.

In ultimo, potrebbe più incisivamente intervenire anche sulla garanzia della parità delle armi, che è principio fondamentale di ogni processo *ex art.* 111 Cost. e, quindi, anche di quello amministrativo²⁹⁷.

Pur dando atto, infatti, che il processo amministrativo di impugnazione degli atti di AGCM presenta delle diversità rispetto al modello tradizionale in quanto il contraddittorio che si svolge davanti all'Autorità e la tendenziale pienezza del diritto di accesso al fascicolo procedimentale consentono alla parte una piena conoscenza degli atti

²⁹⁶ Si veda ancora F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., pp. 1231 ss., il quale riconduce tutti questi aspetti al concetto di «giusto processo», secondo cui «ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizione di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale» (art. 111 Cost.).

²⁹⁷ Sul tema sia consentito rinviare allo scritto di chi scrive, *Brevi riflessioni sulla parità delle armi nel processo amministrativo e sul ruolo del giudice amministrativo nel superamento delle disuguaglianze tra pubblica amministrazione e privati nel diritto amministrativo sostanziale*, in *Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale*, a cura di P. Ivaldi e L. Schiano di Pepe, Genova, 2023, pp. 217 ss.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

rilevanti, deve tuttavia ammettersi che una certa asimmetria anche nel procedimento dinanzi all'Autorità ancora esiste, tenuto conto del fatto che spetta comunque a quest'ultima, dopo l'audizione finale, la scelta della soluzione, in punto di fatto, in punto di diritto ed in punto di analisi economica.

Ed è proprio soprattutto quest'ultimo profilo – ossia la scelta della soluzione in punto di analisi economica – che riserva all'Autorità una posizione di tendenziale vantaggio anche nel corso del processo, non avendo il giudice la medesima consuetudine ad entrare nelle scelte di carattere economico.

Tanto premesso, potrebbe allora auspicarsi una ancor maggiore spinta verso una effettiva parità delle armi nel corso del processo avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità.

Parità delle armi che si sostanzia sia nel garantire al privato, da parte del giudice, la considerazione specifica e la valutazione dei fatti, di spiegazioni alternative e di analisi di tipo economico che il provvedimento potrebbe aver trascurato, sia, altresì, nel comprendere pienamente le valutazioni opinabili, poiché solo in questo può davvero effettuarsi una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità anche secondo il criterio economico.

Su questo terreno il giudice amministrativo, come anticipato nel paragrafo precedente, ha già offerto ampie garanzie, ma potrebbe essere opportuno, al cospetto del più volte citato art. 7, incrementare l'utilizzo dei mezzi istruttori previsti dal codice del processo amministrativo ovvero, proprio in ragione della natura del giudizio di proporzionalità/ragionevolezza, specie se unito alle potenzialità di una discussione orale, far sì che il giudice amministrativo possa agevolmente confrontare la soluzione tecnico- economica prescelta dall'Autorità con quelle indicate dal consulente

economico della parte ricorrente, potendo in tal modo colmare ogni lacuna conoscitiva e correggere la simmetria delle parti nel procedimento²⁹⁸.

Tali concrete modalità di esercizio del controllo giudiziale da parte del giudice amministrativo potrebbero essere decisive, infatti, per eliminare qualsivoglia residuo dubbio in ordine all'effettiva attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale in questo settore, risultando peraltro contemporaneamente idonee a dimostrare, ancora una volta, come il giudice amministrativo costituisca una risorsa fondamentale nel nostro ordinamento per superare le disuguaglianze sostanziali tra pubblica amministrazione e cittadino²⁹⁹ e, per tale via, una risorsa fondamentale per il rilancio del nostro Paese³⁰⁰.

²⁹⁸ Come evidenziato da P. PIRAS, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. Diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 997 ss., una sentenza può dirsi giusta «nel momento in cui realizza “l'equilibrio simmetrico tra le parti”, messe nelle condizioni di esporre dinanzi al giudice le proprie ragioni, e la loro uguaglianza sostanziale viene assicurata anche grazie ad un più diretto ed immediato accesso del giudice al fatto.».

²⁹⁹ Sul punto si veda M.A. SANDULLI, *La “risorsa” del Giudice Amministrativo*, cit., pp. 46-49.

³⁰⁰ A tal proposito si rinvia allo scritto di G. MONTEDORO, E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, cit., pp. 11 ss.

Capitolo IV

Il sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Valutazioni in ambito scolastico: il contenzioso “tipico”; 3. (Segue): l’orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni scolastiche; 4 (Segue): le tecniche di controllo e i mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni scolastiche. 5. Valutazioni in ambito universitario: il contenzioso “tipico”. 6. (Segue): l’orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito universitario. 7. (Segue): le tecniche di controllo impiegate dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito universitario. 8. (Segue): l’atteggiamento del Giudice Amministrativo in merito alla riedizione del potere valutativo conseguente all’annullamento di un provvedimento di diniego all’abilitazione viziato. 9. Valutazioni in ambito concorsuale: il contenzioso “tipico”. 10 (Segue): L’orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito concorsuale. 11. (Segue): Le tecniche di controllo impiegate dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito concorsuale. 12. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il presente capitolo intende analizzare il tema, certamente ampio e complesso, del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti in materia di valutazioni delle competenze personali, accademiche e

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

professionali (in settori vari), segnatamente indagando le modalità con cui il giudice verifica il corretto esercizio o meno della c.d. discrezionalità tecnica, ovvero dell'apprezzamento effettuato dall'Amministrazione sulla base di discipline tecnico-scientifiche, implicante nel caso la valutazione delle competenze degli studenti, ovvero degli accademici ovvero ancora dei candidati partecipanti a (svariate) procedure concorsuali.

In particolare, di seguito si analizzeranno principalmente tre macro-settori: la scuola, l'università ed i concorsi pubblici.

Nel settore scolastico, l'analisi si focalizzerà sui provvedimenti di non ammissione alle classi successive o agli esami di licenza, con particolare attenzione alle valutazioni degli studenti con disturbi dell'apprendimento.

Nell'ambito universitario, l'attenzione sarà invece rivolta alle valutazioni di idoneità all'Abilitazione Scientifica Nazionale a Professore di I e II fascia.

Infine, nel contesto dei pubblici concorsi, l'interesse si concentrerà sul contenzioso legato alle valutazioni soggettive di natura tecnico-discrezionale effettuate dai membri delle commissioni giudicatrici.

Tutte le valutazioni di cui ai suddetti tre macro-settori hanno in comune un elemento essenziale: accertano il livello di competenze personali, accademiche e professionali dei destinatari e costituiscono l'esito dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica spettante ai (distinti) organi titolari del potere di valutazione.

Ciò posto, un connotato caratterizzante la materia oggetto della presente analisi è la relativa atipicità rispetto al modello tradizionale di azione amministrativa, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo.

Dal punto di vista soggettivo, infatti, siamo di fronte ad una inusuale eterogeneità dei soggetti titolari del potere pubblico che, esercitando la propria discrezionalità c.d. tecnica, adottano un provvedimento valutativo.

In nessuno dei tre macro-settori sopra indicati è possibile, invero, individuare una struttura amministrativa decidente unitaria e, soprattutto, stabile: nel settore scolastico sono i singoli consigli di classe che, esercitando appunto la propria c.d. discrezionalità tecnica, adottano i provvedimenti di valutazione di profitto degli studenti; nell'abilitazione scientifica nazionale, come in numerose fattispecie concorsuali, il soggetto a cui è demandato il potere valutativo è la singola commissione giudicatrice, i cui componenti (commissari) svolgono tale specifica funzione in maniera occasionale ed episodica.

Dal punto di vista oggettivo, poi, le dinamiche procedurali risultano peculiari e variano notevolmente tra le diverse situazioni esaminate, pur essendo in ogni caso la c.d. discrezionalità tecnica alla base delle valutazioni compiute.

Le valutazioni scolastiche sono basate, infatti, su giudizi intermedi che vengono comunicati agli studenti ed ai genitori nel corso dell'anno scolastico, consentendo loro di intervenire prima della valutazione finale e mettendogli anche a disposizione strumenti idonei a scongiurare una valutazione finale insufficiente; diversamente, le valutazioni concorsuali derivano da un procedimento maggiormente semplificato, dove la partecipazione del candidato si esaurisce nella partecipazione alle prove scritte e/o orali, a cui segue una distinta fase di valutazione discrezionale della documentazione prodotta.

Tanto premesso, di seguito si esamineranno dettagliatamente questi aspetti nei tre macrosettori indicati, cercando di individuare eventuali conclusioni comuni che possano emergere dalla sopra indicata diversità di contesti e procedure.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

2. *Valutazioni in ambito scolastico: il contenzioso “tipico”.*

Nell’ambito del settore scolastico il contenzioso più significativo, sia dal punto di vista quantitativo sia dal punto di vista qualitativo, concerne l’impugnazione dei provvedimenti di non ammissione alle classi successive ovvero agli esami di licenza³⁰¹.

La peculiarità di siffatti contenziosi è la rilevanza dirimente, per l’intero giudizio, dell’esito della fase cautelare (pressoché sempre attivata), in quanto l’accoglimento della misura cautelare, frequentemente richiesta dal ricorrente anche nella forma monocratica *ex art. 56 Cod.proc.amm.*³⁰² e che si concretizza, nella prassi, nell’ammissione con riserva alla classe successiva ovvero agli esami di licenza, realizza, in concreto, l’utilità finale perseguita dal ricorrente mediante il contenzioso (così come, viceversa, il diniego della misura cautelare sostanzialmente vanifica l’obiettivo perseguito con il giudizio), talché frequentemente accade che l’ammissione con riserva alla classe successiva ovvero agli esami di licenza finisce per

³⁰¹ Cfr., da ultimo, *ex multis*, Consiglio di Stat, Sez. VII, 5 ottobre 2023, n. 8679, T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 2 maggio 2023, n. 8657, T.A.R. Campania, Sez. IV, 8 giugno 2023, n. 3535; T.A.R. Lombardia, Sez. V, 15 settembre 2023, n. 2091; T.A.R. Campania, Sez. IV 10 marzo 2023, n. 1574; T.A.R. Catania, Sez. III, 4/05/2023, n. 1471; T.A.R. Lombardia, Sez. III, 30 maggio 2023, n. 1324; T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 agosto 2023, n. 1212; T.A.R. Veneto, Sez. IV, 21 luglio 2023, n. 1103; T.A.R. Toscana, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 734, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰² Sulle ragioni per cui in concreto non di rado si domanda la concessione della misura cautelare monocratica si veda, *ex multis*, il decreto T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 13 settembre 2023, n. 5771, dove si legge che «Rilevato come la ricorrente, a sostegno della suindicata istanza, abbia rappresentato che “*l’eventuale mancata sospensione del provvedimento in oggetto, determinerebbe ... un pregiudizio grave ed irreparabile consistente nel fatto di non poter iscriversi al quinto anno ... , con grave danno per la sua crescita culturale*”; ulteriormente sottolineando che “*l’inizio delle lezioni scolastico è previsto per il prossimo 14 settembre*”. Osservato come, in ragione della calendarizzazione della prima Camera di Consiglio utile per la trattazione in sede collegiale dell’istanza cautelare (3 ottobre 2023), il lamentato pregiudizio assume tutelabile consistenza, atteso che – nelle more – verrebbe a trovarsi pregiudicato il diritto dell’interessata di prendere parte all’attività didattica». Vedi, di recente, con analoghe considerazioni, anche decreto T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 17 agosto 2023, n. 5211, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

superare, nella sostanza, il contenuto della valutazione discrezionale resa dal consiglio di classe gravata dinanzi al giudice amministrativo.

Del resto, la fondamentale rilevanza della fase cautelare risulta viepiù accentuata dal consolidato c.d. principio di assorbimento³⁰³, in virtù del quale il superamento dell'esame o di promozione a una classe superiore da parte del candidato ammesso con riserva dal giudice amministrativo in sede cautelare assorbe il giudizio negativo in precedenza espresso dal consiglio di classe, da ciò derivandone il venir meno dell'interesse alla decisione del ricorso, il quale verrà dichiarato dal giudice amministrativo improcedibile *ex art. 35, comma 1, lettera c)* del Cod. proc. amm..³⁰⁴

³⁰³ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 4 maggio 2023, n. 271; T.R.G.A., Bolzano, 17 ottobre 2022, n. 251, 21 febbraio 2022, n. 52 e 31 gennaio 2011, n. 53, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁴ Sul tema, anche di recente, cfr. T.R.G.A., Bolzano, 24 luglio 2023, n. 258, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si afferma che «l'avvenuto superamento dell'esame di Stato da parte dello studente rappresenta una sopravvenienza ostativa ad una pronuncia di merito sul ricorso, divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, essendo ormai superata la precedente valutazione di non idoneità per l'ammissione alla classe successiva. Nello specifico sebbene lo studente abbia sostenuto l'esame conclusivo della scuola secondaria di secondo grado in forza di un provvedimento giurisdizionale cautelare, che ne ha disposto l'ammissione alla classe -OMISSIS-, il giudizio positivo conseguito assorbe l'esito dello scrutinio impugnato. Infatti, il percorso di studi effettuato dimostra che lo studente ha conseguito i risultati formativi e di apprendimento richiesti e ha acquisito le necessarie competenze scolastiche, come può desumersi anche dalla proficua frequenza dell'ultimo anno di scuola superiore su un programma più ampio di quello svolto nella classe inferiore, recentemente concluso, con conseguente ammissione all'esame di Stato e con superamento dello stesso con un apprezzamento globale positivo dello studente. In applicazione del così detto principio di assorbimento (in virtù del quale il superamento dell'esame, o di promozione a una classe superiore, da parte del candidato ammesso con riserva dal giudice amministrativo in sede cautelare assorbe il giudizio negativo in precedenza espresso - cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 4 maggio 2023, n. 271; TRGA Bolzano, 17 ottobre 2022, n. 251, 21 febbraio 2022, n. 52 e 31 gennaio 2011, n. 53), deve ritenersi venuto meno ogni interesse alla decisione del ricorso. Conclusivamente, essendo intervenuto un fatto nuovo idoneo a ritenere comunque superata la precedente determinazione negativa e inutile una statuizione nel merito circa la legittimità degli atti oggetto del giudizio, il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione. Poiché la nuova valutazione positiva conseguita in esito all'ammissione con riserva dello studente ricorrente alla frequenza della -OMISSIS- classe disposto in sede cautelare (e, dunque, sulla base di una delibazione necessariamente provvisoria e sommaria) e dopo aver frequentato l'anno scolastico 2022/2023 con acquisizione di nuove competenze non comporta di per sé l'illegittimità del primo giudizio, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio, ad eccezione del contributo unificato, che deve restare a carico della parte ricorrente.»

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

Al riguardo, a giudizio di chi scrive, pare doveroso porre in evidenza una recente sentenza del giudice amministrativo³⁰⁵ che ha esaminato il consolidato c.d. principio di assorbimento in relazione alla disciplina dettata dall'attuale normativa di cui al d.lgs. n. 62 del 2017³⁰⁶, in forza della quale l'esito dell'esame di maturità non è più, come in passato, il mero risultato del giudizio espresso a maggioranza dalla commissione d'esame, bensì costituisce il risultato della somma dei punti attribuiti dalla commissione alle prove scritte e al colloquio e dei punti acquisiti per il credito scolastico.

Più precisamente, il giudice amministrativo, in relazione ad una fattispecie in cui lo studente era stato ammesso con riserva all'esame di maturità in forza di provvedimenti cautelari, ha affermato che la questione del c.d. "assorbimento" del giudizio negativo di ammissione all'esame di Stato in ragione dell'esito finale dello stesso deve tener conto delle disposizioni che disciplinano l'odierno svolgimento degli esami di maturità, ritenendo che detto principio possa operare solamente laddove all'esito delle prove d'esame (scritti e orale) lo studente abbia riportato complessivamente una valutazione complessivamente sufficiente, ma non nei casi in cui il raggiungimento del minimo di sessanta centesimi sia stato conseguito solo attraverso l'attribuzione dei crediti scolastici.

Più precisamente, il T.A.R., dopo aver ricordato che la giurisprudenza per la quale «[n]el caso in cui il candidato sia stato ammesso con riserva a sostenere gli esami di maturità a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo, il superamento con esito positivo delle prove di esame comporta il verificarsi dell'effetto preclusivo della decisione sul merito del ricorso avverso il giudizio di non ammissione agli esami espresso

³⁰⁵ Cfr. T.A.R. Umbria, Sez. I, 20 ottobre 2023, n. 577, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁶ Tale disciplina prevedeva che a conclusione dell'esame di maturità venisse formulato, per ciascun candidato, un motivato giudizio sulla base delle risultanze tratte dall'esito dell'esame, dal *curriculum* degli studi e da ogni altro elemento posto a disposizione della commissione e che il giudizio, se positivo, si concludesse con la dichiarazione di maturità espressa a maggioranza e fosse integrato da una valutazione espressa da tutti i componenti la commissione, ciascuno dei quali assegnava un punteggio compreso tra 6 e 10.

dal consiglio di classe, attesa la funzione soddisfacente del giudizio finale espresso dalla commissione di maturità»³⁰⁷ si è affermata sotto la vigenza della disciplina antecedente all'entrata in vigore della legge n. 425 del 1997 - poi abrogata e sostituita dall'attuale normativa di cui al d.lgs. n. 62 del 2017³⁰⁸ -, in cui l'esito dell'esame di maturità era il frutto esclusivo del giudizio espresso a maggioranza dalla commissione di esame, non potendo in allora sommarsi ad un giudizio e ad una votazione insufficienti espressi dalla commissione punteggi o crediti maturati negli ultimi anni del ciclo di studi al fine di raggiungere il punteggio minimo di trentasei sessantesimi, ha evidenziato come l'attuale sistema presenta significativi elementi di differenza rispetto al precedente modello, sia nello svolgimento delle prove che nelle valutazioni che portano alla conclusione della procedura d'esame³⁰⁹, essendo assegnato a ciascun candidato un punteggio finale

³⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 1990, n. 918, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁸ Tale disciplina prevedeva che a conclusione dell'esame di maturità venisse formulato, per ciascun candidato, un motivato giudizio sulla base delle risultanze tratte dall'esito dell'esame, dal *curriculum* degli studi e da ogni altro elemento posto a disposizione della commissione e che il giudizio, se positivo, si concludesse con la dichiarazione di maturità espressa a maggioranza e fosse integrato da una valutazione espressa da tutti i componenti la commissione, ciascuno dei quali assegnava un punteggio compreso tra 6 e 10.

³⁰⁹ È infatti oggi previsto dall'art. 17 del d.lgs. n. 62/2017: a) che l'esame di Stato comprende due prove a carattere nazionale e un colloquio; - che la prima prova, in forma scritta, è volta ad accertare la padronanza della lingua italiana o della diversa lingua nella quale si svolge l'insegnamento, nonché le capacità espressive, logico-linguistiche e critiche del candidato e consiste nella redazione di un elaborato con differenti tipologie testuali in ambito artistico, letterario, filosofico, scientifico, storico, sociale, economico e tecnologico; b) che la seconda prova, in forma scritta, grafica o scritto-grafica, pratica, compositivo/esecutiva musicale e coreutica, ha per oggetto una o più discipline caratterizzanti il corso di studio ed è intesa ad accertare le conoscenze, le abilità e le competenze attese dal profilo educativo culturale e professionale dello studente dello specifico indirizzo; c) che, infine, il colloquio ha la finalità di accertare il conseguimento del profilo culturale, educativo e professionale del candidato, al quale viene proposto di analizzare testi, documenti, esperienze, progetti, problemi per verificare l'acquisizione dei contenuti e dei metodi propri delle singole discipline, la capacità di utilizzare le conoscenze acquisite e di collegarle per argomentare in maniera critica e personale anche utilizzando la lingua straniera. Per ciascuna delle tre prove, la commissione d'esame dispone di un massimo di venti punti (art. 18, co. 2). A conclusione dell'esame di Stato è assegnato a ciascun candidato un punteggio finale complessivo in centesimi, che è il risultato della somma dei punti attribuiti dalla commissione d'esame alle prove scritte e al colloquio e dei punti acquisiti per il credito scolastico per un massimo di quaranta punti (art. 18, co. 1). Il punteggio minimo complessivo per superare l'esame è di sessanta centesimi (art. 18, co. 4, del d.lgs. n. 62/2017).

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

complessivo in centesimi, che è il risultato della somma dei punti attribuiti dalla commissione d'esame alle prove scritte e al colloquio e dei punti acquisiti per il credito scolastico.

Sulla scorta di tale premessa, il giudice amministrativo umbro ha quindi affermato che «la regola di origine giurisprudenziale del c.d. “*assorbimento*” della mancata ammissione all'esame di Stato per effetto del superamento dell'esame stesso, al quale il candidato sia stato ammesso con riserva dal giudice, sconta da sempre un'evidente approssimazione logica, grazie alla quale il giudizio negativo formulato a giugno dal consiglio di classe nei confronti dello studente è ritenuto suscettibile di essere superato dalla favorevole valutazione espressa a luglio dalla commissione d'esame. Tale approssimazione, nei termini in cui è stata concepita dalla giurisprudenza, può reggere soltanto a condizione che la nuova valutazione sia il frutto di un giudizio globale positivo espresso dalla commissione dell'esame di maturità sulla preparazione e sulla maturità del candidato all'esito delle prove d'esame. Tanto premesso, il collegio ritiene che la concreta applicabilità della regola dell'assorbimento non possa non tenere conto dell'attuale configurazione normativa dell'esame di Stato. Come emerge dalle disposizioni citate nel punto che precede, l'esame di Stato, per come attualmente disciplinato, «*comprende due prove a carattere nazionale e un colloquio*». L'effetto di assorbimento della mancata ammissione predicato dalla giurisprudenza sopra ricordata, dunque, non può prescindere dal superamento delle prove di cui si compone l'esame di Stato (tanto è vero che la stessa giurisprudenza ritiene che detto effetto possa prodursi solo in caso di «esito positivo delle prove dell'esame di Stato cui era stato ammesso»), e ciò perché solo detto superamento può ritenersi indicativo di un favorevole «apprezzamento globale del candidato» tale da superare il giudizio negativo espresso dal consiglio di classe in sede di ammissione all'esame di Stato. Ne consegue che, anche volendosi seguire la

giurisprudenza più sopra ricordata, l'assorbimento non potrebbe determinarsi nel caso in cui le prove scritte e il colloquio – che, si ripete, costituiscono le prove d'esame ai sensi del citato art. 17 del d.lgs. n. 62/2017 – non siano state superate dal candidato, rimanendo in tal caso irrilevante la circostanza che, nonostante le insufficienze conseguite nelle medesime prove, lo studente potrebbe comunque arrivare alla votazione minima di sessanta centesimi in forza dei crediti scolastici. ».

In conclusione, dunque, anche l'applicazione del principio in questione necessiterà di un maggior accesso ai fatti ed un maggior approfondimento istruttorio da parte del giudice amministrativo, dovendo quest'ultimo in ogni caso verificare il raggiungimento, da parte dello studente, di una complessiva valutazione sufficiente nelle prove dell'esame di Stato, potendo solo questa essere indicativa di un favorevole «apprezzamento globale del candidato» tale da superare il giudizio negativo espresso dal consiglio di classe in sede di ammissione all'esame stesso.

3. (Segue): l'orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni scolastiche.

L'analisi giurisprudenziale svolta pone in evidenza una sostanziale deferenza del giudice amministrativo rispetto alle valutazioni tecniche compiute del consiglio di classe in sede di scrutinio finale relativamente alla promozione di un alunno ovvero alla sua ammissione agli esami di licenza.

Risulta, infatti, consolidato il principio giurisprudenziale secondo cui gli apprezzamenti sul grado di insufficienza della preparazione raggiunta nelle diverse materie, nonché la compatibilità di questa con le possibilità di recupero dell'alunno, costituiscono espressione di un giudizio di discrezionalità tecnica che spetta al solo consiglio di classe e che, come tale, non è censurabile in sede di legittimità dal giudice amministrativo se non

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

nei ristretti limiti del difetto di motivazione, della carenza d'istruttoria e dell'illogicità manifesta³¹⁰.

Più precisamente, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa «il giudizio di non ammissione di un alunno alla classe superiore si basa esclusivamente sulla constatazione dell'insufficiente preparazione dello studente e dell'incompleta maturazione personale, entrambe necessarie per accedere alla successiva fase di studi. In altre parole, il dato oggettivo del rendimento scolastico e della preparazione dimostrata dallo studente funge da presupposto necessario e sufficiente per la decisione di scrutinio finale: la non ammissione alla classe successiva ha, inoltre, finalità educative e formative, atteso che si sostanzia nell'accertamento del mancato raggiungimento di competenze e abilità proprie della classe di scuola frequentata che consigliano la ripetizione dell'anno scolastico per colmare eventuali lacune di apprendimento. Siffatte valutazioni sono connotate da un'ampia discrezionalità tecnica, che si sostanzia in giudizi analitici formulati in ciascuna materia dai rispettivi docenti, dai quali emerge una globale valutazione del livello di apprendimento e preparazione dell'alunno; tali apprezzamenti sono insindacabili in sede giurisdizionale, con l'ovvia eccezione dell'illogicità e contraddittorietà manifeste.»³¹¹.

³¹⁰ Così T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, Ordinanza n. 5495 del 6 settembre 2023. In via generale, il giudice amministrativo afferma che il proprio sindacato sui provvedimenti adottati dall'Amministrazione scolastica in punto di non ammissione alla classe successiva, di non ammissione all'Esame di Stato, di esito negativo di quest'ultimo e di attribuzione del voto finale all'esito di un ciclo scolastico, incontra i limiti propri del sindacato di legittimità sulla c.d. discrezionalità tecnica della P.A., non rientrando siffatta materia tra quelle sulle quali il giudice amministrativo ha giurisdizione anche in merito; al riguardo, *ex multis*, si veda T.A.R. Liguria, sez. I., n. 764 del 17 agosto 2021, Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 novembre 2014, n. 5785, 14 agosto 2012, n. 4536 e 8 giugno 2011, n. 3446, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³¹¹ Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. IV, 27 settembre 2023, n. 1342, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove, trasponendo nella fattispecie devoluta al G.A. le coordinate anzidette, si legge che «Nel caso di specie, il Consiglio di classe della 4R ha motivato la non ammissione alla classe successiva del ricorrente con ampia ed articolata motivazione - che va esente da ogni vizio macroscopico di illegittimità scrutinabile dal giudice amministrativo nell'ambito dei già segnalati confini del sindacato di legittimità - nella quale ha evidenziato: a) l'esistenza di gravi carenze in matematica fin dal primo quadrimestre

Partendo, quindi, dalla premessa – peraltro quasi sempre espressamente ribadita nelle pronunce esaminate³¹² - che le valutazioni dell'Amministrazione scolastica sono connotate da c.d. discrezionalità tecnica e sono espressione di una valutazione riservata dalla legge agli organi dell'Amministrazione, il cui giudizio riflette specifiche competenze solo da essi possedute, il giudice amministrativo dichiaratamente limita il proprio sindacato sulle stesse, affermando spettargli “solo” «verificare se il

(carenze delle quali la famiglia è venuta a conoscenza con il relativo documento di valutazione della prima frazione dell'anno scolastico e delle quali poteva venire a conoscenza, in ogni caso, mediante la consultazione del registro elettronico), b) l'avvenuta segnalazione di tale grave insufficienza sia nel corso di un colloquio svoltosi nel mese di marzo tra la coordinatrice e il padre del ricorrente sia con l'invio di una lettera nella quale si indicavano “preoccupanti carenze nella preparazione e nel metodo di studio”; c) lo “scarsissimo impegno” dimostrato nel corso di tutto l'anno; d) un impegno non adeguato rispetto alle attività di recupero predisposte dal docente di matematica in corso d'anno e al corso di recupero tenutosi alla fine dell'anno scolastico; e) il mancato superamento della prova di recupero, nella quale ha riportato il voto 3, svolta su contenuti essenziali. La motivazione del giudizio di non ammissione alla classe successiva formulata dal Consiglio di classe attesta, in sostanza, che il ricorrente non solo presenta oggettivamente gravi carenze in matematica, mai recuperate, ma anche che, sia in costanza di anno scolastico che in occasione del corso di recupero, ha dimostrato uno scarso impegno o, comunque, un impegno non adeguato allo scopo, circostanza verosimilmente denotativa del mancato raggiungimento di un certo grado di maturazione personale, la quale, unitamente alla verifica del mancato raggiungimento di un sufficiente livello di preparazione in una materia fondamentale come la matematica, giustifica pienamente la mancata ammissione alla classe successiva (TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 05/08/2021 n. 5456; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 20/09/2021 n. 2831). Vanno del pari disattese le doglianze circa la mancata attivazione nel corso dell'anno scolastico di corsi di recupero o la omessa comunicazione alla famiglia dello scarso rendimento scolastico del ricorrente, all'epoca ancora minorenne: oltre che puntualmente contestate e contrastate in via documentale dalla difesa erariale (...), mette conto di evidenziare che, al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito, con orientamento costante e dal quale non vi è motivo di discostarsi, che la mancata attivazione di attività di recupero o degli oneri di informazione alla famiglia circa l'andamento scolastico non vizia il giudizio di non ammissione alla classe successiva “tenuto conto che [tale giudizio] si basa esclusivamente — senza che ad esso possa riconnettersi alcun intento “*punitivo*” — sulla constatazione oggettiva dell'insufficiente preparazione dello studente e sul grado di maturazione personale dello stesso a fronte dei quali l'ammissione dello studente al successivo ciclo di istruzione superiore potrebbe costituire, anziché un vantaggio, uno svantaggio per l'allievo” (cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 08/09/2022 n. 2340; in termini, v. TAR Lazio, Latina, sez. I, 17/01/2022 n. 10; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15/10/2021, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 06/08/2021 n. 5456; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 07/05/2020; TAR Puglia, Bari, 10/01/2020 n. 22). ».

³¹² Così, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, n. 15206 del 13 ottobre 2023, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «In via preliminare deve ricordarsi come secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, i giudizi in esame costituiscono espressione di ampia discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto per macroscopiche ed evidenti illogicità (Cons. St., sez. I, parere 28.6.2021, n. 1110). ».

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

procedimento, a conclusione del quale tale giudizio è stato formulato, sia conforme al parametro normativo ovvero ai criteri deliberati previamente, e non risulti inficiato da vizi di manifesta illogicità, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Nell'ambito dei giudizi scolastici, il sindacato del giudice di legittimità deve fermarsi alla verifica delle regole procedurali, nei limiti dell'illogicità e della contraddittorietà manifeste, in quanto, diversamente opinando, il giudice indebitamente finirebbe per invadere l'area dell'insindacabile merito valutativo riservata all'organo tecnico, sia esso il consiglio di classe o la Commissione d'esame» (T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, 31 gennaio 2023, n. 722).»³¹³.

Detto altrimenti, secondo il giudice amministrativo il giudizio di non ammissione alla classe superiore, essendo espressione di c.d. discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in relazione a profili di manifesta illogicità, difetto di istruttoria e di travisamento dei fatti, rimanendo invece insindacabili nel merito le valutazioni della capacità di apprendimento e delle competenze acquisite dagli studenti, che sono affidate in via esclusiva al personale docente della scuola, così come l'apprezzamento effettuato sulla base di conoscenze tecnico - scientifiche ed il giudizio di valore che caratterizza l'attività didattica.

Il giudice amministrativo si dichiara, dunque, istituzionalmente sfornito del potere di sindacare le valutazioni tecnico discrezionali relative all'apprendimento dell'alunno, essendo le stesse operate dall'autorità amministrativa sulla base di precise cognizioni tecnico-scientifiche ed in forza di un giudizio qualitativo di valore non utilmente replicabile in sede giudiziaria.³¹⁴

³¹³ Così, di recente, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 13 luglio 2023, n. 4260 e T.A.R. Lombardia, Sez. IV 19 luglio 2023 n. 1908; nello stesso senso vedi anche T.A.R. Milano, Sez. III, 16 luglio 2022 n. 1691; T.A.R. Milano, Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 311, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁴ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 15 marzo 2022, n. 1719, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

In concreto, quindi, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni espresse dal consiglio di classe viene limitato alle sole ipotesi in cui emerge un'irragionevolezza o un'illogicità del provvedimento valutativo, ponendosi peraltro anche in tali casi in capo al ricorrente l'onere di dedurre elementi idonei ad evidenziare la presenza di una evidente illogicità e/o irragionevolezza, tale da inficiare la coerenza della motivazione espressa dal consiglio di classe.³¹⁵

In tale prospettiva di sindacato³¹⁶, tenuto anche conto del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, nella materia *de qua*, la disparità di trattamento non costituisce un vizio invocabile³¹⁷ trattandosi di censura prospettabile solo in presenza di situazioni identiche, che ontologicamente

³¹⁵ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VII, 11 luglio 2023, n. 678, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «Preliminarmente il collegio osserva che i giudizi formulati dalla commissione esaminatrice sono in effetti l'espressione di una discrezionalità tecnica non sindacabile sulla base di opinioni tecniche difformi, a meno che non venga prospettata con precisione e giustificazione probatoria la sussistenza delle note figure dell'illogicità, dell'irrazionalità e del radicale travisamento dei fatti, che non sono tuttavia desumibili dal contenuto dell'appello (così Consiglio di Stato VI n° 2325 dell'8 aprile 2020).»

³¹⁶ Secondo cui «la valutazione espressa dal consiglio di classe in sede di scrutini scolastici costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, non sindacabile dal giudice amministrativo se non per evidenti illogicità: in riferimento agli esiti di detti scrutini, quindi, il sindacato del giudice deve arrestarsi alla verifica del rispetto delle regole procedurali e alla assenza di palesi profili di illogicità, spettando esclusivamente al consiglio di classe giudicare sulla gravità delle lacune degli alunni e sulla loro idoneità a concludere la prosecuzione degli studi (TAR Campania, Napoli, sez. IV, 5 luglio 2021, n. 4615)»; così, da ultimo, T.A.R. Umbria, Sez. I, 20 ottobre 2023, n. 577, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁷ Sull'inapplicabilità del principio di parità di trattamento, si veda da ultimo T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 24 luglio 2023, n. 1955, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «Parimenti infondata è la censura con la quale si deduce una “una disparità di trattamento fra i diversi candidati”, non comprendendosi neppure quale sia (e se sussista) il *tertium comparationis* della doglianza, non essendo stati indicati gli altri “candidati” asseritamente trattati in maniera diversa. Premesso che “la disparità di trattamento non costituisce vizio invocabile a fronte di una questione di interpretazione e corretta applicazione della legge” (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/2020), non è ravvisabile la dedotta disparità di trattamento “sia perché non emerge dal ricorso la predicata identità di situazioni sia in considerazione della fisiologica complessità e peculiarità delle valutazioni compiute in materia dall'Autorità, in relazione alle quali, pur in presenza di elementi di analogia, risulta ordinariamente esclusa l'identità dei casi, così che il richiamo alle diverse decisioni assunte in altri procedimenti non è idoneo di per sé a tradursi, come *tertium comparationis*, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi” (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 09/12/2019, n. 14067/2019; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 238; Consiglio di Stato sez. VI, 05/03/2013 n. 1298).»

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

non possono rinvenirsi nelle fattispecie in esame poiché ogni studente ha una propria peculiare individualità³¹⁸, l'accoglimento del ricorso – invero non frequente - risulta spesso connesso all'accertamento della violazione da parte del consiglio di classe dei criteri o dei parametri di giudizio previsti a livello generale ovvero autoimposti, nei quali, in sostanza, finisce per esaurirsi “a monte” il potere discrezionale della commissione valutatrice, facendo venir meno ogni possibile ulteriore valutazione “a valle” da parte del consiglio di classe.³¹⁹

Del resto, con riferimento alla valutazione operata dal consiglio di classe in sede di scrutinio finale, la regola generale prevista dall'art. 4, comma 5, del D.P.R. n. 122 del 2009, contenente la disciplina della valutazione degli alunni della scuola «secondaria di secondo grado, è quella che «sono ammessi alla classe successiva gli alunni che in sede di scrutinio finale conseguono una votazione di comportamento non inferiore a sei decimi e [...] una votazione non inferiore a sei decimi in ciascuna disciplina o gruppo di discipline valutate con l'attribuzione di un unico voto secondo l'ordinamento vigente... ».

Il successivo sesto comma del medesimo articolo prevede, a sua volta, che nello scrutinio finale il Consiglio di classe possa sospendere il giudizio degli alunni che non hanno conseguito la sufficienza in una o più discipline

³¹⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 236, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si conferma la legittimità di una valutazione finale e negativa del Consiglio scolastico, affermandosi che la stessa, che è «espressione della discrezionalità tecnica prevista dalla legge, risulta del tutto ragionevole, ben inteso che non rilevano in contrario le argomentazioni “relative al prospettato vizio di disparità di trattamento rispetto ad alcuni compagni di classe”, ove si consideri che una censura di tal genere è prospettabile solo in presenza di situazioni identiche (circostanza, quest'ultima, che va di per sé esclusa, in ragione delle peculiari individualità di ciascuno studente)».

³¹⁹ Così è stato annullato dal Giudice amministrativo il verbale finale di scrutinio dell'esame di stato nel quale alla candidata era stato assegnato un voto pari a 100/100 senza l'attribuzione della lode in quanto «Nella specie, la determinazione della commissione appare illogica in quanto la valutazione finale compiuta nei confronti della allieva Sofi non è coerente con il profilo scolastico della candidata sia per quanto riguarda la valutazione del curriculum sia per quanto riguarda la valutazione delle prove d'esame e non è conforme ai criteri contenuti nella ordinanza ministeriale del 2016 né ai criteri predeterminati dalla stessa commissione.»; così T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 14 giugno 2018, n. 359, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

e l'alunno dovrà sostenere, in questo caso, entro la fine dell'anno scolastico o comunque non oltre la data di inizio delle lezioni dell'anno scolastico successivo, una prova di recupero per ciascuna delle materie insufficienti, potendo conseguire la promozione solo se lo stesso consiglio di classe, in sede di integrazione dello scrutinio finale, accerti il recupero di tutte le carenze formative.

Da queste disposizioni si ricava, dunque, la regola generale per cui l'ammissione alla classe successiva dipende unicamente dal livello di preparazione oggettivamente raggiunto dallo studente, sicché il dato del rendimento scolastico e della preparazione dimostrata nelle varie materie oggetto di insegnamento funge da presupposto necessario e sufficiente per la decisione del consiglio di classe in fase di scrutinio finale.

E proprio tenuto conto del fatto che il giudizio di non ammissione di un alunno si basa sull'insufficiente rendimento scolastico e quindi sulla insufficiente preparazione e maturazione per accedere alla successiva fase degli studi per costante insegnamento giurisprudenziale il livello della comunicazione scuola-famiglia intervenuta nel corso del medesimo anno scolastico ovvero la mancata attivazione di specifici interventi atti a favorire il recupero scolastico dello studente non può incidere sulla valutazione di legittimità del giudizio di non ammissione alla classe superiore ovvero agli esami di Stato.³²⁰

Trattasi, questa indicata, di conclusione del resto altresì coerente con il prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudizio di non ammissione alla classe scolastica successiva, sebbene percepibile dall'interessato come un provvedimento afflittivo, non ha affatto carattere sanzionatorio, bensì finalità educative e formative, sostanziandosi nell'accertamento del mancato raggiungimento di competenze ed abilità

³²⁰ Così T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 novembre 2016, n. 2571; in termini, fra le tante, T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 15 ottobre 2021, n. 456; T.A.R. Campania, Sez. IV, 9 novembre 2020, n. 5073; T.A.R. Puglia, Sez. II, 10 gennaio 2020, n. 22; T.A.R. Campania, Sez. IV, 17 dicembre 2019, n. 5987; T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 3 ottobre 2018, n. 283; TRGA Trento, Sez. I, 14 settembre 2018, n. 184; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 26 giugno 2018, n. 1071, reperibili tutte su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

proprie della classe di scuola frequentata che consigliano la ripetizione dell'anno scolastico proprio al fine di consentire di colmare tali lacune di apprendimento nell'interesse specifico dell'alunno.³²¹

A fronte del quadro generale sopra delineato relativo alle scuole secondarie di secondo grado, si rileva invece un atteggiamento differente – ossia più garantista per l'alunno ricorrente - da parte del giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti di non ammissione alle classi successive della scuola secondaria di primo grado.

In particolare, infatti, in tali ipotesi la giurisprudenza amministrativa reputa necessario che la decisione di non ammissione debba essere supportata da una “*motivazione rafforzata*”, talché, in assenza della stessa, il provvedimento dovrà ritenersi illegittimo.

In altre parole, nell'ambito della scuola secondaria di primo grado, non è sufficiente motivare la decisione di non ammissione sulla scorta di una (pretesa) carenza di apprendimento, essendo necessario analizzare complessivamente l'anno scolastico, mediante una valutazione non solo delle concrete capacità dello studente ma anche degli esiti degli interventi di sostegno operati dalla scuola, non essendo la mera constatazione di un livello insufficiente una condizione *ex se* determinante per escludere l'ammissione di uno studente alla classe successiva.

Ancor più chiaramente, a fronte di insufficienze (c.d. carenza di apprendimento) la scuola deve attivare un sostegno aggiuntivo, dimostrando di aver adottato tutte le misure per assicurare l'esito della promozione - che costituisce la regola ordinaria, dove l'eccezione (non ammissione) esige una approfondita istruttoria di carattere globale -, indicando espressamente le ragioni per le quali, nonostante gli sforzi profusi, si sia ritenuto di adottare la decisione “eccezionale” di non ammissione in luogo di quella di ammissione.

³²¹ Cfr., di recente, T.A.R. Veneto, Sez. IV, 21 luglio 2023, n. 1103; v. anche T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 28 marzo 2013, n. 194, reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

In sintesi, occorre considerare l'intero anno scolastico, i progressi di apprendimento, le misure adottate a fronte delle criticità segnalate e la *chance* di miglioramento sempre possibile nel successivo anno scolastico, poiché solo a fronte di un giudizio prognostico di incapacità di recupero sarebbe legittimo concludere per la non ammissione.

Tale impostazione giurisprudenziale risulta del resto coerente con la scelta operata dal legislatore di elevare sostanzialmente a regola la promozione delle alunne e degli alunni della scuola secondaria di primo grado³²², con la conseguenza che la non ammissione alla classe successiva, anche in presenza di un critico andamento scolastico, deve essere assistita da una più pregnante motivazione, non potendo limitarsi a dare conto della parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline in quanto tale circostanza risulterebbe inidonea a fondare la delibera di non ammissione alla classe successiva³²³.

Al riguardo, infatti, il Consiglio di Stato è costante, infatti, nell'affermare che «la non ammissione alla classe successiva nella scuola media inferiore deve essere considerata un'eccezione, dato che anche quando si registri un'insufficiente acquisizione dei livelli di apprendimento

³²² Cfr. l'art. 6, commi 1 e 2, del d.lgs. 13 aprile 2017 n. 62 («1. Le alunne e gli alunni della scuola secondaria di primo grado sono ammessi alla classe successiva e all'esame conclusivo del primo ciclo, salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica 2-OMISSIS-giugno 1998, n. 249 e dal comma 2 del presente articolo. 2. Nel caso di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline, il consiglio di classe può deliberare, con adeguata motivazione, la non ammissione alla classe successiva o all'esame conclusivo del primo ciclo»).

³²³ Così, T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 3 agosto 2023, n. 13042, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove è stato dichiarato illegittimo e conseguentemente annullato il provvedimento di non ammissione alla classe successiva per violazione dell'art. 6, commi 1 e 2, del d.lgs. 13 aprile 2017 n. 62. In particolare, il provvedimento gravato è stato dichiarato illegittimo per carenza di adeguata motivazione, laddove, avuto riguardo a quanto stabilito dal citato art. 6, commi 1 e 2, del d.lgs. 13 aprile 2017 n. 62, come interpretati dalla della circolare applicativa del 10 ottobre 2017, omette di formulare, in maniera espressa e intellegibile, il giudizio prognostico sulla sussistenza o meno di concrete possibilità per il minore di recuperare il *deficit* di apprendimento riscontrato, colmandolo eventualmente nel corso del successivo anno scolastico. A tal proposito il Giudice amministrativo afferma che, nell'ambito di tale giudizio prognostico, che deve fondarsi anche sull'apprezzamento dei progressi registrati nell'anno, rilevano altresì le possibilità di recupero concretamente offerte all'alunno, sia tramite l'attivazione di percorsi specifici, sia tramite la possibilità di verifiche periodiche.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

in una o più discipline la non ammissione non è automatica ma “*può*” essere deliberata con adeguata motivazione. Inoltre, anche per le valutazioni finali oltre che per quelle periodiche il terzo comma dell’articolo 6 prevede che siano attivate specifiche strategie per il miglioramento dei livelli di apprendimento.»³²⁴.

Nello stesso senso, è stato affermato che, la «circolare del Ministero n. 186 – OMISSIS - del 2017 precisa che l’ammissione alle classi successive della scuola secondaria di primo grado è disposta, in via generale, anche nel caso di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento di una o più discipline. La non ammissione è pertanto un’eccezione che si realizza solo all’esito negativo “*dell’esame predittivo e ragionato delle possibilità di recupero in più ampio periodo scolastico*” (cfr. la sentenza, già citata, n. 5917 del 2019). È evidente d’altra parte che tale esame complessivo non possa che essere svolto tenendo conto del livello di apprendimento raggiunto anche nei periodi immediatamente precedenti a quello nel quale si sono registrate le carenze eventualmente da recuperare.»³²⁵.

In ultimo, per completezza, deve segnalarsi come l’ampia disamina giurisprudenziale svolta ha evidenziato, nell’ambito della materia *de qua*, la sussistenza di una ulteriore sottocategoria di contenzioso dove il giudice amministrativo assume una posizione di maggior tutela nei confronti dello studente, richiedendo, anche in questo caso, una “*motivazione rafforzata*” da parte del consiglio di classe in relazione all’eventuale decisione di non ammissione.

Si tratta, in particolare, delle controversie dove i destinatari del provvedimento di non ammissione alla classe successiva ovvero agli esami di licenza sono alunni affetti da difficoltà specifiche di apprendimento, per i quali è stato precisato essere «interesse preminente, non già quello di

³²⁴ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, n. 3906 del 18 giugno 2020 e Sez. VI, n. 5917 del 27 agosto 2019 e Ord. Sez. VI n. 5317 del 23 ottobre 2019, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³²⁵ Cfr. nota 323.

conseguire comunque la promozione alla classe successiva, ma quello di ottenere dal percorso scolastico una adeguata preparazione che permetta di affrontare con profitto gli studi successivi o di inserirsi agevolmente nel mondo del lavoro.»³²⁶.

In tali casi, infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale³²⁷, ai fini della legittimità del giudizio negativo reso sull'alunno, che è il presupposto del provvedimento di non ammissione alla classe successiva, non risulta sufficiente la permanenza di insufficienze, dovendo rinvenirsi nel verbale del consiglio di classe una adeguata motivazione in relazione alla peculiare situazione psicofisica dell'allievo per come evidenziata nel predisposto Piano didattico individualizzato, in cui sono elencati gli interventi personalizzati da effettuarsi, nonché le misure dispensative, aggiuntive e compensative programmate in ragione dei bisogni rilevati in capo all'alunno stesso.

Detto altrimenti, la giurisprudenza amministrativa richiede che la predisposizione di un Piano didattico individualizzato (PDI) comporti di per sé una doverosa ricalibratura del giudizio sull'alunno, da tararsi per l'appunto sul contenuto di detto PDI, ed imponga un onere di motivazione

³²⁶ Per questi alunni, infatti, la legge n. 170 del 2010 non prevede un trattamento differenziato riguardo ai criteri di ammissione alla classe successiva (anche per loro la promozione presuppone il raggiungimento della votazione sufficiente in tutte le materie), ma prevede esclusivamente, all'art. 7, l'obbligo per gli istituti scolastici di erogare una didattica individualizzata e personalizzata, nonché di attuare misure compensative o dispensative aventi la funzione di elidere le condizioni di svantaggio in cui essi si trovano e consentire loro, in sede di prove valutative, di dimostrare il reale livello di apprendimento raggiunto. Per ciascun alunno affetto da affetto da difficoltà specifiche di apprendimento, gli istituti scolastici sono quindi tenuti a predisporre, ai sensi dell'art. 5 del D.M. n. 5669 del 2011 e delle linee guida allegate a tale decreto, un documento (che può assumere la forma di piano didattico personalizzato-PDP) in cui debbono essere indicate le misure compensative e dispensative che si intendono attuare; sul tema vedi Cons. di Stato, Sez. VII, 31 ottobre 2022, n. 9448. Nello stesso senso si veda T.A.R. Lombardia, Sez. III n. 1324 del 30 maggio 2023 e Sez. III, n. 269 del 7 febbraio 2020, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³²⁷ Cfr. T.A.R. Campania, Sez. IV, 10 marzo 2023, n. 1574; T.A.R. Campania, Sez. IV, 6 ottobre 2023, n. 1682; T.A.R. Lazio, Sez. IV bis, 27 luglio 2023, n. 4558; T.A.R. Campania, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 2412, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

rafforzata nel caso in cui, nonostante la predisposizione e la messa in atto di tutti gli interventi in esso previsti, il giudizio permanga negativo.

In tale ipotesi, quindi, il consiglio di classe deve farsi specifico carico, in sede di valutazione, della coerenza del giudizio da rendersi con il Piano didattico individualizzato, verificando se le misure in esso previste siano state tutte predisposte e poste in essere secondo le tempistiche eventualmente indicate e se gli obiettivi in esso fissati siano stati raggiunti.

Non solo. Nella motivazione devono altresì evidenziarsi le ragioni dell'eventuale mancato raggiungimento degli obiettivi ed il giudizio deve tener comunque conto dei progressi acquisiti dall'alunno in relazione ai risultati attesi, oltre che contenere una adeguata prognosi in ordine alle eventuali possibilità di recupero, tenuto conto dell'incidenza dei *deficit* eventualmente riscontrati in singole discipline, ed allo sviluppo globale del discente³²⁸.

Si tratta, dunque, di una motivazione particolarmente “*rafforzata*” a tutela dello studente, necessariamente richiesta dal giudice amministrativo ai fini della legittimità del giudizio di non ammissione e la cui assenza risulta idonea a fondare l'accoglimento del ricorso per essere il provvedimento negativo impugnato inficiato da un dirimente vizio motivazionale.

4. (Segue): le tecniche di controllo e i mezzi istruttori impiegati dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni scolastiche.

Come visto, al di là delle formule utilizzate nelle singole pronunce, il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sulle valutazioni adottate dal

³²⁸ Cfr., di recente, Ordinanza T.A.R. Campania, Sez. IV, 6 ottobre 2023, n. 1682, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

consiglio di classe in sede di scrutinio risulta molto deferente rispetto alle decisioni assunte da detto organo collegiale.

Anzitutto, alla luce della giurisprudenza esaminata, occorre evidenziare come sia del tutto assente un'indagine da parte del giudice sull'effettiva rispondenza della singola votazione all'effettivo grado di conoscenza specificatamente raggiunto.

Conseguentemente, nel contenzioso in esame risultano pressoché totalmente inutilizzati gli strumenti istruttori messi a disposizione dal Codice del Processo amministrativo.

Invero, nelle sentenze analizzate, il giudice, soprattutto nelle ipotesi in cui perviene all'accoglimento del ricorso – nei ristretti limiti della sindacabilità della c.d. discrezionalità tecnica di cui si è cercato dar conto nel precedente paragrafo e che, come anticipato, vengono peraltro pressoché quasi sempre ribaditi nell'*incipit* del ragionamento – per lo più valorizza elementi di tipo fattuale introdotti nel giudizio dalle parti.

In particolare, il giudice amministrativo, proprio sulla scorta della documentazione prodotta dalle parti, si manifesta particolarmente attento alla ricostruzione del percorso scolastico dello studente, al miglioramento o meno del suo comportamento (in termini di condotta), alla sua frequenza (costante o meno) alle lezioni con la finalità di accertare la coerenza e l'esattezza degli elementi di fatto posti dal collegio dei docenti alla base del provvedimento di non ammissione (alla classe successiva ovvero agli esami di licenza).

In definitiva, dunque, può pertanto concludersi che nel settore scolastico il giudice amministrativo assume un atteggiamento molto deferente rispetto alle valutazioni tecniche compiute dal consiglio di classe, risultando le stesse censurabili in sede di legittimità solo nei ristretti limiti del difetto di motivazione, della carenza d'istruttoria e dell'illogicità manifesta, con la conseguenza che il giudizio in questione risulta fermamente ancorato al più tradizionale contenzioso impugnatorio e sostanzialmente deciso sulla scorta della documentazione versata in atti

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

dalle parti, senza l'esperimento di alcun ulteriore autonomo accertamento da parte del giudice.

5. Le valutazioni in ambito universitario: il contenzioso "tipico".

Tra le principali fattispecie oggetto di contenzioso nell'ambito universitario quelle che si caratterizzano maggiormente per un contenuto valutativo di natura tecnica sono le procedure per il conseguimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale a Professore di I e II fascia per la copertura dei posti vacanti.

Essendo trascorsi relativamente pochi anni dalla riforma del sistema di reclutamento del personale docente universitario, realizzata dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240³²⁹, si tratta di un contenzioso relativamente "giovane", ma ciononostante numericamente importante e sostanzialmente significativo ai fini della presente ricerca, avendo in questo settore il giudice amministrativo dimostrato di esercitare poteri di intervento di rilevante contenuto (o, quanto meno, molto più significativi che in altri settori).

Tanto premesso, prima di passare all'esame dei caratteri del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni in esame, si reputa opportuno un breve riepilogo della normativa applicabile, anche al fine di individuare gli spazi di c.d. discrezionalità tecnica che la stessa riserva alle commissioni valutatrici.

³²⁹ «Norme in materia di organizzazione delle università, do personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario». Per una analisi critica della giurisprudenza sull'abilitazione scientifica nazionale, si v. A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2015, 605, ss; e A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 348 ss.

Anzitutto, la disciplina regolante la materia *de qua*, attuativa dell'art. 16 della legge n. 240 del 2010³³⁰, è oggi prevista dal regolamento di cui al D.P.R. 4 aprile 2016³³¹ e dal D.M. Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (MIUR) 7 giugno 2016, n. 120³³² di sua attuazione, che hanno sostituito l'originaria disciplina – pur nella sostanza pressoché invariata – dettata dal D.P.R. n. 222 del 2011 e dal D.M. Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (MIUR) n. 76 del 2012.

L'art. 3³³³ del D.M. MIUR n. 120 del 2016 prevede, che, nelle procedure di abilitazione per l'accesso alle funzioni di professore di prima e di seconda fascia, la commissione formuli un motivato giudizio di merito sulla qualificazione scientifica del candidato, che deve basarsi sulla valutazione delle pubblicazioni e dei titoli presentati, attenendosi al principio in base al quale l'abilitazione viene attribuita esclusivamente ai candidati che hanno ottenuto risultati scientifici significativi riconosciuti come tali dalla comunità scientifica di riferimento.

La valutazione delle pubblicazioni scientifiche e dei titoli è volta ad accertare, per le funzioni di professore di prima fascia, la piena maturità scientifica del candidato – che deve essere attestata dall'importanza delle

³³⁰ L'art. 16 della legge n. 240 del 2010 ha istituito la «abilitazione scientifica nazionale», al fine di attestare «la qualificazione scientifica che costituisce requisito necessario per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori» (comma 1). Stando al richiamato dettato normativo, l'abilitazione è riconosciuta da una commissione nazionale, chiamata ad esprimere un «motivato giudizio fondato sulla valutazione dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche, previa sintetica descrizione del contributo individuale alle attività di ricerca e sviluppo svolte, ed espresso sulla base di criteri e parametri differenziati per funzioni e per settore concorsuale, definiti con decreto del Ministro, sentiti il CUN e l'ANVUR» (comma 3).

³³¹ «Regolamento concernente il conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso al ruolo dei professori universitari, a norma dell'articolo 16 della legge 30 dicembre 2010, n. 240».

³³² «Regolamento recante criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fine dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonché le modalità di accertamento della qualificazione dei commissari, ai sensi dell'articolo 16, comma tre, lettere a), b) e c) della L. 30 dicembre 2010, n. 240, e degli articoli 4 e 6, commi 4 e 5, del D.P.R. 14 settembre 2011, n. 222».

³³³ Rubricato «Valutazione della qualificazione scientifica per l'abilitazione alle funzioni di professore di prima e di seconda fascia.»

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

tematiche scientifiche affrontate e dal raggiungimento di risultati di rilevante qualità e originalità, tali da conferire una posizione riconosciuta nel panorama anche internazionale della ricerca -, mentre, per le funzioni di professore di seconda fascia, la mera maturità scientifica del candidato, intesa come il riconoscimento di un positivo livello della qualità e originalità dei risultati raggiunti nelle ricerche affrontate e tale da conferire una posizione riconosciuta nel panorama almeno nazionale della ricerca.³³⁴

I successivi articoli indicano, poi, in dettaglio, i criteri per la valutazione delle pubblicazioni scientifiche (art. 4)³³⁵ ed i criteri ed i parametri per la valutazione dei titoli (art. 5).

In particolare, tale ultima disposizione implica l'espletamento di due sostanziali incumbenti da parte della commissione: a) l'accertamento dell'impatto della produzione scientifica del candidato svolta utilizzando obbligatoriamente i parametri e gli indicatori relativi al titolo di cui al n. 1 dell'Allegato A³³⁶; b) l'accertamento del possesso di almeno tre titoli tra

³³⁴ Cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 7 novembre 2023, n. 16499, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «Il secondo comma della disposizione richiamata, pertanto, prevede una diversificazione per le valutazioni, sia dei titoli che delle pubblicazioni, riferibili alla prima ed alla seconda fascia di docenza. La disposizione, in particolare, fissa i criteri per l'accertamento della “piena maturità scientifica” (per la prima fascia), la quale deve essere attestata dalla “importanza delle tematiche scientifiche affrontate e dal raggiungimento di risultati di rilevante qualità e originalità, tali da conferire una posizione riconosciuta nel panorama anche internazionale della ricerca”, e quelli per l'accertamento della “maturità scientifica” (per la seconda fascia), la quale è data dal “riconoscimento di un positivo livello della qualità e originalità dei risultati raggiunti nelle ricerche affrontate e tale da conferire una posizione riconosciuta nel panorama almeno nazionale della ricerca.”»

³³⁵ Tali criteri sono: «a) la coerenza con le tematiche del settore concorsuale o con tematiche interdisciplinari ad esso pertinenti; b) l'apporto individuale nei lavori in collaborazione; c) la qualità della produzione scientifica, valutata all'interno del panorama nazionale e internazionale della ricerca, sulla base dell'originalità, del rigore metodologico e del carattere innovativo; d) la collocazione editoriale dei prodotti scientifici presso editori, collane o riviste di rilievo nazionale o internazionale che utilizzino procedure trasparenti di valutazione della qualità del prodotto da pubblicare; e) il numero e il tipo delle pubblicazioni presentate nonché la continuità della produzione scientifica sotto il profilo temporale; f) la rilevanza delle pubblicazioni all'interno del settore concorsuale, tenuto conto delle specifiche caratteristiche dello stesso e dei settori scientifico-disciplinari ricompresi.»

³³⁶ L'Allegato A rinvia «per i candidati nei settori bibliometrici secondo quanto indicato nell'Allegato C; per i candidati nei settori non bibliometrici secondo quanto indicato

quelli scelti dalla commissione nella seduta di insediamento (individuati tra quelli di cui dal n. 2 al n. 11 all'allegato A³³⁷), in ordine ai quali la commissione deve altresì definire i relativi criteri di valutazione.

Ad esito di siffatta valutazione, la commissione, ai sensi del successivo art. 6, attribuisce l'abilitazione esclusivamente ai candidati che:

a) ottengano un giudizio positivo in ordine all'impatto della propria produzione scientifica; b) siano in possesso di almeno tre titoli tra quelli scelti dalla commissione; c) infine, presentino pubblicazioni giudicate complessivamente di qualità «*elevata*»³³⁸.

nell'Allegato D; per i commissari secondo quanto indicato nell'Allegato E». A titolo esemplificativo, l'allegato C prevede, al comma 2, che «Gli indicatori bibliometrici da utilizzare nelle procedure di abilitazione a professore di prima e seconda fascia sono i seguenti: a) il numero complessivo di articoli riportati nella domanda e pubblicati su riviste scientifiche contenute nelle banche dati internazionali «Scopus» e «Web of Science», rispettivamente nei dieci anni (prima fascia) e cinque (seconda fascia) precedenti; b) il numero di citazioni ricevute dalla produzione scientifica contenuta nella domanda, pubblicata e rilevata dalle banche dati internazionali «Scopus» e «Web of Science», rispettivamente nei quindici anni (prima fascia) e dieci anni (seconda fascia) precedenti; c) l'indice h di Hirsch, calcolato sulla base delle citazioni rilevate dalle banche dati internazionali «Scopus» e «Web of Science» con riferimento alle pubblicazioni contenute nella domanda e pubblicate, rispettivamente, nei quindici anni (prima fascia) e dieci anni (seconda fascia) precedenti.»

³³⁷Tali criteri sono: «2. organizzazione o partecipazione come relatore a convegni di carattere scientifico in Italia o all'estero; 3. direzione o partecipazione alle attività di un gruppo di ricerca caratterizzato da collaborazioni a livello nazionale o internazionale; 4. responsabilità di studi e ricerche scientifiche affidati da qualificate istituzioni pubbliche o private; 5. responsabilità scientifica per progetti di ricerca internazionali e nazionali, ammessi al finanziamento sulla base di bandi competitivi che prevedano la revisione tra pari; 6. direzione o partecipazione a comitati editoriali di riviste, collane editoriali, enciclopedie e trattati di riconosciuto prestigio; 7. partecipazione al collegio dei docenti, ovvero attribuzione di incarichi di insegnamento, nell'ambito di dottorati di ricerca accreditati dal Ministero; 8. formale attribuzione di incarichi di insegnamento o di ricerca (*fellowship*) presso qualificati atenei e istituti di ricerca esteri o sovranazionali; 9. conseguimento di premi e riconoscimenti per l'attività scientifica, inclusa l'affiliazione ad accademie di riconosciuto prestigio nel settore; 10. risultati ottenuti nel trasferimento tecnologico in termini di partecipazione alla creazione di nuove imprese (spin off), sviluppo, impiego e commercializzazione di brevetti; 11. specifiche esperienze professionali caratterizzate da attività di ricerca del candidato e attinenti al settore concorsuale per cui è presentata la domanda per l'abilitazione.».

³³⁸ Secondo la definizione di cui all'Allegato B, si intende per pubblicazione di qualità elevata «una pubblicazione che, per il livello di originalità e rigore metodologico e per il contributo che fornisce al progresso della ricerca, abbia conseguito o è presumibile che consegua un impatto significativo nella comunità scientifica di riferimento a livello anche internazionale».

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

In estrema sintesi, il candidato, per conseguire l'abilitazione, deve ottenere dalla commissione un giudizio positivo sia da un punto di vista "quantitativo" – e siffatto giudizio deriva dalla valutazione dell'impatto della propria produzione scientifica sulla comunità di riferimento e sostanzialmente si fonda su dati numerici oggettivi (v. art. 6, comma 1, lett. a)) -, sia dal punto di vista "qualitativo", in applicazione dei cinque criteri indicati dal sopra citato art. 4 del D.M. n. 120 del 2016.

Si tratta, invero, di due giudizi complementari: il primo è di carattere pressoché oggettivo, mentre il secondo, relativo alla qualità e originalità delle ricerche compiute dal candidato, é di carattere marcatamente discrezionale, benché siano stati previsti dal legislatore criteri e parametri cui la commissione deve attenersi nel valutare i titoli e le pubblicazioni prodotte.

Conclusivamente, il dato più rilevante – ai fini della presente ricerca - che emerge dalla disamina della sopra indicata disciplina di settore è che il legislatore del 2016 – pur riprendendo nella sostanza la precedente disciplina del 2012 - ha chiaramente perseguito l'obiettivo di ridurre la discrezionalità delle commissioni valutatrici attraverso sia la predeterminazione di plurimi parametri da utilizzare nella valutazione quantitativa della produzione scientifica del candidato, sia l'enfatizzazione del ruolo degli stessi, essendogli stata attribuita una determinante funzione selettiva poiché il superamento del giudizio quantitativo costituisce la condizione necessaria, seppur non sufficiente, per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale.³³⁹

³³⁹ Tale finalità è stata evidenziata anche da Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8471, in www.giustizia-amministrativa.it.

6. (Segue): *l'orientamento del Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito universitario.*

Le caratteristiche sopra indicate della procedura di abilitazione e la circostanza che la valutazione del candidato sia (sempre più) ancorata a parametri oggettivi previsti dal legislatore – che, come visto, nel 2016 ha valorizzato precisi criteri di giudizio ed indici oggettivi di stima della qualità delle singole pubblicazioni - ha senza dubbio consentito al giudice amministrativo di esercitare un sindacato più penetrante sull'esito delle procedure stesse, svolgendo un attento scrutinio in ordine ai presupposti di fatto del provvedimento impugnato.

Ciononostante, proprio alla luce della sopra indicata disciplina, la stessa giurisprudenza riconosce che il solo superamento della valutazione “*quantitativa*” non è sufficiente per ottenere l'abilitazione scientifica nazionale, essendo altresì necessaria una positiva valutazione, da parte della commissione, in merito alla qualità delle pubblicazioni.

Valutazione, questa, intuitivamente caratterizzata – invece - da un ampio grado di opinabilità, attingendo la stessa a *standard* valutativi appartenenti a scienze *extra* giuridiche che, per loro natura, rifuggono da parametri oggettivabili, calcolabili e misurabili.

Tanto premesso, sulla base del presupposto che la disciplina di riferimento intende attribuire esclusivamente alla commissione, in ragione delle specifiche competenze possedute dai suoi membri, le valutazioni di merito in ordine alla produzione scientifica del candidato, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che il giudizio così espresso costituisce espressione di massima c.d. discrezionalità tecnica, essendo lo stesso teso a verificare ed a misurare il livello di maturità scientifica raggiunto dai singoli candidati³⁴⁰.

³⁴⁰ Così, da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. III bis, 7 novembre 2023, n. 16499, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «il giudizio di un organo di valutazione come quello in esame, che mira a verificare l'idoneità a partecipare al concorso per divenire docente di prima o di seconda fascia universitaria, in quanto inteso a verificare e a misurare

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

Da ciò ne deriva che il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle valutazioni della commissione deve circoscriversi alla verifica in ordine alla (in)sussistenza di evidenti profili di difetto di istruttoria o di motivazione, ovvero di eccesso di potere sotto le figure sintomatiche del palese illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti³⁴¹.

Senonché proprio l'illustrata duplice natura delle valutazioni universitarie influenza il sindacato concretamente esercitato dal giudice amministrativo, il quale, pur muovendo dai suddetti principi – che comportano (*rectius* comporrebbero) uno scrutinio sostanzialmente limitato –, mostra, ciononostante, una propensione a valorizzare la pienezza del proprio scrutinio sugli elementi oggettivi della fattispecie controversa per assicurare effettività ed incidenza sostanziale al proprio sindacato con riferimento alla congruità e coerenza della motivazione del provvedimento gravato.

In tale prospettiva, evidentemente tesa a bilanciare il rispetto della sfera discrezionale – strettamente connessa e funzionale al principio di autonomia universitaria protetto anche dalla Carta Costituzionale³⁴² – e l'effettività della tutela, il giudice amministrativo nega l'ammissibilità sia delle censure volte a contestare la congruità del tempo dedicato dalla commissione alla valutazione degli elaborati presentati dagli aspiranti professori, sia delle doglianze con cui si paventa una disparità di trattamento tra i diversi candidati.

Al contrario, invece, il giudice amministrativo ammette il proprio scrutinio in ordine alla scelta, intuitivamente molto discrezionale, dei criteri e parametri di giudizio adottati dalla commissione laddove questa scelga di

il livello di maturità scientifica raggiunto dai singoli candidati, costituisce espressione della discrezionalità tecnica riservata dalla legge a tale organo collegiale le cui valutazioni, riflettendo specifiche competenze solo da esso possedute, non possono essere sindacate nel merito dal giudice della legittimità.».

³⁴¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. IV, 27 febbraio 2023, n. 3268, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴² Si rinvia *infra* alla nota 343.

discostarsi parzialmente dai criteri predeterminati per legge, individuandone, a suo motivato giudizio, di più idonei rispetto alla valutazione di specie.

Al riguardo, la giurisprudenza è costante nell'affermare che, pur essendo consentito alla commissione discostarsi dai criteri predeterminati dalla legge, essa non può tuttavia scegliere criteri non coerenti con il modello normativo di riferimento e, in quanto tali, idonei ad alterare il metro di giudizio complessivo, atteso che la formulazione di un adeguato giudizio di maturità scientifica dell'aspirante professore è resa possibile proprio dalla unitarietà del complesso organico dei criteri normativi, che non deve quindi venir meno in ragione delle modifiche effettuate dalla Commissione.³⁴³

In tale prospettiva, il giudice amministrativo ha posto particolare attenzione alla corrispondenza e coerenza (o meno) dei criteri prescelti dalla commissione rispetto al livello qualitativo richiesto per la tipologia abilitativa considerata, censurando l'utilizzo di un metro di valutazione fondato sulla piena maturità scientifica del candidato in relazione alle procedure per l'abilitazione a professore di seconda fascia, per il quale è richiesta esclusivamente la maturità scientifica del candidato.³⁴⁴

7. (Segue): le tecniche di controllo impiegate dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni in ambito universitario.

Come anticipato nel paragrafo che precede, la ricerca svolta mette in evidenza il tentativo del giudice amministrativo di trovare un difficile punto di equilibrio tra la discrezionalità valutativa attribuita dalla legge alla commissione – derivante, *in primis*, dal principio dell'autonomia

³⁴³ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 24 aprile 2017, nn. 1949, 1950, 1951, reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴⁴ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6332, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

universitaria sancito anche a livello costituzionale³⁴⁵ – e l’effettività della tutela del ricorrente mediante l’esercizio di un penetrante scrutinio sia sulla veridicità della situazione di fatto presupposta al provvedimento gravato, sia – ancor più – sulla corretta considerazione, in sede di valutazione, degli elementi oggettivi propri della fattispecie controversa.

Più precisamente, infatti, la maggior parte delle pronunce esaminate che concludono nel senso dell’accoglimento del ricorso proposto

³⁴⁵ Si reputa doveroso ricordare le parole immesse dai padri costituenti nell’art. 33 Cost., il quale sancisce che «L’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull’istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. E’ prescritto un esame di Stato per l’ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l’abilitazione all’esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato». Il perno centrale del principio autonomistico delle università può dunque essere individuato all’art. 33 della Costituzione che, al primo comma, recita «L’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento», nonché, al sesto comma, che proclama che le università hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi, nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato. Il principio autonomistico nell’università, che viene proclamato con la Costituzione, è peraltro un percorso molto lungo da attuarsi, dovendosi attendere la legge 9 maggio 1989, n. 168, alla quale viene indubbiamente attribuito il merito del riconoscimento dell’autonomia universitaria sancita dal dettato costituzionale. Difatti, l’art. 6 della di tale legge, rubricato «Autonomia delle università», dispone che «Le università sono dotate di personalità giuridica e, in attuazione dell’articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile; esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti.». Da tale dettato normativa si individuano, pertanto, le seguenti autonomie: didattica, scientifica, organizzativa, normativa, finanziaria e contabile. Infine, molto significativa è stata anche la legge del 30 dicembre 2010, n. 240, la quale ha avuto lo scopo di incrementare l’autonomia universitaria, anche dal punto di vista dei propri organi di governo e delle strutture, al fine di incentivare il merito, la valorizzazione, le responsabilità, l’efficienza e la qualità del sistema universitario. A proposito del “diritto di darsi ordinamenti autonomi, sia pure nei limiti delle leggi dello Stato”, v. S. CASSESE, *L’autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it.*, 1993, V, p. 84 ss.; A. PIZZORUSSO, *La libertà di insegnamento*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Milano, 1967, pp. 406 ss.; S. CASSESE, *Commento all’art. 33 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 29-34. Rapporti etico-sociali*, Roma-Bologna, 1976, pp. 210 ss.; AA.VV., *L’autonomia universitaria, Atti del convegno dell’Associazione Italiana dei costituzionalisti* (Bologna, 25-26 novembre 1988), Padova, 1990, e A. BARETTONI ARLERI, F. MATARAZZO, voce *Università*, in *Enc. Dir.* 1992, XLV, pag. 826; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L’autonomia universitaria nella costituzione*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 229.

dall'aspirante professore dichiarato non abilitato pervengono a siffatta motivazione in ragione dell'insufficienza e/o incoerenza della motivazione resa dalla Commissione nel provvedimento negativo gravato.

Assai frequentemente, infatti, il ricorrente assume di essere stato dichiarato non abilitato alle funzioni di professore universitario di prima o seconda fascia prospettando che siffatta conclusione sia stata assunta dalla commissione con una motivazione carente ovvero incoerente con i criteri di valutazione da applicare, ovvero ancora sulla scorta di una valutazione limitata e non comprensiva del doveroso esame dei propri titoli in applicazione dei criteri previsti dalla normativa primaria.

Ancor più in particolare, una fattispecie che ricorre di sovente è quella in cui il candidato, dopo aver ottenuto un giudizio quantitativo positivo, venga ciononostante dichiarato non abilitato a seguito della formulazione di un giudizio negativo da parte della Commissione in ordine alla qualità della propria produzione scientifica; in tal caso, l'aspirante professore ricorre avverso la determinazione negativa assunta dalla commissione, assumendo che quest'ultima non abbia fornito argomentazioni idonee a superare l'esito positivo da questo raggiunto in relazione al (primo) giudizio oggettivo, basato su parametri quantitativi.

Secondo la costante giurisprudenza amministrativa³⁴⁶, infatti, dalla pertinente normativa di riferimento (segnatamente dagli artt. 3 e 4 del D.M. n. 120 del 2016) emerge che il procedimento abilitativo implica la formulazione di un giudizio complesso, sostanzialmente scomponibile in tre diversi momenti logici della valutazione del lavoro scientifico: a) il primo teso ad accertare il raggiungimento di alcune mediane e/o valori soglia (giudizio quantitativo statistico); b) il secondo a valutare analiticamente la produzione scientifica anche sulla base del metodo del cd. *impact factor* (giudizio qualitativo analitico ed obiettivo); c) il terzo a fornire una

³⁴⁶ Cfr., di recente, Consiglio di Stato, Sez. VII, 10 luglio 2023, n. 6751; Consiglio di Stato, Sez. VII, 6 giugno n. 2023, n. 5518, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

valutazione sintetica e finale sulla maturità scientifica (giudizio qualitativo finale).

In questo quadro, come già anticipato, il superamento degli indicatori quantitativi e bibliometrici non assume di per sé valore decisivo al fine di formulare un giudizio positivo sulla maturità scientifica, dovendo la commissione, sul piano sintetico qualitativo e finale, valutare la maturità scientifica del candidato con un giudizio che può anche motivatamente superare l'esito positivo dei precedenti giudizi analitici.³⁴⁷

Il superamento delle soglie ha, difatti, la funzione di verificare che, sotto il profilo meramente quantitativo, il candidato abbia i requisiti minimi che gli consentano di accedere alla valutazione da parte della Commissione, ma nulla dice in merito alla qualità intrinseca di quelle pubblicazioni (se non su aspetti, oggettivi, come la sede della pubblicazione).

Ed allora, in tale quadro, ai fini del rilascio (o meno) dell'abilitazione assume carattere decisivo la valutazione analitica della produzione scientifica del candidato (giudizio qualitativo analitico ed obiettivo) e, in ultimo, la valutazione sintetica e finale sulla maturità scientifica del candidato stesso (giudizio qualitativo finale), su cui, in effetti, il sindacato del giudice amministrativo finisce sostanzialmente per incentrarsi.

Se è ben vero, infatti, come visto, che la valutazione qualitativa del candidato può anche superare il primo giudizio (oggettivo) reso dalla commissione, quest'ultima, in tal caso, deve indicare in maniera analitica e rigorosa i motivi per i quali l'interessato, pur in presenza di una produzione

³⁴⁷ Detto altrimenti, secondo la costante giurisprudenza amministrativa il superamento dei valori soglia è un dato numerico che fornisce un'indicazione in ordine alla consistenza della produzione scientifica ed alla sua rilevanza, ma il suo valore non può essere enfatizzato alla stregua di unico elemento certo ed indubitabile della valutazione. Del resto, come evidenziato dalla stessa giurisprudenza, qualora la commissione dovesse limitarsi a verificare il superamento delle soglie, ne conseguirebbe che tutti coloro che superano dette soglie dovrebbero aver diritto all'abilitazione scientifica nazionale e la stessa potrebbe diventare effetto di un procedimento meccanizzato, evenienza – questa – evidentemente esclusa dalla normativa vigente. Sul punto, di recente, v. T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 7 settembre 2023, n. 13654; T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 6 luglio 2023, n. 11334, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

scientificamente valutata dalla comunità scientifica di riferimento come oggettivamente buona, non possa conseguire l'abilitazione a professore.³⁴⁸

Ed è proprio in questo segmento valutativo che lo scrutinio del giudice diviene molto penetrante ed incisivo, andando a verificare la sufficienza e la coerenza della motivazione resa al riguardo dalla commissione valutatrice, che deve risultare particolarmente rafforzata.³⁴⁹

In ogni caso, anche prescindendo da tale specifica fattispecie, l'analisi condotta ha evidenziato come, in via generale, l'insufficienza e l'incoerenza della motivazione resa dalla commissione venga spesso censurata dal giudice amministrativo in ragione dell'omessa valutazione di elementi fattuali propri del caso controverso, come la partecipazione del candidato a convegni, programmi di studio o di ricerca di attestata rilevanza accademica, ovvero ancora il possesso di specifici titoli professionali³⁵⁰, ovvero ad esito di un confronto del contenuto motivazionale del provvedimento impugnato con le singole valutazioni espresse dai commissari.

Su quest'ultimo tema la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che se il giudizio negativo collegialmente espresso si rivela

³⁴⁸ In particolare, è stato precisato che la commissione deve motivare analiticamente (in modo rafforzato, proprio per il constatato superamento delle tre “*mediane*”) la valutazione del candidato, che già di per sé deve essere stata condotta in modo analitico; in tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2017 n. 4596; 19 gennaio 2017 n. 226 e 26 maggio 2015 n. 2665, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴⁹ Cfr. di recente, T.A.R. Lazio, Sez. IV, 27 aprile 2022, n. 5097, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it. Secondo il consolidato orientamento del Consiglio di Stato (*ex multis*, Sez. VI, 15 novembre 2021, n. 7592), invero formatosi sulla disciplina previgente del 2012 ma ciononostante da ritenersi applicabile anche alla normativa del 2016 stante l'identità di *ratio* sottesa ad ambedue le discipline, a fronte del superamento di tre “*mediane*” (oggi valori soglia), la Commissione deve indicare in maniera analitica e rigorosa i motivi per i quali l'interessato non può conseguire l'abilitazione a professore. In altri termini, laddove un candidato all'A.S.N. abbia maturato, tra quelli legalmente prestabiliti e preordinati ad una tendenziale oggettivazione dei parametri di valutazione degli aspiranti, indici più che soddisfacenti, allora i giudizi – individuali dei Commissari e collegiale della Commissione – devono essere particolarmente rigorosi, intimamente coerenti, analitici e diffusi nella motivazione onde la commissione stessa possa pervenire ad una valutazione di segno contrario (ai fini dell'A.S.N.) rispetto a quello che si ricaverebbe dall'analisi degli stessi indici.

³⁵⁰ Sul punto cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1662.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

coerente con le valutazioni individualmente rassegnate - dove sono state indicate, in sintesi, le criticità rilevate -, deve concludersi che la commissione, nell'ambito dell'apprezzamento discrezionale che le spetta, abbia correttamente valutato in merito alla qualità delle pubblicazioni sulla base di quanto previsto dall'art. 4 del D.M. 120 del 2016 (che statuisce una serie di criteri autonomi di valutazione delle pubblicazioni che devono essere tutti soddisfatti affinché la commissione possa giustificare la formulazione di un giudizio positivo, non essendo possibile alcuna forma di compensazione tra i suddetti criteri), da ciò conseguentemente derivandone la legittimità del provvedimento di diniego all'abilitazione.³⁵¹

Al contrario, la motivazione del diniego è ritenuta insufficiente – e conseguentemente il provvedimento impugnato illegittimo – in caso di contrasto tra i giudizi individuali dei commissari, laddove la commissione ometta «un adeguato grado di sintesi nel giudizio finale collegiale di non idoneità.». ³⁵²

Similmente, anche il difetto, in capo ad un singolo commissario, di competenza per la valutazione delle pubblicazioni del candidato, comporta l'illegittimità del diniego all'abilitazione.

³⁵¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. IV, 2 novembre 2022, n. 14327; v. di recente T.A.R. Lazio Sez. III *bis*, n. 16499 del 7 novembre 2023, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove il ricorso, fondato su una pretesa «motivazione (del provvedimento che ha negato l'abilitazione) assolutamente carente, illegittima e incoerente con i criteri di valutazione da applicare, nonché con valutazione limitata e non comprensiva del doveroso esame dei suoi titoli in applicazione dei criteri previsti dalla normativa primaria» è stato respinto in quanto «Il giudizio collegiale è del resto pienamente coerente con i giudizi analitici espressi da tre commissari su cinque circa il non possesso della maturità scientifica necessaria ai fini della abilitazione scientifica nazionale per la seconda fascia. In particolare, il giudizio complessivo nonché i tre giudizi individuali negativi si incentrano sulla mancanza di originalità delle monografie presentate dall'odierno ricorrente ed appaiono sufficientemente espliciti.».

³⁵² Sull'onere della Commissione di esaminare in maniera attenta e completa i giudizi dei singoli commissari, risultando il luogo di sintesi degli stessi, si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 agosto 2017, n. 3938, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Al riguardo, pare interessante una recente pronuncia del T.A.R. Lazio³⁵³, la quale ha affrontato la questione, obiettivamente particolare, della competenza della commissione giudicatrice a valutare una produzione scientifica in lingua straniera presentata dal candidato.

Il giudice amministrativo, nel caso chiamato a sindacare l'adeguatezza o meno della motivazione resa dalla Commissione in ordine all'insufficienza della qualità della produzione scientifica in lingua straniera del candidato, ha affermato che l'eliminazione dell'obbligo della traduzione delle pubblicazioni, originariamente previsto dall'art. 2, comma 4, lett. b) del D.M. n. 553 del 2021, richiede quale suo necessario contraltare, a garanzia di una completa valutazione della produzione scientifica del candidato, la necessità che tutti i componenti della Commissione debbano avere una conoscenza della lingua straniera tale da consentire un'agevole comprensione della produzione scientifica in lingua del candidato, atteso che «la collegialità del giudizio, difatti, postula un attento e completo esame di tutta la produzione scientifica del candidato da parte di ogni singolo commissario, non essendo viceversa consentita tra gli stessi una “suddivisione” delle opere da leggere».

Da tale affermazione ne deriva, quindi, che l'assenza di competenza anche solo in capo ad un commissario della conoscenza della lingua straniera necessaria alla valutazione della produzione scientifica dell'aspirante all'abilitazione scientifica nazionale comporta l'incoerenza

³⁵³ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. IV, n. 15925 del 26 ottobre 2023, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it. Nella fattispecie *de qua*, il Giudice amministrativo, alla luce dell'esame dei CV dei Commissari, da cui si evinceva che almeno due degli stessi non avevano competenza relativamente alla lingua straniera in questione, ha concluso nel senso della sussistenza dei vizi di difetto di motivazione e di istruttoria dedotti dal ricorrente. Inoltre, il G.A., in vista dell'effettiva soddisfazione dell'interesse del ricorrente alla ripetizione della valutazione, da parte di una diversa Commissione, composta da professori di comprovata conoscenza della lingua tedesca, ha affermato che «All'accoglimento del ricorso accede, nel quadro dei vincoli conformativi parimenti promananti dal dictum giudiziale, l'obbligo, in capo alla soccombente Amministrazione, di rinnovare il già espresso giudizio abilitativo nei confronti dell'odierno ricorrente, a mezzo di organo avente composizione diversa e comprovate competenze in lingua tedesca. Al rinnovato esame del candidato l'Amministrazione dovrà provvedere nel termine di 90 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.».

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

della motivazione finale resa a fondamento del provvedimento di diniego gravato e la conseguente illegittimità dello stesso.

D'altra parte, il penetrante scrutinio del giudice amministrativo in ordine all'adeguatezza della motivazione posta a fondamento del diniego impugnato finisce per concentrarsi, di frequente, anche sull'analisi dell'intrinseca coerenza della stessa.

In particolare, la giurisprudenza, pur costantemente affermando che «la motivazione in ordine alla valutazione delle pubblicazioni non può risolversi in un'apodittica affermazione di congruità e sufficienza, senza che si provveda a dar conto delle ragioni in base alle quali si è pervenuti a tale conclusione in sede di valutazione»³⁵⁴, non ritiene comunque necessaria una valutazione analitica delle singole pubblicazioni effettuata nel giudizio collegiale, reputando sufficiente che sia «evidente il percorso motivazionale seguito dalla Commissione, potendo in tal senso soccorrere anche i giudizi individuali dei Commissari prodromici alla redazione del giudizio conclusivo, laddove questi siano formulati in modo da riuscire ad adempiere a tale funzione.»³⁵⁵

Infine, sempre nella indicata prospettiva di bilanciamento tra il principio di autonomia universitaria e della discrezionalità valutativa in cui la stessa si concretizza, da un lato, e quello dell'effettività della tutela dall'altro, secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa nella valutazione dei titoli e delle pubblicazioni non occorre la valutazione di ogni singolo titolo o pubblicazione, ma solo di quelli che costituiscono

³⁵⁴ Cfr., *ex pluribus*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *Bis*, n. 5894 del 3 giugno 2020 reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵⁵ Così, di recente, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *Bis*, 14 novembre 2023, n. 17006, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove il giudice amministrativo ha accolto il ricorso avverso il giudizio di non idoneità all'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore di seconda fascia in quanto «Nel caso in questione, invece, sia il giudizio finale che i singoli giudizi individuali con riferimento alla valutazione delle pubblicazioni risultano essere redatti mediante l'utilizzo di formule eccessivamente generiche, non consentendo, pertanto, di poter verificare il percorso logico seguito dalla commissione, con conseguente difetto di motivazione del giudizio impugnato.».

espressione di una singola significatività scientifica rilevante ai fini del giudizio di piena maturità scientifica del candidato.³⁵⁶

A fronte dell'indicato tentativo, da parte del giudice amministrativo, di esercitare un scrutinio maggiormente penetrante sulle valutazioni compiute dalla commissione, pare tuttavia opportuno evidenziare come, pur riconoscendo la significativa evoluzione in senso ampliativo del sindacato amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica – al quale, come visto, è da ricondurre il giudizio espresso dalla commissione in ordine alla qualità della produzione scientifica del candidato –, risulti in ogni caso consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice amministrativo non può comunque sostituire con il suo libero convincimento la valutazione della commissione.

Valutazione che, pertanto, rimane sostanzialmente insindacabile nel suo nucleo più “*intimo*”, per essere stata demandata dalla legge a specifici organi tecnici dotati di speciali competenze nel settore in questione, e per essere, in ogni caso, l'esito sostanziale del valore costituzionale dell'autonomia universitaria.³⁵⁷

Sul punto, pare efficacemente sintetica la recentissima pronuncia resa dal T.A.R. Lazio, che, richiamando la costante giurisprudenza, ha ribadito che «in sede processuale si opera uno scrutinio di legittimità, con cognizione non estesa al merito delle valutazioni della Commissione (cfr. per tutte Consiglio di Stato n. 4461/2023: “*Non spetta, infatti, a questo giudice “pesare” l'importanza delle pubblicazioni in parola, dovendo egli limitare il proprio sindacato all'accertamento di eventuali profili di*

³⁵⁶ Il senso della prescrizione del carattere analitico della valutazione che la Commissione è tenuta a compiere è quello di imporre alla stessa di tenere conto di tutti i dati curricolari indicati dai candidati (titoli e pubblicazioni), ma con la possibilità di scegliere i dati rilevanti al fine della compiuta valutazione della maturità scientifica dei candidati da quelli non significativi e di esprimere il giudizio sui dati così (motivatamente) enucleati, pena una sostanziale ingestibilità delle procedure valutative; sul punto cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Sez. IV, 17 ottobre 2022, n. 13151, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵⁷ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8471, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

*irrazionalità, palese illogicità, irragionevolezza o abnormità delle valutazioni della Commissione”)*³⁵⁸.

Come riconosciuto dalla giurisprudenza, invero, poiché il fatto presupposto del potere di accertamento della commissione – vale a dire la sussistenza della piena maturità scientifica degli aspiranti professori - viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere non nella dimensione oggettiva di “fatto storico” accertabile in via diretta dal giudice, bensì di fatto conformato e modellato dall’organo amministrativo incaricato, il giudice non è chiamato a sostituire la sua decisione a quella della commissione, ma solamente a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

Peraltro, come affermato dalla stessa giurisprudenza, l'interessato può contestare, oltre al mancato rispetto delle garanzie formali e procedurali e degli indici di eccesso di potere, anche il contenuto tecnico-discrezionale del giudizio di valore espresso dalla Commissione, ma in tal caso ha l'onere di dimostrare che detto giudizio risulti scientificamente del tutto inattendibile.³⁵⁹

In presenza, invece, solo di opinioni divergenti, il giudice amministrativo non potrà comunque obliterare la posizione espressa dall'organo statale appositamente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisioni collettive,

³⁵⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 7 settembre 2023, n. 13654, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it. Pare particolarmente significativo, a giudizio della scrivente, il passaggio della sentenza dove si legge che «L'intangibilità del nucleo "intimo" della decisione discrezionale consegue al principio di divisione dei poteri ed alla assenza di uno strumento processuale che preveda il parametro giuridico di valutazione, da parte del giudice, delle vicende affidate dalla legge (e dalla Costituzione) alla cura dell'amministrazione, emergendo come casi eccezionali quelli in cui è consentito operare in via suppletiva (e.g. ottemperanza e taluni casi di silenzio *ex art. 31, comma 3, c.p.a.*)».

³⁵⁹ Cfr. Consiglio di Stato n. 5518 del 6 giugno 2023, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

rispetto alla posizione “individuale” dell'interessato³⁶⁰, donde – in detta ipotesi – la legittimità in ogni caso del giudizio espresso dalla commissione valutatrice.

8. (Segue): l'atteggiamento del Giudice Amministrativo in merito alla riedizione del potere valutativo conseguente all'annullamento di un provvedimento di diniego all'abilitazione viziato.

Per comprendere sino in fondo il grado di intensità del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico discrezionali nell'ambito in esame, ad avviso di chi scrive, non può prescindersi dall'esame della giurisprudenza in materia di riedizione del potere valutativo conseguente all'annullamento di un provvedimento di diniego all'abilitazione da parte del giudice amministrativo.

Come anticipato, al fine di tutelare l'ampia sfera di discrezionalità in capo agli organi universitari in relazione alle valutazioni in questione, il giudice, allorché dichiara l'illegittimità e conseguentemente annulla il provvedimento con cui la commissione nega l'abilitazione richiesta, generalmente dispone la rinnovazione della valutazione da parte della commissione giudicatrice, se del caso in diversa composizione, astenendosi dal pronunciarsi in ordine all'effettiva spettanza in capo al candidato dell'abilitazione richiesta.

Contestualmente, il giudice amministrativo di frequente specifica espressamente se la rinnovazione dell'attività valutativa debba essere totale o parziale.

Ad ogni buon conto, nell'ipotesi in cui l'ordine di rivalutazione sia espressamente esteso al giudizio valutativo nella sua interezza, per

³⁶⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2021, n. 8709, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

consolidato orientamento giurisprudenziale la Commissione, a cui sarebbe astrattamente consentito modificare anche eventuali profili positivi di giudizio espressi in precedenza, non può estendere l'esercizio del proprio potere discrezionale in maniera illimitata poiché, diversamente argomentando, verrebbero violati i principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, nonché leso l'affidamento dell'aspirante professore universitario.

Di conseguenza, per costante giurisprudenza amministrativa, l'eventuale diversità tra le valutazioni espresse in sede di rinnovazione e quelle rese in precedenza – e non criticate in giudizio – costituisce un'evidente profilo di eccesso di potere, risultando sintomatico di un andamento perplesso e contraddittorio dell'attività della pubblica amministrazione.

Vizio, questo, che si rivela ancor più manifesto laddove i due (o più, v. *infra*) giudizi in ordine alla qualità del candidato risultino in forte contrasto tra loro, risultando difficile comprendere come una medesima comunità scientifica, applicando gli stessi parametri di giudizio, possa valutare in maniera totalmente diversa la qualità scientifica di lavori presentati da uno stesso candidato.

Sul tema in esame, si rivela particolarmente significativa l'articolata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1321 del 2019³⁶¹, dove il Supremo giudice amministrativo perviene a conclusioni estremamente

³⁶¹ Tale sentenza, il cui estensore è il Dott. Dario Simeoli, è particolarmente ricca di contenuti e consente di riflettere su problematiche centrali del diritto amministrativo sia sostanziale che processuale; oltre al tema della c.d. discrezionalità tecnica, con particolare riferimento alla riduzione del suo ambito operatività sia a seguito di attività amministrative, sia in forza del susseguirsi di pronunce giurisdizionali, la pronuncia si sofferma sulla figura dell'eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca, sul ruolo e sui poteri delle commissioni giudicatrici di procedure di abilitazione scientifica nazionale sulla portata del giudicato amministrativo all'azione amministrativa susseguente la formazione del giudicato, sull'ambito di azione degli organi chiamati a conformarsi alle pronunce dei giudici amministrativi. Per una approfondita ed attenta disamina della pronuncia in questione si rinvia al contributo di M. TIMO, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1405.

innovative, riconoscendo, ad esito di una complessa e qualificata motivazione, che la c.d. discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, possa addirittura esaurirsi e che, di conseguenza, il giudice stesso sia legittimato ad ampliare il proprio sindacato, pronunciandosi anche sulla fondatezza o meno delle pretese dedotte in giudizio e sostituendo il proprio giudizio alle valutazioni dell'Amministrazione³⁶².

Per una migliore comprensione delle conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato e della relativa innovatività, pare opportuno ricapitolare la vicenda da cui tra origine la pronuncia *de qua*.

Una professoressa associata aveva ottenuto, nel 2014, un primo giudizio negativo al conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di prima fascia.

Tale provvedimento negativo veniva impugnato dinanzi al T.A.R. Lazio³⁶³, il quale accoglieva il gravame *de quo* reputando il diniego impugnato illegittimo per non essere stata attribuita alla candidata l'abilitazione nonostante il tenore positivo dei giudizi di merito espressi dalla Commissione.

Accogliendo il ricorso, il T.A.R. Lazio aveva disposto, ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. e) c.p.a., la rinnovazione della valutazione della candidata da parte della Commissione in composizione differente da quella che aveva originariamente operato.

In esecuzione della menzionata pronuncia del 2014 veniva, quindi, nominata una seconda Commissione, la quale, nel 2017, esprimeva un giudizio parimenti negativo all'abilitazione.

³⁶² Il tema, di primaria importanza, come accennato dalla stessa Sezione (v. considerato in diritto, punto 6.2), concerne la corretta ripartizione dei poteri e la comprensione di quale sia il limite entro cui lo stratificarsi di pronunce giurisdizionali possa far venir meno la c.d. discrezionalità tecnica.

³⁶³Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 novembre 2014, n. 11423, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

La professoressa associata impugnava anche tale giudizio davanti al T.A.R. Lazio; il giudice romano, nel 2017³⁶⁴, accoglieva il ricorso, annullando l'atto di valutazione gravato per avere la seconda Commissione introdotto ulteriori criteri e parametri di valutazione quantitativi rispetto a quelli originariamente fissati dalla prima Commissione³⁶⁵, anziché limitarsi ad una mera rivalutazione della candidata.

A seguito di detta (seconda) pronuncia, il Ministero nominava una nuova Commissione, che, nel 2018, in sede di seconda rivalutazione, negava nuovamente l'abilitazione alla candidata.

Anche tale terzo giudizio collegiale di diniego all'abilitazione veniva impugnato dalla professoressa associata, prospettando due censure.

In primo luogo, veniva paventata la violazione del giudicato formatosi sulla pronuncia del 2017: secondo la tesi della ricorrente, infatti, quest'ultima, non aveva prescritto una nuova valutazione della candidata, ma aveva solo riscontrato un errore procedurale operato dalla seconda Commissione nel momento in cui aveva previsto *ex post* un ulteriore requisito di ammissione.

In secondo luogo, veniva dedotto un difetto di motivazione per essere il provvedimento gravato asseritamente inficiato da contraddittorietà ed errori nel merito della valutazione.

Ambedue detti motivi non sono stati tuttavia condivisi dal T.A.R. Lazio³⁶⁶, che ha rigettato il gravame proposto.

³⁶⁴Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 4 luglio 2017, n. 7695, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶⁵ Il giudice di primo grado rilevava una violazione dell'art. 3, comma 3, del D.M. n. 76 del 2012, ritenendo che non fosse consentito alle Commissioni di valutazione fissare *ex post* un requisito preliminare di ammissibilità imposta pena di esclusione (nel caso la seconda Commissione aveva ritenuto che la «mancata allegazione alla domanda di una seconda monografia pregiudica i rimedi abilmente la valutazione di impatto»). In sostanza, il T.A.R. Lazio affermava che il secondo organo di valutazione avrebbe dovuto impiegare i parametri e i criteri originariamente definiti dalla prima commissione e sulla scorta dei quali erano già stati valutati gli altri candidati.

³⁶⁶Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 18 aprile 2018, n. 4283, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Con riferimento alla prima doglianza, infatti, il giudice di primo grado, richiamando la propria giurisprudenza in materia di abilitazione scientifica nazionale secondo cui il giudizio della commissione costituisce una tipica valutazione tecnico discrezionale censurabile solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di lucidità incongruenza contraddittorietà e irragionevolezza, ha escluso la configurabilità della violazione del giudicato formatosi sulla sentenza del 2017.

In particolare, il T.A.R. ha sottolineato come l'effetto conformativo della sentenza, tanto più se passata in giudicato, non può comunque far venir meno la valutazione discrezionale dell'organo tecnico.

Il contenuto precettivo di una pronuncia deve infatti esplicitarsi, secondo il T.A.R. romano, nella riedizione del potere amministrativo da parte di una commissione in composizione diversa, la quale è pienamente legittimata a svolgere una nuova valutazione idonea ad assicurare al candidato di essere sottoposto ad un giudizio nuovo privo di condizionamenti derivanti dalle precedenti commissioni.

Tale nuovo giudizio incontra esclusivamente il limite sostanziale delle risultanze di fatto su cui i precedenti giudicati si fondano.

Alla luce di ciò, il T.A.R. Lazio ha individuato, nel caso, due limiti: a) quello quantitativo sancito nella pronuncia del 2017, dato dall'impossibilità di richiedere al candidato l'allegazione di una seconda monografia; b) quello qualitativo indicato nella pronuncia del 2014, ove si è stabilito che in presenza di un giudizio positivo (segnatamente, nel caso accettabile) delle pubblicazioni non può ritenersi conforme a diritto la valutazione di «*non abilitazione*».

Tanto premesso, poiché la terza commissione non è incorsa, sempre a giudizio del T.A.R., in nessuna delle due indicate limitazioni, deve escludersi sia che la stessa abbia operato in violazione del giudicato, sia che la stessa debba fare propri i giudizi delle precedenti commissioni.

Con riferimento, poi, alla seconda doglianza, il giudice romano ha ritenuto la stessa altresì infondata in quanto la seconda rivalutazione non

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

poteva ritenersi inficiata da un vizio motivazionale poiché, nel caso, la candidata aveva avuto contezza del percorso valutativo compiuto dalla commissione e, segnatamente, della avvenuta valutazione dell'opera maggiore presentata e di gran parte di quelle minori sia nei giudizi individuali sia in quello collegiale.

In conclusione ed estrema sintesi, dunque, come in seguito efficacemente riepilogato dal Giudice di appello (v. *infra*) «Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso sostenendo che la “terza” Commissione di riesame non era tenuta, nell'esercizio della propria discrezionalità ed entro i limiti indicati nella sentenza oggetto di esecuzione, a far propri i giudizi di merito della “prima” Commissione. Ha aggiunto che, tenuto conto dell'elevato numero di candidati che partecipano alla procedura e del gran numero di pubblicazioni sottoposte a valutazione, i giudizi non risultavano viziati sotto il profilo motivazionale, avendo la Commissione dato conto del contenuto e della valutazione delle opere maggiori e, in parte, di quelle minori, a nulla rilevando i positivi apprezzamenti rinvenibili nei giudizi stessi».³⁶⁷

La professoressa associata ha quindi appellato la suddetta sentenza (di rigetto) del T.A.R. Lazio dinanzi al Consiglio di Stato, *ivi* rimodulando le censure mosse nel giudizio di primo grado nei confronti del terzo giudizio di non abilitazione.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1321 del 2019³⁶⁸ ha accolto l'impugnazione proposta e – con una statuizione significativamente innovativa (v. *infra*) – disposto il rilascio dell'abilitazione scientifica nazionale di prima fascia in favore di quest'ultima.

Più precisamente, infatti, il giudice di appello, ritenuto che la discrezionalità della terza commissione fosse stata ampiamente esaurita dai precedenti giudicati del 2014 e del 2017, ha statuito che, in attuazione del

³⁶⁷ Cfr. punto 1 della parte in diritto della pronuncia del giudice di secondo grado.

³⁶⁸ Reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

giudicato, il Ministero appellato rilasciasse in favore della professoressa associata l'abilitazione in applicazione dell'art. 34, primo comma, lett. e) c.p.a., il quale prevede che il giudice amministrativo già all'esito del giudizio di cognizione disponga le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese.³⁶⁹

Andando con ordine, il Consiglio di Stato, affrontando le (due) doglianze dedotte dall'appellante, in relazione alla pretesa violazione e/o elusione del giudicato ha escluso – come il giudice di primo grado - che la terza commissione abbia operato in violazione dello stesso.

E ciò in quanto, essendo il contenuto di accertamento delle due decisioni passate in giudicato molto ristretto, non contenendo statuizioni in ordine alla fondatezza della pretesa, alla commissione era attribuita una funzione decisoria e non compiti meramente esecutivi del giudicato.³⁷⁰

³⁶⁹ L'art. 34, comma 1, lett. e), dispone che «In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: (...) 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». Per una attenta disamina della disposizione *de qua* e delle relative conseguenze sulla natura giuridica del giudizio di cognizione, si rinvia al recente intervento tenuto da M.P. VIPIANA, “La “previsione” del giudicato dall'art. 21 octies comma 2 alle misure idonee ad assicurare l'esecuzione della sentenza in sede di cognizione” in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa”, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023*, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2023, pp. 169 ss.; per un approfondimento in merito alla struttura e alla funzione di tali «misure, che puntano ad assicurare l'attuazione dell'obbligo, nella realtà concreta, ma che non hanno quel carattere sostitutivo, proprio delle misure che il giudice può adottare nella fase esecutiva» si rinvia a A. SCOGNAMIGLIO, *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento del danno*, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove l'A., nella prospettiva di individuare un contenuto della sentenza di condanna coerente con il divieto del giudice di adottare statuizioni costitutive, in una sede diversa da quella dell'esecuzione, conclude nel senso che «la sentenza di condanna, con la quale il giudice ordina all'amministrazione di adempiere l'obbligo corrispondente alla pretesa accertata, può contenere misure di coercizione indiretta», ossia può «indicare il termine entro il quale l'amministrazione deve porre in essere l'attività, alla quale è tenuta in forza della sentenza, e anche quantificare la somma che l'amministrazione è obbligata a corrispondere per ogni giorno di ritardo».

³⁷⁰ Più precisamente, si legge nella pronuncia *de qua* che «Il primo giudicato (discendente dalla sentenza del T.a.r. del Lazio n. 11423 del 13 novembre 2014) riteneva fondato il vizio consistente nella manifesta incoerenza tra il tenore sostanzialmente positivo della valutazione effettuata dalla commissione (i cui giudizi di merito si erano attestati tra il livello di «buono» e quello di «accettabile») ed il diniego di abilitazione. La sentenza

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

In relazione, invece, alle censure di legittimità prospettate con il secondo motivo di appello, il giudice di secondo grado ha accolto il dedotto vizio motivazionale, ritenendo sussistere sia una ingiustificata contraddittorietà tra le valutazioni rese dalle prime due commissioni (che avevano reso sulle pubblicazioni un giudizio «buono» e uno «accettabile») e quella resa dall'ultima commissione (di valore invece totalmente negativo), sia una contraddittorietà intrinseca della motivazione fornita dalla terza commissione laddove, nel giudizio finale di sintesi, ha omesso di riportare un giudizio di contenuto positivo formulato da un singolo commissario circa la qualità della ricorrente.

In accoglimento del secondo motivo di appello, il giudice di secondo grado ha pertanto annullato anche il terzo provvedimento di diniego all'abilitazione.

Senonché, tale conclusione non è l'unica cui è pervenuto il Consiglio di Stato, avendo il giudice di secondo grado reputato doveroso soffermarsi anche sulle conseguenze del proprio dispositivo di annullamento.

Più precisamente, infatti, di legge nella sentenza *de qua* che «A tale riguardo, il Collegio ritiene necessario tornare ancora una volta sulla

precisava che, in via conformativa, una nuova commissione («in composizione del tutto differente da quella che ha operato»), avrebbe dovuto procedere ad una rinnovata valutazione della candidata. Il secondo giudicato (di cui alla sentenza del T.a.r. del Lazio n. 7695 del 4 luglio 2017) annullava le operazioni di rivalutazione – che avevano nuovamente negato all'odierna appellante l'abilitazione scientifica nazionale alla funzione di professore di prima fascia – rilevando come il diniego rinvenisse la propria ragione nella mancata produzione di una seconda monografia, invece sussistente (la candidata, infatti, pur avendo allegato una sola monografia, aveva in realtà indicato di avere presentato ben tre monografie), in violazione dell'art. 3, comma 3, del decreto-ministeriale n. 76 del 2012, che non consentiva alla Commissione di introdurre, ex post, un requisito preliminare di ammissibilità della valutazione delle pubblicazioni medesime, a pena di esclusione (non venivano dettate prescrizioni in ordine alle modalità di rivalutazione). Con tutta evidenza, il contenuto di accertamento delle predette decisioni passate in giudicato era alquanto ristretto, difettando qualsivoglia statuizione sulla fondatezza della pretesa. L'inesistenza di qualunque vincolo di apprezzamento positivo era del resto implicita nell'investitura di una diversa commissione per le operazioni di rivalutazione. L'alternarsi di tre diverse Commissioni non consente neppure di ravvisare, nella reiterazione delle statuizioni annullate, una pervicace volontà degli organi amministrativi di eludere il giudicato.»

questione se, dopo l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, l'amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, ovvero se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino. Le recenti statuizioni dell'Adunanza plenaria – di cui si è dato sopra conto – devono trovare ulteriore svolgimento ad avviso del collegio, il quale ritiene che non sia accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private.».

A tal fine, il Consiglio di Stato, richiamata l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in ordine all'effettività ed alla pienezza della tutela, ha affermato che, nell'attuale processo amministrativo, *“la giurisdizione è piena nel senso che il giudice ha il potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa”*, da ciò derivandone la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato ed omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce.

Il Consiglio di Stato ha poi rilevato come il codice del processo amministrativo abbia affidato a due disposizioni il temperamento tra il principio di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela (di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost. ed artt. 6 e 13 della Convenzione europea) ed il principio di separazione dei poteri (previsti dagli artt. 1 e 97 Cost., con cui tradizionalmente viene giustificata la riserva di valutazione in capo alla pubblica amministrazione).

Trattasi, segnatamente, da un lato, dell'art. 31, comma 3, del c.p.a.³⁷¹ – avente applicazione generale, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia

³⁷¹ L'art. 31, comma 3, prevede che «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

che emani un provvedimento espresso di diniego –, il quale prevede che nell'ipotesi di attività vincolata ovvero non qualora non residuino ulteriori margini di discrezionalità il giudice possa spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto e, dall'altro, dell'art. 34, comma 2, del c.p.a.³⁷² da cui invece si desume che non sono consentite domande dirette ad orientare l'azione futura dell'Amministrazione prima che questa abbia ancora provveduto.

Sulla scorta di tale premessa, il Consiglio di Stato ha superato il problema della natura tecnico discrezionale del potere riconosciuto alle commissioni di abilitazione, affermando che l'odierno modello di processo amministrativo consente potervi essere una progressiva riduzione della discrezionalità per «scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria».³⁷³

Tale riduzione della discrezionalità³⁷⁴ può essere altresì il frutto della insanabile «frattura» del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, «derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco,

non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»; in dottrina, v. N. PAOLANTONIO, *Articolo 31*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, p. 536 ss..

³⁷² Il giudice non può pronunciarsi che «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, comma 2, c.p.a.).

³⁷³ Sul tema v. G. URBANO, *Una risposta ai bisogni di "tutela" che va meglio definita*, in *Guida al Diritto/Il sole 24 ore*, n. 15, 20 marzo 2019.

³⁷⁴ La riduzione della discrezionalità amministrativa (anche tecnica), si legge nella pronuncia in esame, può essere l'effetto «a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano "processuale" dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.».

contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.».

Trasponendo detti principi nella fattispecie controversa, la Sezione Sesta del Consiglio di Stato, evidenziata l'impossibilità di comprendere come la medesima comunità scientifica, sia pure a mezzo di studiosi differenti, si pronunci in modo diverso in ordine alla stessa domanda di abilitazione, giunge a sostenere – in maniera del tutto innovativa – che *«anche in una vicenda come quella in esame – in cui, per le ragioni anzidette, l'alternarsi di tre diverse Commissioni non consente di ravvisare nel nuovo vizio di illegittimità un palese sintomo dell'intento di non attuare il giudicato –, il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di «svuotare» l'amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come “fatto” e non come “atto”.».*

In altre parole, il Consiglio di Stato ha ritenuto che i tre giudicati di annullamento abbiano consumato l'intera discrezionalità dell'Amministrazione, donde la sussistenza del potere del giudice amministrativo di attribuire il bene della vita in luogo della pubblica amministrazione, mediante la diretta attribuzione dell'abilitazione della ricorrente alla prima fascia attraverso la condanna del Ministero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 31, terzo comma, e 34, primo comma, lett. e), c.p.a., al rilascio dell'abilitazione richiesta.

E' evidente, dunque, come tale pronuncia meriti (ed abbia in questa sede meritato) una particolare attenzione, rivelando appieno l'atteggiamento assunto in concreto dal giudice amministrativo in ordine al sindacato delle valutazioni discrezionali in ambito universitario.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

Se è vero, infatti, che, come più volte evidenziato, la procedura di rilascio all'abilitazione si caratterizza per un delicato equilibrio tra due momenti valutativi – il primo quantitativo ed il secondo qualitativo – e che il primo giudizio, basato su parametri oggettivi, accerta l'apprezzamento della comunità scientifica intesa in maniera impersonale, mentre il secondo giudizio (qualitativo), connotato da maggiore discrezionalità, risulta funzionale a tutelare l'autonomia della comunità scientifica di cui il candidato aspira a divenire parte, pur ammettendosi un astratto contrasto tra queste due valutazioni, il giudice amministrativo pare tentare di porsi come garante dell'intrinseca coerenza dell'intero sistema, andando a censurare ogni situazione di chiara distonia tra i due giudizi.

In questa prospettiva le indicazioni quantitative costituiscono parametri oggettivi per l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto a ciascuna commissione e laddove l'esercizio del potere discrezionale si pone in un insanabile e reiterato contrasto con il diverso e più ampio giudizio statistico fornito dalla comunità scientifica nella sua globalità, il giudice amministrativo ha ritenuto di dichiarare colpevolmente esaurita l'autonomia valutativa della singola commissione – che si concretizza nella particolare c.d. discrezionalità tecnica che le è propria - e, quindi, di potersi legittimamente sostituire ad essa addirittura riconoscendo la spettanza del bene della vita, a tal fine valorizzando la sufficienza dei risultati derivanti dall'applicazione dei parametri oggettivi previsti dalla legge.

9. Valutazioni in ambito concorsuale: il contenzioso “tipico”.

Il contenzioso che perviene alla cognizione del giudice amministrativo nell'ambito dei concorsi pubblici deriva da innumerevoli fattispecie procedurali e, da un punto di vista quantitativo, si rivela decisamente importante.

Nonostante le fattispecie sottoposte al sindacato del giudice amministrativo siano indiscutibilmente variegate, le stesse, ad un attento esame, si rivelano comunque assimilabili.

Ciò in quanto, pur a fronte di una pluralità di tipologie di procedure concorsuali, la disciplina normativa applicabile alle stesse rimane, se non altro nei relativi caratteri essenziali, piuttosto uniforme, con la conseguenza che i motivi di ricorso posti a fondamento dei gravami proposti risultano, nella sostanza, comunque comuni alle diverse procedure concorsuali.

In particolare, alla luce della ricerca svolta, è emerso che nel contenzioso qui in esame il ricorrente frequentemente contesta la valutazione dell'adeguatezza, della legittimità e della ragionevolezza dei criteri ed i parametri di giudizio prescelti dalla singola commissione di concorso, nonché, ovviamente, la loro concreta applicazione.³⁷⁵

Di sovente, ci si lamenta poi dell'erroneità e della apoditticità della motivazione resa in relazione ai giudizi discrezionali gravati, dolendosi dell'impiego della sola valutazione numerica.

Tanto premesso, al fine di mantenere un approccio riferibile a quante più possibili tipologie concorsuali, nella presente disamina si prenderanno in esame solamente i contenziosi aventi ad oggetto i giudizi relativi al grado di preparazione, conoscenza e capacità del concorrente, ovvero alle valutazioni di elaborati scritti e colloqui orali ovvero ancora relativi all'apprezzamento dei titoli e delle esperienze maturate dagli aspiranti candidati.

³⁷⁵ A titolo esemplificativo, frequentemente si contesta che «la commissione di concorso non avrebbe esplicitato le modalità di attribuzione dei punteggi numerici e non sarebbe comprensibile, dal confronto tra la griglia di correzione dei quesiti e il giudizio sintetico espresso dalla commissione, il criterio in base al quale la prova sostenuta dal ricorrente sarebbe risultata insufficiente. (...) Nel giudizio sintetico la commissione si sarebbe limitata ad esprimere la seguente valutazione: il candidato risponde in modo insufficiente ai quesiti della disciplina, per cui non sarebbe comprensibile il criterio utilizzato nella attribuzione dei punteggi, né sarebbe ricostruibile il percorso logico che ha condotto la commissione ad esprimere valutazioni profondamente differenziate.»; così T.A.R. Lazio, Sez. IV *bis*, 10 maggio 2023, n. 7840.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

10. (Segue): l'orientamento del giudice amministrativo sulle valutazioni in ambito concorsuale.

Alla luce della disamina giurisprudenziale svolta emerge che l'atteggiamento del giudice amministrativo, anche con riferimento alle valutazioni in questione, risulta essere assai deferente rispetto alle decisioni assunte dalle singole commissioni esaminatrici, secondo il principio ormai consolidato per cui «In sostanza, le valutazioni espresse dalle Commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne un manifesto sviamento logico, un palese errore di fatto, o ancora illogicità o contraddittorietà. Al di fuori di tali ipotesi, non rilevabili nel caso in esame, il giudicante non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore e quindi sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione.»³⁷⁶

In particolare, la giurisprudenza amministrativa attribuisce un carattere altamente discrezionale – ed in quanto tale non sindacabile in sede giurisdizionale – all'intera attività svolta dalle commissioni di concorso,

³⁷⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 26 gennaio 2023, n. 1376; nello stesso senso, v. T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 24 gennaio 2022, n. 783; nonché 28 gennaio 2022, n. 1030, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it; ancor più di recente si rinvia a T.A.R. Lazio, Sez. IV *bis*, 10 maggio 2023, n. 7840, sempre reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «le valutazioni espresse dalle Commissioni di esame nei pubblici concorsi non sono sindacabili dal giudice amministrativo nel merito del giudizio reso, ma unicamente sotto il profilo della legittimità, in caso di illogicità manifesta o travisamento di fatti, o di contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile; ne consegue che il giudicante non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore (e quindi sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione) se non nei casi in cui il giudizio si appalesi viziato sotto il profilo della logicità»; *in terminis*, v. T.A.R. Lazio, Roma, 21 dicembre 2019, n. 14712 e Consiglio di Stato, IV, 29 novembre 2016 n. 5016, ambedue reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

vale a dire sia all'attività svolta nella fase di scelta dei criteri di giudizio³⁷⁷, sia all'attività valutativa in senso stretto delle prove d'esame³⁷⁸, affermando che «le commissioni esaminatrici, chiamate a fissare i parametri di valutazione e poi a giudicare su prove di esame o di concorso, esercitano non una ponderazione di interessi, ma un'amplissima discrezionalità tecnica, sulla quale il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere in particolari ipotesi-limite, riscontrabili dall'esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti (errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità o irragionevolezza); costituiscono, pertanto, espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica, culturale ovvero attitudinale dei candidati, tanto il momento (a monte) dell'individuazione dei criteri di massima per la valutazione delle prove, quanto quello (a valle) delle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice; da ciò discende che sia i criteri di giudizio, sia le valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo se non nei limitati casi in cui l'esercizio del potere discrezionale trasmodi in uno o più dei vizi sintomatici dell'eccesso di

³⁷⁷ In ordine alla discrezionalità della Commissione in ordine alla scelta dei criteri di valutazione delle prove di una selezione, da fissarsi necessariamente prima dell'avvio delle operazioni valutative si veda, di recente, T.A.R. Lazio, Sez. IV *bis*, 10 maggio 2023, n. 7840, secondo cui «costituisce *jus receptum* che i criteri di valutazione delle prove di una selezione possono essere fissati direttamente dal bando oppure rimessi alla discrezionalità della commissione esaminatrice, con l'unico vincolo tassativo costituito dal fatto che, in tale ultimo caso, essi siano fissati prima dell'avvio delle operazioni valutative; ciò a garanzia dei principi di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa. Più precisamente, infatti, la predeterminazione dei relativi criteri in un momento antecedente alla valutazione delle prove è volta ad evitare che l'attribuzione del punteggio per i titoli stessi possa essere condizionata dalla previa conoscenza del risultato delle prove precedenti, calibrando i punteggi da attribuire ai singoli candidati»; nello stesso senso v. anche T.A.R. Marche, 25 novembre 2019, n. 729, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷⁸ In merito alla discrezionalità della commissione in ordine alla valutazione delle prove scritte si rinvia alla recente pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 26 gennaio 2023, n. 1376, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «Per giurisprudenza costante, in tema di concorsi pubblici, la valutazione delle prove scritte è caratterizzata di discrezionalità tecnica, che può essere sindacata in sede di giudizio di legittimità solo per specifiche ipotesi di violazione delle norme che regolano l'espressione del giudizio o per il fatto di presentare vizi di manifesta illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà (Tar Lazio, sez. III, 23 agosto 2021, n. 9380).».

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

potere ovvero irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti” (Cons. Stato, Sez. II, 12.05.2021, n. 3733).»³⁷⁹

La natura dell’attività svolta e, quindi, l’assenza di ponderazione di interessi da parte della commissione – tanto enfatizzata dalla giurisprudenza amministrativa - è risultata peraltro una circostanza dirimente per ritenere sufficienti le valutazioni rese in forma numerica.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, il punteggio numerico è di per sé idoneo a sorreggere l’obbligo di motivazione richiesto dall’art. 3 della legge n. 241 del 1990 e s.m. ed ii. nel momento in cui siano stati previamente determinati adeguati criteri di valutazione, essendo in tal modo comunque consentito ricostruire *ab externo* la motivazione del giudizio.³⁸⁰

³⁷⁹ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. III, 26 ottobre 2023, n. 830 reperibile su www.giustizia-amministrativa.it. Analogamente, v. T.A.R. Lazio, Sez. I Stralcio, 16 novembre 2022, n. 15189, sempre reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove si legge che «la giurisprudenza consolidata – dalle cui statuizioni il Collegio non rinviene ragioni per dissentire - ha avuto modo di chiarire che, in materia di pubblici concorsi, le commissioni esaminatrici, chiamate a fissare i parametri di valutazione e poi a giudicare su prove di esame o di concorso, esercitano non una ponderazione di interessi, ma un’ampissima discrezionalità tecnica, sulla quale il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere in particolari ipotesi-limite, riscontrabili dall’esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti (errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità o irragionevolezza); costituiscono, pertanto, espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l’idoneità tecnica, culturale ovvero attitudinale dei candidati, tanto il momento (a monte) dell’individuazione dei criteri di massima per la valutazione delle prove, quanto quello (a valle) delle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice; da ciò discende che sia i criteri di giudizio, sia le valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo se non nei limitati casi in cui l’esercizio del potere discrezionale trasmodi in uno o più dei vizi sintomatici dell’eccesso di potere (irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti), i quali - tipicamente - rappresentano vizi della funzione amministrativa, per essere stato, il potere, scorrettamente esercitato o finalizzato al raggiungimento di finalità estranee a quella della scelta dei soggetti più idonei a ricoprire la funzione (Consiglio di Stato sez. V, 24/09/2019, n.6358 T.A.R. Napoli, sez. IV , 04/11/2019 , n. 5212; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835 T.A.R. Roma , sez. III , 24/09/2019 , n. 11306 T.A.R. Roma, sez. III , 24/09/2019 , n. 11306)».

³⁸⁰ Si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 4 novembre 2019, n. 7495; Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3384; T.A.R. Lazio, Sez. I Stralcio, Roma, 3 giugno 2019, n. 7092, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

La giurisprudenza, segnatamente d'appello, è infatti concorde nel ritenere che «anche successivamente all'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990 n. 241 il voto numerico, attribuito dalle competenti commissioni alle prove scritte od orali di un concorso pubblico o di un esame, esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della commissione stessa, contenendo in sé la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni o chiarimenti»³⁸¹, in quanto la motivazione espressa numericamente, oltre a rispondere ad un evidente principio di economicità amministrativa, assicura la necessaria chiarezza e graduazione delle valutazioni compiute dalla commissione nell'ambito del punteggio disponibile e del potere amministrativo da essa esercitato³⁸², senza che necessiti, ai fini della legittimità dei verbali di correzione e dei conseguenti giudizi, l'apposizione di glosse, segni grafici o indicazioni di qualsivoglia tipo sugli elaborati in relazione agli eventuali errori commessi.³⁸³

In argomento, è altresì intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁸⁴, la quale, affrontando la questione della sufficienza del voto

³⁸¹ Si rinvia, *ex multis*, a Consiglio Stato, Sez. V, 11 dicembre 2015, n. 2719; *id.*, Sez. VI, 6 settembre 2005, n. 4529; Sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2269; 7 marzo 2005, n. 900; Sez. V, 11 novembre 2004, n. 7332; T.A.R. Umbria, 28 dicembre 2005, n. 654; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 22 novembre 2005 n. 2138; T.A.R. Lazio, Sez. I, 3 maggio 2005, n. 3303; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 16 febbraio 2005, n. 305, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸² Così, *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2013, n. 4457; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 102; Sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 913; Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2543; Sez. IV, 19 maggio 2008, n. 2293; Sez. IV, 10 aprile 2008, n. 1553; Sez. VI, 6 settembre 2005, n. 4529; Sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2269; Sez. V, 11 novembre 2004, n. 7332, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸³ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012 n. 2166; *id.* 12 aprile 2011, n. 1612, reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl. 20 settembre 2017, n. 7. In particolare, le questioni sulle quali si è pronunciata l'Adunanza plenaria erano state deferite dal Cons. Giust. Amm. con ordinanza 2 maggio 2017, n. 206, al fine di chiarire se la disciplina transitoria che differisce l'entrata in vigore della riforma dell'esame di abilitazione comprenda, nel rinvio, anche la innovativa previsione di cui all'art. 46 comma 5, l. n. 247 del 2012, secondo cui «La commissione annota le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti». Al contempo il Cons. Giust. Amm., all'esito di una puntuale ricognizione della problematica, ha domandato alla Plenaria di statuire se il voto numerico possa ritenersi sufficiente ed adeguato al fine di esprimere il giudizio tecnico discrezionale proprio della commissione.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

numerico nella valutazione degli elaborati scritti per l'esame di abilitazione alla professione di avvocato nelle more dell'entrata in vigore della riforma approvata con legge 31 dicembre 2012, n. 247, ha definitivamente statuito la sufficienza, in punto di motivazione, della valutazione numerica, affermando che la stessa risponde ad un chiaro principio di economicità della valutazione poiché il voto numerico esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della Commissione in relazione ad ogni singolo elaborato ed alla stregua dei parametri generali predeterminati del giudizio, contenendo così in sé la motivazione senza che siano necessarie ulteriori spiegazioni ed assicurando la necessaria chiarezza e graduazione delle valutazioni compiute dalla Commissione nell'ambito del punteggio disponibile e del potere amministrativo da essa esercitato.³⁸⁵

Nessun dubbio, quindi, attualmente sussiste in ordine al principio della sufficienza del punteggio numerico, da considerare “*diritto vivente*” anche secondo la stessa Corte Costituzionale, la quale, in ripetute occasioni, ne ha altresì confermato la legittimità costituzionale.³⁸⁶

Tornando al necessario carattere manifesto dei vizi ammissibili ed alla loro necessaria riconoscibilità *ictu oculi*, anche nel settore in esame – come in altri già esaminati - la giurisprudenza pone in capo al ricorrente un onere di allegazione rinforzato, dovendo questo individuare in maniera puntuale e specifica le circostanze di fatto che comprovino l'incoerenza della valutazione operata dalla Commissione, reputandosi inammissibili le

³⁸⁵ Per un commento alla pronuncia in esame, si rinvia alla nota a sentenza di D. PROFILI, *L'idoneità del voto numerico di assolvere all'obbligo di motivazione delle valutazioni espresse nell'ambito di procedure concorsuali: l'Adunanza Plenaria sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario*, in www.ildirittoamministrativo.it; v. anche G.M. LIETO, *Nota di commento al Consiglio di Stato-Adunanza Plenaria, sentenza 20 settembre 2017, n. 7*, in www.lexitalia.it.

³⁸⁶ Cfr. Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 20 e Corte Cost. 8 giugno 2011, n. 175, annotata, tra gli altri, da F.G. SCOCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 2011, pagg. 2279 e ss..

censure volte a paventare esclusivamente una diversa valutazione del merito tecnico della prova.³⁸⁷

Al riguardo, deve evidenziarsi come da ultimo, superandosi un precedente opposto orientamento del giudice di primo grado³⁸⁸, la giurisprudenza amministrativa escluda l'idoneità dei pareri *pro veritate* rilasciati da esperti nel settore in esame e depositati nel giudizio ad assolvere l'anzidetto onere probatorio.³⁸⁹

³⁸⁷ In questa prospettiva non risulta idoneo a dimostrare l'illogicità della valutazione espressa dalla commissione il confronto tra l'elaborato svolto dal ricorrente e quello consegnato da un controinteressato, rivelandosi un inammissibile tentativo del ricorrente di sostituire la propria valutazione a quella espressa dall'organo amministrativo competente; così T.A.R. Lazio, Sez. IV *bis*, 10 maggio 2023, n. 7840, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸⁸ Si veda Ord. T.A.R. Puglia, Lecce, 4 aprile 2009, n. 744, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove il giudice amministrativo aveva accolto l'istanza cautelare accedente al ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di giudizio analitici e sintetici con cui la Sottocommissione distrettuale per gli esami di Avvocato, presso la Corte di Appello di Reggio Calabria, aveva valutato insufficienti gli elaborati della ricorrente, determinando, di conseguenza, la sua inidoneità a sostenere le prove orali, ritenendo «- che, soprattutto, i pareri *pro veritate* depositati in giudizio concludono per la piena sufficienza degli elaborati e quindi per l'erroneità del giudizio di insufficienza formulato dalla Commissione; - che il giudizio fortemente positivo (pienamente condiviso dalla Sezione) in ordine al valore degli elaborati espresso dai citati pareri *pro veritate* permette altresì di procedere all'ammissione diretta della ricorrente alla prova orale, fermo restando l'obbligo per la commissione (che opererà in una composizione soggettiva diversa da quella di cui alla correzione degli elaborati scritti) di procedere alla discussione con il candidato del contenuto delle prove scritte in quella sede.»

³⁸⁹ Sul tema, di recente, v. Ord. T.A.R. Lazio, Sez. V, 25 ottobre 2023, n. 7079, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it; nel caso, il ricorrente aveva agito in giudizio contro il Ministero della Giustizia per l'annullamento, previa sospensione, della valutazione di inidoneità attribuitagli in esito alla valutazione della prova scritta del concorso per esami per allievi vice ispettori del Corpo di polizia penitenziaria e, segnatamente, del giudizio di insufficienza attribuito alla sua prova scritta pari a 6/10 e recante la seguente valutazione estesa «il candidato ha trattato in maniera inadeguata gli argomenti richiesti dalla traccia». Il giudice amministrativo ha rigettato la richiesta misura cautelare affermando che «la valutazione delle prove pertiene a valutazioni di squisita discrezionalità tecnica e la documentazione versata in atti dà sufficientemente conto dell'avvenuto esame dell'elaborato del ricorrente da parte della Commissione in conformità ai criteri fissati dalla medesima Commissione, la quale ha motivato adeguatamente la relativa valutazione numerica» e che «le competenze della Commissione sono l'espressione di una scienza non sindacabile da pareri di terzi (nella specie il parere reso da un esperto in diritto penale interpellato dal ricorrente), a meno che non venga prospettata con precisione e giustificazione probatoria la sussistenza delle note figure dell'illogicità, dell'irrazionalità e del radicale travisamento dei fatti, non comunque sufficientemente desumibili dal contenuto del ricorso (cfr. Cons. Stato, V, 5 dicembre 2016 n. 5086)». Sul tema, v. anche T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 3 maggio 2018, n. 4882, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, dove il

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

Le pronunce esaminate evidenziano, dunque, come il giudice amministrativo sia, in concreto, sostanzialmente rispettoso dell'ampia discrezionalità tecnica caratterizzante l'operato delle Commissioni di concorso sia nella (precedente) fase determinazione dei criteri generali di valutazione, sia nella (successiva) fase di valutazione delle prove concorsuali, limitandosi ad un controllo in ordine all'intrinseca coerenza della motivazione (v. *infra*) ed all'assenza di vizi palesemente evidenti.

Caratteristica, questa dell'«*immediata evidenza*» dei vizi, che in concreto viene comunque prima percepita e poi valutata mediante un attento confronto, da parte del giudice, della prova concorsuale oggetto del giudizio con la motivazione posta a sostegno della motivazione e con i criteri di giudizio applicabili

11. (Segue): le tecniche di controllo impiegate dal Giudice Amministrativo.

Parallelamente all'atteggiamento generalmente deferente del giudice rispetto alle conclusioni raggiunte dalla commissione di concorso nell'esercizio del proprio potere valutativo, anche in relazione alle valutazioni in esame emerge – come in altri ambiti già esaminati - l'intento del giudice amministrativo di assicurare, ciononostante, il principio di

G.A. aveva già affermato che «non è consentito al Collegio alcun sindacato sulle valutazioni tecniche operate dalla Commissione (*ex multis*: Cons. Stato Sez. IV, 30-08-2017, n. 4107) e ciò anche quando la valutazione sia espressa, come nel caso in esame, attraverso un giudizio sintetico (“MOLTO BUONO”), atteso che le competenze della commissione sono l'espressione di una scienza non sindacabile da pareri di terzi, a meno che non venga prospettata con precisione e giustificazione probatoria la sussistenza delle note figure dell'illogicità, dell'irrazionalità e del radicale travisamento dei fatti, che non si ravvisano nel caso in esame; né, quanto ai criteri individuati nel caso in esame si ravvisa alcun profilo di illegittimità.».

effettività della tutela dei partecipanti alle selezioni concorsuali, rivelandosi ben consapevole di dove garantire «la effettiva e piena giustiziabilità delle posizioni vantabili dai soggetti che, partecipando alle selezioni pubbliche, si sottomettono alla valutazione altamente discrezionale delle commissioni valutatrici competenti»³⁹⁰.

Tale obiettivo è perseguito dal giudice mediante, anzitutto, un intenso scrutinio sulla veridicità delle circostanze di fatto poste a fondamento del provvedimento gravato; in particolare, infatti, il giudice amministrativo frequentemente censura l'omessa tempestiva e specifica determinazione dei parametri di valutazione ovvero l'erronea concreta applicazione dei criteri fissati dalla commissione.

Con riferimento alla prima ipotesi, a titolo esemplificativo, può citarsi un pronuncia del Consiglio di Stato³⁹¹ dove, in applicazione del principio secondo cui i criteri di valutazione delle prove di una selezione possono essere fissati direttamente dal bando oppure rimessi alla discrezionalità della Commissione esaminatrice, con l'unico vincolo costituito dal fatto che, in tale ultimo caso, essi devono essere fissati prima dell'avvio delle operazioni valutative, il giudice di secondo grado ha accolto l'appello proposto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accolto il ricorso originario, ritenendo ingiustificabile - e quindi inficiante la legittimità dell'esito valutativo della Commissione - che «la Commissione, pur mantenendo inalterato il criterio di attribuzione del punteggio, ha preso in considerazione tutti gli anni di servizio di ciascun candidato, dividendo poi il risultato così ottenuto per 4, in tal modo introducendo un fattore di divisione non previsto né dal regolamento, né dal bando, né dai criteri indicati dalla stessa Commissione giudicatrice»³⁹².

³⁹⁰ T.A.R. Lazio, Sez. I *quater*, 8 agosto 2019, n. 10419, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹¹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 15 novembre 2022, n. 9994, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹² Più precisamente, nel caso, il bando aveva stabilito che per la valutazione dell'anzianità e per l'attribuzione del relativo punteggio, si sarebbero seguiti i criteri stabiliti dal CCDI del Comune di Velletri per la progressione di carriera, ed in particolare che per i primi due anni

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

Con riferimento, poi, alla seconda ipotesi, sempre a titolo esemplificativo, può invece citarsi la sentenza del Consiglio di Stato con cui è stato accolto l'appello proposto³⁹³ - e per l'effetto annullato la sentenza impugnata -, ritenendo il giudice di secondo grado che la commissione non abbia correttamente applicato il criterio (predeterminato) relativo alla «qualità delle funzioni svolte»³⁹⁴, da ciò derivandone l'inadeguatezza dei punti conferiti all'appellante e, quindi, l'erroneità della valutazione del candidato.

In altra occasione – e sempre quale esempio relativo alla seconda ipotesi di cui sopra –, il giudice amministrativo³⁹⁵ ha accolto un ricorso

di servizio sarebbe stato attribuito 1 punto, mentre i successivi 13 anni sarebbero stati valutati con 3 punti ciascuno, con la conseguenza che il massimo di anni valutabili era pari a 15. Il bando aveva, altresì, previsto che l'anzianità andava remunerata con un massimo di 10 punti sui 30 complessivamente attribuiti. In ragione dell'applicazione di tale criterio, dal momento che il punteggio massimo fissato dal bando era pari a 10, l'anzianità poteva essere valutata fino ad un massimo di 5 anni. Nella specie, la commissione, pur mantenendo inalterato il criterio di attribuzione del punteggio, ha preso in considerazione tutti gli anni di servizio di ciascun candidato, dividendo poi il risultato così ottenuto per 4, in tal modo introducendo un fattore di divisione non previsto né dal regolamento, né dal bando, né dai criteri indicati dalla stessa commissione giudicatrice. Tale criterio di selezione ha determinato come conseguenza che è stata valutata una anzianità eccessiva per alcuni candidati, con l'introduzione di un parametro non preventivamente determinato.

³⁹³ Cfr. Cons. di Stato, 10 aprile 2009, n. 2230, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it; l'appello era stato proposto oer l'annullamento e/o riforma della sentenza di primo grado che aveva ritenuto immune dai vizi denunciati la graduatoria di merito per l'assegnazione dei posti disponibili nel corso di formazione dirigenziale nella quale l'appellante, e ricorrente in primo grado, si era posizionato al 13° posto, con uno scarto di 0,37 punti dall'ultimo candidato collocato utilmente nella graduatoria medesima.

³⁹⁴ Segnatamente, l'appellante aveva lamentato l'inadeguatezza dei nove punti conferiti per l'incarico svolto nel 1991 a Portici in veste di direttore della scuola di formazione e aggiornamento del personale dell'amministrazione penitenziaria, per non essere stato tale incarico valutato dall'Amministrazione come incarico dirigenziale, ma come esercizio di funzioni direttive.

³⁹⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 1254, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it. In questa occasione il giudice amministrativo, con un evidente scrutinio in ordine alla concreta applicazione dei criteri prestabiliti, ha affermato che «Anche tale motivo è fondato, atteso il pacifico svolgimento, quanto meno dal 2005, dei predetti incarichi, che avrebbero pertanto dovuto essere valutati, come previsto dal citato art. 11 del bando. In contrario, al fine di giustificare la mancata attribuzione del punteggio, l'Accademia ha osservato che i predetti incarichi sarebbero consistiti in prestazioni d'opera occasionali, e non invece in collaborazioni coordinate e continuative. Come correttamente osservato dalla stessa ricorrente, il bando non prevedeva tuttavia alcuna distinzione in

volto all'annullamento di una graduatoria di concorso, censurando la nozione di “*incarico*” utilizzata in concreto dalla Commissione in relazione al parametro “*incarichi di collaborazione*”, ritenendo che il ricorrente dovesse vedersi attribuito il relativo punteggio in conseguenza dell'attività di *tutor* e tecnico di laboratorio lungamente svolta, tra l'altro, presso la stessa Accademia.

L'obiettivo di garantire il principio di effettività della tutela dei partecipanti alle selezioni concorsuali viene inoltre perseguito dal giudice amministrativo attraverso un attento sindacato in ordine alla ragionevolezza e logicità dei criteri di valutazione; esame, questo, che viene svolto avendo quale parametro di giudizio, da un lato, le specifiche competenze e, dall'altro, le conoscenze proprie del profilo messo a concorso, onde consentire di mantenere distinti i diversi elementi di oggetto di valutazione per una migliore comprensione del percorso logico seguito dalla commissione.

Sul tema, può rimandarsi anche alla pronuncia del Consiglio di Stato³⁹⁶, dove il giudice di secondo grado ha affermato che «Sebbene in linea di principio i giudizi espressi dalle commissioni di concorso, in particolar modo nelle procedure di valutazione comparativa, siano espressioni di discrezionalità tecnica, non v'è dubbio che tale discrezionalità possa e debba essere sindacata, sia pur nei limiti del travisamento dei presupposti di fatto, dell'illogicità e della manifesta irragionevolezza, ovvero della non congruenza delle valutazioni operate con le risultanze di

relazione al tipo di rapporto contrattuale posto a base degli “*incarichi di collaborazione*”, che avrebbero potuto, eventualmente, essere valutati diversamente, in relazione alla loro maggior durata ed al loro oggetto, ma non certamente essere considerati *tamquam non esset*, in quanto versati in una determinata forma contrattuale, come invece avvenuto nel caso di specie. Osserva ancora il Collegio che la stessa nozione di “*incarico*”, oltre a non essere tipizzata da alcuna fonte normativa, rappresenta un concetto generico anche nel linguaggio comune, ciò che avrebbe reso necessaria una sua interpretazione estensiva da parte della Commissione, che ha invece arbitrariamente formulato un giudizio di esclusiva correlazione degli stessi ai predetti contratti di collaborazione coordinata e continuativa.».

³⁹⁶Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2018, n. 353, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

fatto (cfr., per tutte, C.d.S., IV, 13 ottobre 2010, n. 5048). Pertanto, poiché per giurisprudenza costante il giudice amministrativo, ravvisando l'illogicità e l'irragionevolezza dei criteri utilizzati da una commissione giudicatrice, non può esimersi dal sindacarne l'operato, nel caso di specie il Collegio non può fare a meno di rilevare – in piena consonanza con quanto sul punto è già stato rilevato dal giudice di prime cure – che l'amministrazione appellata avrebbe dovuto procedere all'attribuzione dei punteggi ai candidati previa loro riparametrazione, quantomeno in relazione ai punteggi finali (pur volendosi mantenere ferma la modalità di attribuzione di punteggi parziali per ogni singola voce corrispondente ai titoli indicati nel bando) come già aveva fatto, d'altronde, in occasione della tornata selettiva precedente. (...). In termini diversi e più sintetici, il criterio concretamente prescelto dalla commissione – proprio perché ha, per così dire, “apparecciato” un algoritmo effettivamente idoneo a sterilizzare pressoché integralmente l'attitudine selettiva di quello che, dichiaratamente, avrebbe dovuto invece costituire il principale parametro di selezione dei candidati, ossia il rilievo relativo dei titoli posseduti da ciascuno dei concorrenti rispetto agli altri – risulta illegittimo perché macroscopicamente illogico, irrazionale e incongruente con il modello di selezione che la stessa Amministrazione aveva dichiarato di voler svolgere (ossia un concorso essenzialmente e prevalentemente per titoli, e non uno scrutinio secondo l'ordine di anzianità).».³⁹⁷

³⁹⁷ Più precisamente, si legge nella pronuncia *de qua* che «In altri termini, e con maggiore chiarezza, attribuiti 60 punti solo al candidato che risulti aver riportato il maggior punteggio sui titoli in termini assoluti, la Commissione avrebbe dovuto via via gradualmente scalare, con metodo proporzionale, i punteggi in relazione a tutti gli altri candidati: ovvero, alternativamente, fatta pari a 60 punti la massima valutazione possibile (quand'anche in astratto, piuttosto che in concreto), la determinazione concreta dei punteggi dei singoli candidati avrebbe dovuto essere rapportata a sessantesimi mediante riduzione proporzionale del maggior punteggio attribuito (ma, evidentemente, non in sessantesimi) a ciascun candidato. In questo modo, si sarebbe garantita l'applicazione di quei principi, propri delle procedure selettive pubbliche (essenzialmente, il principio di imparzialità e di congrua proporzionalità nell'attribuzione dei punteggi per l'individuazione dei candidati più capaci e meritevoli) che sono stati invece del tutto obliterati nella procedura in esame. Al contrario, appiattendosi tutti i punteggi relativi ai titoli sulla soglia massima di 60 punti, la

L'obiettivo di garantire il principio di effettività della tutela dei partecipanti alle selezioni concorsuali viene inoltre perseguito dal giudice mediante un penetrante scrutinio in ordine alla coerenza interna della valutazione gravata.

In particolare, il sindacato su tale aspetto si rivela particolarmente incisivo soprattutto nelle ipotesi di prove caratterizzate da una pluralità di prove scritte. In questi casi, infatti, il confronto tra una valutazione molto positiva su uno o più scritti e una valutazione negativa su altri scritti, in presenza di stessi criteri di giudizi, è frequentemente valorizzato quale indice di contraddittorietà di una valutazione complessivamente insufficiente dell'esame.

Per esemplificare il penetrante scrutinio del giudice amministrativo circa la coerenza in terna della valutazione resa dalla Commissione, può menzionarsi la sentenza con cui il T.A.R. Lazio³⁹⁸ ha accolto un ricorso proposto per l'annullamento un provvedimento dell'Accademia di belle arti di Roma, avente ad oggetto la graduatoria definitiva relativa ad un bando relativa ad una procedura concorsuale per titoli ed esami per la formazione di una graduatoria d'istituto di durata triennale di aspiranti docenti nell'insegnamento di beni culturali e ambientali, nella parte in cui veniva denunciato l'eccesso di potere della commissione con riferimento alla valutazione dei titoli dei concorrenti sotto il profilo del difetto di motivazione.

In particolare, ad esito di un attento scrutinio in ordine alla coerenza interna della valutazione gravata, il giudice amministrativo ha affermato che «A fronte della rilevanza e importanza dei titoli della ricorrente e della sua

Commissione, come già osservato, ha finito per sterilizzare del tutto l'unico parametro legato alla qualità del candidato – che, per la dichiarata natura del concorso, all'evidenza avrebbe dovuto invece integrare il criterio principale di valutazione dei concorrenti consentendone in via principale la selezione in luogo del profilo, meramente sussidiario, dell'anzianità – snaturando così l'obiettivo insito in ogni procedura concorsuale e facendo coincidere il merito, ovvero il livello qualitativo del candidato, con l'anzianità accumulata alle dipendenze dell'ASI.».

³⁹⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 16 novembre 2020, n. 11882, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

coerenza con il settore disciplinare di riferimento non è dato riscontrare una descrizione dell'iter logico giuridico relativo ad ognuno dei titoli della stessa e degli altri concorrenti che abbia spinto a pervenire al punteggio numerico conclusivo».

In altra occasione, il G.A., chiamato pronunciarsi in ordine alla legittimità o meno giudizio di non idoneità del ricorrente relativamente all'elaborato di diritto civile reso dalla commissione esaminatrice nell'ambito del concorso di magistratura ordinaria, ha accolto il ricorso proposto ritenendo sussistere, nel caso, una evidente contraddittorietà nei giudizi resi nei confronti delle prove scritte redatte dal ricorrente, essendo state valutate con voti ampiamente sufficienti le prove di diritto penale e di diritto amministrativo (avendo riportato, rispettivamente, 16/20 e 14/20) ed essendo stato, invece, ritenuto, insufficiente quella di diritto civile.³⁹⁹

³⁹⁹ In particolare, nella indicata pronuncia, a comprova del penetrante scrutinio svolto dal giudice amministrativo si legge che «Rileva il Collegio che se il ricorrente ha saputo dimostrare nella redazione di due delle prove d'esame, per come riconosciuto dai colleghi esaminatori, il possesso dei parametri di cui ai criteri predeterminati con il verbale 8/2018, cui la Commissione si è vincolata ai fini della correzione delle prove scritte, appare sorprendente, in assenza di alcun indice oggettivo cui ancorare le ragioni della ritenuta non idoneità, l'improvvisa assenza di quegli stessi parametri, riferibili alle capacità del candidato, come invece allo stesso attribuite con ampiezza dalla stessa Commissione. Nel caso in esame ritiene il Collegio che, a fronte del superamento di due delle tre prove in modo brillante, ponga seri dubbi la correttezza del giudizio assegnato nella terza prova, pure dovendo essere ragguagliata alla ricerca del possesso di quei requisiti che denotano nel candidato una solida preparazione giuridica unitamente a capacità di analisi e argomentative, di cui il ricorrente ha dato senz'altro prova e che, nell'ambito di una doverosa valutazione complessiva del medesimo, non consente di valutare se siano stati rispettati in pieno i criteri generali al cui rispetto è tenuta la stessa Commissione che li ha stabiliti. La relazione peritale di parte depositata a supporto della censura non si limita a dare conto della opinabilità propria delle valutazioni caratterizzate da discrezionalità tecnica nel campo delle scienze non esatte (quale quello in esame), che in quanto tale non sarebbe indizio sufficiente circa la illegittimità della valutazione operata, ma mette in luce la coerenza degli elementi emersi nell'ambito della prova giudicata insufficiente rispetto ai parametri generali il cui possesso deve essere dimostrato dai candidati e che sono stati riconosciuti dalla stessa Commissione in occasione della correzione delle altre due prove. Tali elementi costituiscono sufficienti indizi a denotare la manifesta irragionevolezza della valutazione operata e ciò a prescindere dalla considerazione che ogni prova concorsuale è dotata di autonomia, ed è ben possibile che il candidato riporti anche una sola insufficienza. Tuttavia, nel caso in esame, che si connota di assoluta specificità, stride il contrasto tra le valutazioni che tutte devono essere ragguagliate a quei parametri oggettivi sopra

L'obiettivo di garantire il principio di effettività della tutela dei partecipanti alle selezioni concorsuali viene perseguito, infine, dal giudice amministrativo mediante una attenta censura di ogni omissione da parte della commissione nell'esercizio del proprio potere valutativo.

A titolo esemplificativo il Consiglio di Stato⁴⁰⁰ ha accolto l'appello e, conseguentemente, in riforma della sentenza impugnata, accolto il ricorso originario ed il ricorso per motivi aggiunti originariamente proposti per l'annullamento della graduatoria relativa ad una selezione interna indetta da un Comune per Specialista di Vigilanza, Categoria D1, riservato al personale inquadrato come Agente di Polizia Municipale, ritenendo illogica l'omessa considerazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio all'aspirante candidato (poi ricorrente), delle pregresse esperienze lavorative, «anche in considerazione della disomogeneità dei criteri utilizzati dalla Commissione per le valutazioni degli altri curricula dei candidati, essendo stati valorizzati precedenti impieghi in settori, come quello ortofrutticolo, avulsi dalla specifica attività lavorativa per la quale è stata indetta la selezione. ».

Concludendo, quindi, pare evidente l'intento del giudice amministrativo di garantire, anche nella materia delle procedure concorsuali, da un lato, l'effettiva e piena giustiziabilità delle posizioni vantabili dai soggetti che, partecipando alle selezioni pubbliche, si sottomettono alla valutazione altamente discrezionale delle commissioni valutatrici competenti, scongiurando, dall'altro, il pericolo che l'attività giurisdizionale, sfuggendo al ruolo che l'ordinamento vigente le assegna, possa trasformarsi in una sostanziale rinnovazione della valutazione già effettuata in sede amministrativa, ovvero in una autonoma verifica da parte del giudice del grado di livello culturale che si reputa necessario dimostrare da parte del candidato per il conseguimento del giudizio idoneativo.

tratteggiati, che il ricorrente ha certamente dimostrato di possedere in modo ampio in due dei tre elaborati consegnati. ».

⁴⁰⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 10 novembre 2022, n. 9845, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

L'obiettivo del perseguimento di tale delicato equilibrio – che il giudice amministrativo cerca di raggiungere attraverso le modalità di sindacato di cui si è cercato di dar conto nel presente paragrafo - pare, in concreto, tuttavia non frequentemente raggiunto, rivelandosi in via di fatto a ciò ostativo - alla luce della giurisprudenza esaminata - il granitico criterio giurisprudenziale secondo cui i giudizi negativi resi nel predetto ambito sono sindacabili solo laddove affetti da macroscopica illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti, che finisce per essere, non di rado, una barriera che rende nella sostanza invalicabile il confine dell'area di effettiva sindacabilità dei provvedimenti in questione da parte del giudice amministrativo.

12. Considerazioni conclusive.

In tutti e tre i macrosettori esaminati l'ampio margine di opinabilità delle valutazioni che le varie commissioni esaminatrici sono tenute a compiere giustifica l'atteggiamento di deferenza del giudice amministrativo rispetto alle scelte compiute dagli organi valutativi.

Del resto, con riferimento sia al contenzioso relativo alle valutazioni scolastiche sia a quello in materia universitaria, non può sottovalutarsi il carattere complesso della valutazione del grado di maturità di uno studente ovvero la natura molto specialista della valutazione della qualità scientifica dei lavori e delle esperienze dei singoli aspiranti docenti universitari, che necessita di una elevata e specifica qualificazione dei commissari che sono chiamati ad esercitare il potere discrezionale.

Tanto rilevato in termini generali, nei tre macrosettori affrontati nel presente capitolo, accanto al progressivo rafforzamento del sindacato del giudice amministrativo sui giudizi tecnici resi dalle diverse commissioni valutatrici – realizzato mediante un (più) attento scrutinio sulla plausibilità e verosimiglianza delle conclusioni da queste raggiunte, nonché sulla

veridicità dei fatti posti a fondamento del provvedimento gravato -, si rivela molto interessante il particolare approccio del legislatore, che si è reso autore di un'evoluzione normativa obiettivamente caratterizzante sia le valutazioni scolastiche che quelle universitarie.

Evoluzione, questa, che manifesta chiaramente la tendenza a limitare l'esercizio del potere valutativo delle varie commissioni in una cornice di presupposti oggettivi, il cui accertamento è diventato (o comunque vorrebbe diventare nella prospettiva anche del legislatore) oggetto di una attività meramente ricognitiva da parte delle stesse, scevro quindi dai relativi apprezzamenti tecnici discrezionali, con conseguente possibilità di un sindacato giurisdizionale pieno sullo stesso.

Analogamente, può senz'altro affermarsi che il giudice amministrativo ha preso coscienza del proprio ruolo di garante dello studente/candidato concorrente, come per l'appunto dimostrato, nell'ambito delle valutazioni in materia universitaria, dal contenuto della pronuncia del Consiglio di Stato n. 1321 del 2019 di cui si è dato ampiamente conto (v. *supra*, par. 8), dove il giudice amministrativo ha addirittura ritenuto di accordare una tutela diretta alla candidata, riconoscendo esso stesso l'abilitazione scientifica richiesta.

In maniera simile, sempre in vista del perseguito obiettivo dell'effettività della tutela, il giudice amministrativo manifesta il proprio intento garantista e sostanzialista nei confronti degli studenti, spostando l'oggetto delle valutazioni scolastiche da un giudizio puntuale in ordine al grado di preparazione dello studente ad un più ampio giudizio prognostico in ordine alla relativa capacità di maturazione didattica e personale nel corso del normale percorso scolastico.

Questo mutamento dell'oggetto del giudizio ha consentito, infatti, un più penetrante sindacato giurisdizionale sulla completezza della ricostruzione del percorso scolastico, nonché sulla ragionevolezza ed attendibilità di detto giudizio.

Parallelamente, in materia concorsuale, sempre più intenso – come visto – è divenuto il sindacato del giudice amministrativo sul fatto, con

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI
PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI VALUTAZIONI SCOLASTICHE,
UNIVERSITARIE E CONCORSUALI

particolare attenzione alla verifica della veridicità di tutti i rilievi posto dalla Commissione a fondamento del giudizio espresso.

In conclusione, quindi, può dirsi costante – anche in questo settore – la presenza di due tendenze contrapposte, vale a dire, da una parte, la deferenza del giudice amministrativo rispetto alle conclusioni raggiunte dalle commissioni – giustificato, come più volte ripetuto, dalla natura altamente discrezionale delle valutazioni in questione e probabilmente, in maniera implicita, anche dalla consapevolezza di non possedere il bagaglio tecnico idoneo per sostituirsi all'Amministrazione -, dall'altra la progressiva oggettivazione del processo valutativo, che ha consentito una maggiore pervasività del sindacato giurisdizionale sulla completezza dell'analisi tecnica compiuta dalle commissioni e sulla ragionevolezza e coerenza delle conclusioni da questa raggiunte.

Tale costante tensione nella ricerca di un difficile equilibrio tra il rispetto della spiccata specializzazione tecnico-scientifica propria dei membri delle commissioni valutatrici e la garanzia di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, perseguita attraverso l'oggettivazione degli apprezzamenti tecnici, costituisce, a giudizio di chi scrive, sia l'elemento maggiormente caratterizzante la giurisprudenza analizzata, sia la base di un controllo giurisdizionale più intenso di quello esercitato dal giudice amministrativo in altri settori esaminati, certamente da auspicarsi nella prospettiva di garantire una maggiore certezza del diritto nelle fattispecie concorsuali (di più ampio genere), dove la prevedibilità dei risultati del potere discrezionale – prima - e la verificabilità degli stessi da parte del giudice – poi - costituirebbe, all'evidenza, un risultato auspicabile nell'interesse dell'intera collettività.

Considerazioni conclusive

Nello sviluppo di questa tesi di dottorato si è teso ad operare una ricostruzione delle principali tendenze dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla complessa tematica inerente l'intensità del sindacato esercitabile dal Giudice Amministrativo sui provvedimenti amministrativi espressione della c.d. discrezionalità tecnica.

Questo dapprima con un approccio di ordine più generale e teorico, per poi effettuare un'analisi aggiornata della giurisprudenza amministrativa riguardante alcuni macro-settori di particolare rilievo, pur nella consapevolezza di (doverne) tralasciare altri parimenti interessanti e rilevanti – quali, ad esempio, il settore dei contratti pubblici ovvero quello inerente il contenzioso legato all'avanzamento di carriera dei magistrati –, onde non superare, per estensione e numero di temi trattati, la configurazione propria della ricerca.

Prendendo le mosse – nel primo capitolo – dal progressivo affinamento del concetto di discrezionalità amministrativa e dall'analisi delle sue “*declinazioni*” – che ha portato tradizionalmente a distinguere tra discrezionalità c.d. “pura” e discrezionalità c.d. “tecnica” – e considerando l'ampia diffusione di compenetrazioni della tecnica nell'ordinamento giuridico, caratterizzato sempre più da disposizioni che richiedono alla Pubblica Amministrazione di svolgere valutazioni tecniche per darvi attuazione, si è giunti ad evidenziare come la questione teorica della discrezionalità tecnica abbia assunto rilievo, sin dall'origine, in una prospettiva di tutela giurisdizionale e processuale, addirittura quasi proprio identificandosi nel tema dei limiti del sindacato del Giudice Amministrativo sulle determinazioni adottate dal potere esecutivo (la Pubblica Amministrazione) sulla base di una valutazione tecnica.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Tale approfondimento di ordine generale ha fatto emergere i due principi, in tensione tra loro, che hanno da sempre animato il dibattito in ordine al tema oggetto della presente ricerca, ossia, da un lato, il principio di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale – che sottende una soddisfazione la più possibile “piena” dell’aspettativa di tutela che l’ordinamento garantisce al soggetto che si relaziona con il potere amministrativo – e, dall’altro, il principio di separazione dei poteri, da cui scaturisce quello di autonomia e responsabilità dell’Amministrazione e di c.d. riserva di amministrazione (oggi in certa misura sancito dall’art. 34, comma 2, del Codice del Processo amministrativo).

Tracciate queste premesse, si è ripercorsa l’evoluzione dell’intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti adottati dall’Amministrazione nell’esercizio della discrezionalità tecnica, evidenziando la progressiva apertura, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, in favore di un sindacato maggiormente penetrante del Giudice Amministrativo.

Tale disamina ha consentito di mettere in luce come questo percorso teorico e giurisprudenziale sia stato guidato e supportato dalla contemporanea stagione di riforme del processo amministrativo, dalla fine dello scorso millennio, permeata dall’intento di garantire una protezione piena ed effettiva per i soggetti amministrati, mediante una tendenziale trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull’atto a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto.

E’ parso evidente, infatti, come tale mutamento di prospettiva del processo amministrativo e la connessa attribuzione di un diverso ruolo al Giudice Amministrativo – che può e deve oggi scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata in giudizio anche mediante un pieno accesso alla cognizione del fatto sotteso all’adozione del provvedimento impugnato, con l’impiego di più penetranti mezzi istruttori oggi cristallizzati nel Codice del processo (in particolare, la verifica e la consulenza tecnica) – abbia fisiologicamente aperto la strada, dapprima, all’idea di una

sindacabilità intrinseca della valutazioni tecniche, seppur nei limiti della loro “attendibilità” e, più di recente, anche ad un sindacato presieduto dal criterio della “maggiore attendibilità” della scelta compiuta dall'Amministrazione rispetto alle più evolute conoscenze della comunità scientifica di riferimento, dove il Giudice Amministrativo non è chiamato a sostituire la propria decisione a quella dell'Amministrazione, ma, al contempo, non è costretto ad arrestarsi al limite del sindacato di “mera attendibilità”.

Da tali prime considerazioni, a sommosso avviso della scrivente, vi è una prima conclusione che pare già potersi trarre: si sta assistendo ad un virtuoso percorso evolutivo del Giudice Amministrativo e la nuova declinazione di “sindacato pieno” sui provvedimenti amministrativi espressione della c.d. discrezionalità tecnica – che sta da ultimo emergendo in maniera trasversale in tutti settori e che sembrerebbe destinata a consolidarsi nella giurisprudenza – pare dover essere considerata positivamente.

Questa, infatti, non lede il tradizionale principio di separazione tra giurisdizione e Amministrazione ed allinea il Giudice Amministrativo ai principi fondamentali dell'ordinamento, come l'effettività della tutela delle posizioni soggettive fatte valere in giudizio e la pienezza del controllo giurisdizionale, il cui rispetto si rivela essenziale per garantire “giustizia nell'amministrazione” e, quindi, “buona amministrazione”⁴⁰¹.

La ricerca, nei tre capitoli centrali, si è quindi soffermata sulla verifica dell'effettiva esperienza giurisprudenziale in specifici settori della vita economica e sociale ritenuti di particolare interesse e dove le decisioni amministrative risultano caratterizzate da un ampio ricorso, da parte dell'Amministrazione, alla discrezionalità tecnica.

⁴⁰¹ Su tali temi si rinvia a M.A. SANDULLI, *La “risorsa” del Giudice Amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 1/2021, pp. 38-49; M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, pp. 1-78. Sul tema si veda anche A. GIUFFRIDA, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Si è adottata un'impostazione di analisi comune per consentire un confronto più efficace sia tra gli orientamenti desumibili dalle pronunce dei Giudici, sia quanto alle modalità di controllo utilizzate nella prassi, nell'auspicato intento di poter trarre conclusioni utili in merito al quesito che costituisce il cuore della presente ricerca, vale a dire: in che modo è stato e, soprattutto, viene oggi effettivamente esercitato il controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche effettuate dalle Pubbliche Amministrazioni?

Sebbene non sia possibile giungere ad una conclusione esaustiva su tale interrogativo, l'indagine compiuta permette di rendere alcune considerazioni.

Una prima serie di considerazioni riguarda il livello di controllo esercitato dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni tecniche.

Nei tre settori analizzati – patrimonio culturale, sanzioni amministrative e valutazioni scolastiche – si evidenzia particolarmente la complessità e la delicatezza del ruolo del Giudice amministrativo nel trovare un equilibrio tra la deferenza verso le decisioni (*rectius* la competenza) dell'Amministrazione e l'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva.

Il Giudice Amministrativo è in effetti costantemente impegnato nel difficile compito di bilanciare questi due aspetti e, nel farlo, pare spesso influenzato dalla complessità e dalla specializzazione delle questioni coinvolte in ciascun settore.

Di conseguenza, la prima conclusione che si può trarre – e ciò pare particolarmente significativo ai fini della ricerca – è che l'intensità del sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni tecniche varia considerevolmente a seconda del settore specifico dell'ordinamento considerato.

In particolare, si è osservata una variazione nel livello di tale sindacato giurisdizionale in base alla complessità, alla natura e alla specializzazione delle valutazioni coinvolte nei diversi settori.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Laddove, infatti, le decisioni implicano valutazioni ed interpretazioni maggiormente soggettive, come nel settore culturale, il Giudice Amministrativo pare più incline a mostrare deferenza verso le stesse.

Diversamente, quando i provvedimenti amministrativi si fondano su criteri più oggettivi e standardizzati, come nel settore scolastico ovvero nelle valutazioni accademiche, si osserva un progressivo aumento del controllo giudiziario.

In questi ultimi contesti, infatti, il Giudice, disponendo di una base più solida per esercitare un sindacato maggiormente approfondito sulle decisioni delle commissioni esaminatrici, sembra prestare maggiore attenzione alla completezza ed alla ragionevolezza delle relative decisioni.

Come anticipato, l'intensità del sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo sulle valutazioni tecniche pare inoltre variare anche in relazione al livello di competenza tecnica richiesto alla Pubblica Amministrazione decidente.

Così, alla luce della ricerca svolta, pare potersi concludere che il sindacato del Giudice Amministrativo si atteggia in maniera inversamente proporzionale al grado di specializzazione dell'organo titolare del potere decisorio: maggiore è il suo livello di competenza tecnica, minore sembra essere il grado del controllo giurisdizionale sulla decisione adottata; ne sono un esempio, le decisioni assunte dalla P.A. nel settore del patrimonio culturale, nonché le valutazioni scolastiche ed accademiche, dove il Giudice Amministrativo si mostra tendenzialmente meno incline ad interferire nelle decisioni tecniche in considerazione riconoscimento dell'elevato grado di *expertise* e specializzazione tecnico scientifico delle figure professionali – in particolare insegnanti e professori universitari – titolari del potere valutativo in esame (seppur, come anticipato, anche in questi ultimi settori il Giudice comunque tenda a verificare quanto meno la completezza ed la ragionevolezza della decisione assunta dall'Amministrazione).

Tale ritrosia da parte del Giudice Amministrativo sembra tuttavia attenuarsi, alla luce delle ricerche condotte, quando si trova a valutare

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

decisioni su materie giuridiche, in ordine alle quale è consapevole di possedere la stessa specializzazione richiesta all'organo giudicante, come ad esempio una Commissione nazionale per l'abilitazione scientifica nazionale, talché in questi casi il Giudice Amministrativo è orientato ad esercitare un controllo giurisdizionale sicuramente più incisivo⁴⁰².

Sempre dall'esame svolto e, in particolare da un esame comparativo dell'atteggiamento del Giudice Amministrativo nei diversi settori esaminati, si evince, infine, la sua tendenza ad esercitare un controllo più incisivo su provvedimenti amministrativi di particolare rilievo ed aventi una maggiore e rilevante ricaduta economica, ma, tutto sommato, numericamente contenuti, e di escludere, invece, un controllo penetrante su singoli provvedimenti amministrativi puntuali, magari reiterabili, in quanto un siffatto controllo potrebbe mettere in crisi il rapporto tra Amministrazione e cittadini.

Forse anche così può spiegarsi il sindacato più incisivo sulle decisioni delle Autorità Indipendenti, che esercitano poteri a dir poco importanti ma che intervengono a ben vedere in ipotesi circoscritte, piuttosto che su provvedimenti dell'Amministrazione in materia di pianificazione⁴⁰³, che

⁴⁰² A mero titolo esemplificativo, si rinvia alla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VII, n. 7380 del 23 agosto 2022, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, dove il Giudice Amministrativo di secondo grado ha accolto l'appello proposto avverso la Sentenza del T.A.R. Lazio - che aveva confermato la legittimità del giudizio di non idoneità alla funzione di professore universitario di II fascia, settore concorsuale 12/D1 *Diritto Amministrativo* per non essere il giudizio discrezionale inficiato dai profili di eccesso di potere dedotti dal ricorrente - sulla scorta di una attenta disamina del contenuto degli articoli redatti dal candidato, attribuendo ai giudizi di revisione in doppio cieco in precedenza ottenuti una valenza sostanzialmente dirimente (anche) ai fini della valutazione delle opere in questione da parte della Commissione nazionale per l'abilitazione scientifica nazionale.

⁴⁰³ Cfr., *ex multis*, la recente T.A.R. Veneto, Sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2951, dove si legge che «Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, in materia di pianificazione urbanistica deve essere riconosciuta al Comune un'ampia discrezionalità, con la conseguenza che la posizione dei privati risulta recessiva rispetto alle determinazioni dell'Amministrazione, in quanto scelte di merito non sindacabili dal giudice amministrativo, salvo che non siano inficiate da arbitrarietà o irragionevolezza manifeste, ovvero da travisamento dei fatti in ordine alle esigenze che si intendono nel concreto soddisfare, potendosi derogare a tale regola solo in presenza di situazioni di affidamento qualificato dei privati a una specifica destinazione del suolo.».

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

costituiscono invece la “normalità” della gestione amministrativa⁴⁰⁴ dove, in definitiva, il controllo si rivela tutt’ora contenuto.

Una seconda serie di considerazioni di sintesi che si possono trarre concerne le concrete modalità di esercizio del controllo giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi basati su valutazioni tecniche.

Tuttavia, prima di entrare nel dettaglio, necessita una breve premessa.

Se è ben vero che il Giudice Amministrativo è stato istituito principalmente per esercitare un sindacato sulla discrezionalità amministrativa - essendogli stata affidata la cognizione dei provvedimenti amministrativi, la maggior parte dei quali sono espressione dei poteri discrezionali della P.A. -, è altrettanto vero che tale controllo è “nato” come un controllo “*delicato*”⁴⁰⁵, in quanto il potere discrezionale, da un lato, è necessario per perseguire adeguatamente l’interesse pubblico in situazioni specifiche⁴⁰⁶ e, dall’altro, rappresenta un potere che si avvicina a quello politico, generando, quindi, in capo al Giudice Amministrativo il timore di invadere un campo a lui non assegnato.

Questa consapevolezza di svolgere un ruolo delicato e di “*cerniera*” – peraltro tanto più necessario in un ordinamento, quale il nostro, dove la concezione tradizionale dell’attività amministrativa quale mera esecuzione della legge è stata evidentemente superata, lasciando spazio ad una maggiore autonomia funzionale, implicita nelle disposizioni legislative, che,

⁴⁰⁴ Il Consiglio di Stato, con orientamento risalente e sedimentato, ritiene infatti, che «Le determinazioni assunte in materia di pianificazione urbanistica del territorio comunale si connotano per l’ampia discrezionalità di cui godono gli enti (Regione; Comuni) che intervengono nel procedimento complesso finalizzato alla approvazione e ai successivi aggiornamenti degli atti di pianificazione urbanistica comunale, cui corrisponde un sindacato giurisdizionale di carattere estrinseco e limitato al riscontro di palesi elementi di illogicità e irrazionalità apprezzabili *ictu oculi*: a tale sindacato è, viceversa, estraneo l’apprezzamento della condivisibilità delle scelte, profilo appartenente alla sfera del merito»; così Consiglio di Stat, Sez. IV, 21 agosto 2023, n. 7881.

⁴⁰⁵ Così C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione, Atti del convegno annuale, Bologna 7-8 ottobre 2022*, Napoli, 2023, pp. 243 ss..

⁴⁰⁶ Così G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti per Franco Scoca*, Napoli, 2020, IV, pp. 3707 ss..

in un'ottica di un' "amministrazione di risultato"⁴⁰⁷, ricorrono sempre più a concetti giuridici indeterminati⁴⁰⁸ – ha indotto il Giudice Amministrativo, nel corso del tempo, ad esercitare il controllo sulla discrezionalità in maniera più o meno incisiva, ma in ogni caso mascherando l'intensità del controllo attraverso formule che non lasciano trasparire il significato di questa valutazione.

Così, come risulta dall'indagine qui svolta, è più frequente che il controllo sull'esercizio della discrezionalità tecnica vi sia quando il Giudice Amministrativo si limita, in apparenza, ad un controllo di mera legalità formale piuttosto che nei casi in cui dichiara esplicitamente di voler effettuare un controllo intrinseco.

Nel primo caso, infatti, il controllo di legittimità formale, anche estremamente analitico, non potrà essere criticato in alcun modo⁴⁰⁹, mentre nel secondo frangente, anche se il controllo fosse minimo, non potrebbe

⁴⁰⁷ Cfr. M. IMMORDINO e A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2003. Il principio del risultato, che costituisce un portato del principio di legalità sostanziale, è, negli ultimi anni, senz'altro molto caro al Legislatore: lo testimonia sia il contenuto dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m. ed ii., sia la recente modifica dell'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 e s.m. ed ii., certamente finalizzata al perseguimento (anche) di tale principio, sia la sua espressa elevazione, nel nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), a c.d. "super principio"; sul tema, si veda C. CONTESSA, *Principio del risultato e della fiducia e sindacato sulla discrezionalità degli enti aggiudicatari*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2023, pp. 135 ss. e A. POLICE, *Endiadi o antitesi? Principio di legalità e principio di risultato nel sindacato del giudice amministrativo sul potere discrezionale delle P.A.* - *Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2023, pp. 354 ss.

⁴⁰⁸ Sul tema si rinvia all'interessante analisi di E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle Amministrazioni*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2014, pp. 759 ss., secondo il quale ricorrendo a concetti giuridici indeterminati il legislatore rinuncia a vincolare, a monte, le scelte che, a valle, l'amministrazione deve adottare; per converso, i processi selettivi e decisionali amministrativi vengono segnati da un sempre più alto profilo di discrezionalità.

⁴⁰⁹ In tal senso sono significative tutte quelle pronunce esaminate nel corso della presente ricerca che, ritenendo fondate la censura di difetto di motivazione connessa alla censura di violazione del principio di proporzionalità, giungono ad un sindacato significativo di provvedimenti ampiamente i discrezionali.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

comunque escludersi una critica per aver il Giudice asseritamente invaso il campo delle scelte dell'Amministrazione.

Per tale ragione – e trattasi, questa, di ulteriore conclusione che si può trarre ad esito della ricerca svolta –, onde comprendere l'odierno effettivo sindacato esercitato dal Giudice Amministrativo, occorre non lasciarsi sviare dalle affermazioni, spesso di principio, presenti nelle sentenze, che talvolta non si riflettono nel concreto sindacato esercitato.

Questa considerazione consente, a sommosso avviso di chi scrive, di poter altresì affermare che, al di là delle configurazioni teoriche e delle affermazioni spesso di principio che si ritrovano nelle singole pronunce, il concreto approccio della giurisprudenza al sindacato sulle valutazioni tecniche si rivela ancora notevolmente incerto ed incostante, non lasciando conseguentemente spazio ad una prevedibilità di giudizio.

Se, come si è visto, con riferimento alle scelte delle Autorità Indipendenti il Giudice si è dimostrato preparato e disponibile ad effettuare un sindacato anche molto penetrante⁴¹⁰, nella gran parte dell'attività amministrativa con connotazione tecnica ciò, in realtà, ancora non accade e l'individuazione, da parte del Giudice Amministrativo, di limiti oltre il quale il controllo non può essere effettuato è molto diffusa.

La ricerca svolta ha fatto emergere anche come la limitazione del controllo sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica sia molto spesso la conseguenza della preoccupazione di sconfinare in un giudizio di merito e come, onde evitare tale pericolo, il Giudice Amministrativo in molti casi si astenga da utilizzare i mezzi istruttori a sua disposizione per verificare la correttezza del percorso decisionale seguito dall'Amministrazione, limitandosi a riscontrare estrinsecamente la mera logicità della scelta, con esclusione della possibilità di ritenere non corretta la valutazione tecnica che rientri nell'ambito della opinabilità.

Infatti, come è emerso nel compiere la ricerca, il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica,

⁴¹⁰ Cfr. *supra*, capitolo III.

nonostante l'evoluzione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, viene ancora frequentemente effettuato come "controllo sul provvedimento", attraverso l'arricchimento del contenuto del vizio di legittimità costituito dall'eccesso di potere mediante l'individuazione di nuovi "criteri sintomatici", tra cui, oggi, come già visto, assume particolare rilevanza quello costituito dalla proporzionalità⁴¹¹.

Senonché, è lecito dubitare – come gran parte della dottrina dubita⁴¹² – che la tecnica propria del controllo sull'eccesso di potere, sia pur estesa al massimo grado ed evoluta nel senso indicato, possa risultare adeguata per valutazioni che richiedono l'applicazione di arti, scienze o tecniche particolari.

Essa consente di verificare al meglio se un procedimento amministrativo si sia svolto correttamente, non che altrettanto sia avvenuto per il procedimento tecnico; consente, in particolare, di verificare se l'istruttoria sia stata svolta adeguatamente, ma non se la decisione tecnica abbia valutato tutti i dati rilevanti.

L'impiego, da parte del Giudice Amministrativo, di queste modalità di controllo e la sostanziale correlata rinuncia all'utilizzo dei mezzi istruttori messi a disposizione dal Codice del Processo, paiono far sì che il sindacato

⁴¹¹ Come già rilevato nel II capitolo, si tratta di un aspetto sintomatico importante in quanto collega la valutazione compiuta dall'Amministrazione in ordine all'interesse pubblico da perseguire ed ai vantaggi che una data soluzione può consentire (in relazione a questo perseguimento) con gli interessi pubblici e privati contrapposti o interferenti, che devono essere comunque considerati per raggiungere l'obiettivo con il minor sacrificio possibile di detti interessi. Vi è, dunque, una valutazione comparata dell'esigenza pubblica con l'esigenza privata, la quale, in precedenza, non era prevista negli aspetti sintomatici dell'eccesso di potere, dal momento che l'aspetto sintomatico più vicino, vale a dire l'ingiustizia grave e manifesta, veniva apprezzato solo con riferimento a limitatissime ipotesi (per lo più in relazione a provvedimenti sanzionatori) e veniva individuato in ipotesi ancora più limitate, proprio in quanto l'aggettivazione introdotta rendeva utile il riscontro dell'assenza di questo elemento soltanto in ipotesi limite. Al contrario il principio di proporzionalità è un principio di applicazione generalizzata, talché la verifica dell'assenza di una violazione di questo principio come elemento sintomatico dell'eccesso di potere può farsi con riferimento a tutti i provvedimenti e discrezionali. A tale tema dedica un'attenta analisi S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 aprile 2020.

⁴¹² Così C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, cit..

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

giurisdizionale, nonostante venga nelle stesse pronunce talvolta definito “*intrinseco*”, non venga, in verità, effettivamente esercitato come dovrebbe.

Così, nonostante i molti anni oramai trascorsi dalla nota Sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, *leading case* dove si concludeva nel senso della piena sindacabilità delle valutazioni tecniche, pare doversi riconoscere che gli approdi della giurisprudenza maggioritaria non possono reputarsi ancora del tutto soddisfacenti ed il percorso avviato è ben lungi dall’aver raggiunto un punto d’arrivo.

Infatti, pur essendo ormai affermazione comune – ma invero più nelle dichiarazioni di principio che nella concreta applicazione – che le valutazioni tecniche dovrebbero essere pienamente e doverosamente sindacabili, poiché riguardano l’accertamento dei fatti, sino ad oggi non può dirsi ancora riscontrabile un solido orientamento giurisprudenziale in tal senso.

Le pronunce del Giudice Amministrativo, infatti, nella maggior parte dei casi e pur in assenza di un fondamento di diritto positivo, riconoscono ancora in favore dell’Amministrazione una sostanziale riserva in relazione ai giudizi tecnico-valutativi, nonostante ciò si ponga in evidente contrasto con il principio di pienezza della tutela giurisdizionale, stabilito in via generale dagli art. 24 della Costituzione e ribadito con riferimento all’azione della Pubblica Amministrazione del successivo art. 113.

Ed in effetti, tale posizione della giurisprudenza (o, più propriamente di gran parte della giurisprudenza) non pare condivisibile e le pronunce – comunque non isolate – che affermano invece la piena sindacabilità delle valutazioni tecniche dovrebbero essere incoraggiate ed implementate, trovando esse altresì conforto nelle recenti pronunce della Corte di Cassazione, la quale, con nettezza, ha affermato che «il controllo di legittimità del giudice amministrativo importa un sindacato pieno non solo sul fatto, ma pure sulle valutazioni, pure di ordine tecnico operate

dall'amministrazione»⁴¹³ e che «è inscindibilmente connaturato alla sua funzione che l'ambito del controllo di legittimità del giudice amministrativo esiga la pienezza del sindacato non solo sul fatto sottostante il provvedimento devoluto al suo esame, ma pure sulle valutazioni, anche e soprattutto di ordine tecnico operate dall'amministrazione».⁴¹⁴

Del resto, paiono pienamente condivisibili le argomentazioni rese da autorevole dottrina⁴¹⁵ secondo cui ogni limitazione del sindacato del Giudice amministrativo laddove vi sia esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, di discrezionalità tecnica non sia corretta.

E ciò in quanto dal momento che l'attività connotata da discrezionalità tecnica non ha nulla a che vedere con le scelte politico-amministrative della collettività nazionale ed il ricorso al Giudice è strumento individuato dal nostro sistema democratico a garanzia della convivenza civile, non trova giustificazione la sottrazione alla valutazione del Giudice dell'attività connotata da discrezionalità tecnica.

Il Giudice, quindi, dovrebbe sempre poter valutare appieno l'attività tecnica dell'Amministrazione e la discrezionalità tecnica rimane concetto utile per chiarire il parametro – che, in tal caso, è più tecnico che amministrativo – di riferimento per la Pubblica Amministrazione rispetto scelta compiuta: ciò, all'evidenza, non dovrebbe condurre ad una riduzione del controllo giurisdizionale, ma, semmai, ad un suo incremento.

D'altro canto, la scelta di limitare il sindacato del Giudice Amministrativo nelle ipotesi di esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, di discrezionalità tecnica neppure pare essere supportata dal punto di vista strettamente processuale.

Ed invero, considerato che il Giudice Amministrativo ha il potere di esaminare in modo esaustivo i fatti e che l'analisi tecnica riguarda

⁴¹³ Cfr. Cass. Sez. Un., n. 18592 del 7 settembre 2020, in *Foro Amm.*, 2021, pp. 17 ss.

⁴¹⁴ Cfr. Cass. Sez. Un., n. 6691 del 9 marzo 2020, in *Foro Amm.*, 2020, pp. 1355 ss., dove si aggiunge al passo riportato nel testo «col solo ovvio limite del divieto di sostituzione diretta di una propria scelta a quella dell'autorità amministrativa».

⁴¹⁵ Così C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, cit.

comunque una questione di fatto, sebbene sia formulata con riferimenti specifici alla scienza o alla tecnologia, non dovrebbe limitarsi ad affermare che la valutazione effettuata dall'Amministrazione rientra nell'ambito dell'opinabilità, poiché in questo modo dà luogo, in concreto, ad un improprio *non liquet*.⁴¹⁶

Tuttavia, è importante sottolineare che il Giudice non può formulare autonomamente una soluzione diversa da quella proposta dalle parti coinvolte, né può sostituirsi a loro o alla Pubblica Amministrazione, tranne nei casi specifici di giurisdizione di merito.

La soluzione al problema potrebbe essere raggiunta – come autorevole dottrina ha prospettato⁴¹⁷ – sulla base delle normali tecniche processuali e, in particolare, della corretta applicazione della regola di giudizio relativa all'onere della prova.

Segnatamente, infatti, se il ricorrente, nel criticare gli atti di valutazione dell'Amministrazione, è in grado di offrire al Giudice la propria interpretazione dei fatti ed una propria valutazione tecnica più convincente di quella della Pubblica Amministrazione, il ricorso dovrebbe essere accolto; al contrario, se non riesce a farlo, il gravame dovrebbe essere respinto.

In questo senso, risultano particolarmente chiare le parole di Franco Gaetano Scoca, secondo il quale «la piena scrutinabilità delle valutazioni tecniche opinabili alla luce della tesi maggiormente attendibile emergente in giudizio e la prevalenza del convincimento del giudice, raggiunto a seguito del contraddittorio processuale e del contributo tecnico dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio, sulla tesi elaborata dall'Amministrazione, e portate in giudizio come tesi di una delle parti processuali, non è altro che la conclusione fisiologica del sindacato effettivo che il Giudice

⁴¹⁶ Questo aspetto viene sottolineato da M. CLARICH, *I materiali della legge nel giudizio amministrativo*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, 20 settembre 2022.

⁴¹⁷ Cfr. F.G. SCOCA e L. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, 6 settembre 2023, reperibile in www.federalismi.it; nella stessa prospettiva si veda anche C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, cit.

Amministrativo deve condurre affinché esso possa essere considerato rispettoso dei principi costituzionali.»⁴¹⁸

Infine, un'ultima serie di considerazioni si impone in ordine all'idoneità o meno del nostro attuale assetto processuale amministrativo a soddisfare, o – meglio – a supportare, l'auspicato sindacato pieno sull'esercizio della discrezionalità tecnica, in vista del suo sperato consolidamento.

Ad avviso di chi scrive, il vigente modello, per come codificato dal Codice del processo amministrativo, è già idoneo a garantire un sindacato pieno ed effettivo anche sulla decisione amministrativa discrezionale tecnica, poiché è in grado di offrire una tutela esauriente – considerando la possibilità di ricorrere a diverse forme di tutela, anche risarcitoria, di accertamento e di condanna e la tendenziale atipicità delle azioni -, basata sulla possibile conoscenza approfondita del fatto, anche con il supporto degli ausiliari del Giudice disponendo verifica o C.T.U., e sottoponendo il provvedimento amministrativo gravato a ben quattro fasi di controllo, vale a dire: a) un controllo di legalità formale, che si sostanzia nell'eventuale rilevazione dei vizi di incompetenza e violazione di legge; b) un controllo di legittimità sostanziale, calibrato sugli indici sintomatici del vizio di eccesso di potere; c) un controllo di attendibilità del metodo tecnico-scientifico scelto dall'Amministrazione, nonché della accettabilità delle conclusioni tratte da tale metodo; d) un test di proporzionalità e ragionevolezza del mezzo impiegato rispetto sia al risultato da perseguire, sia al complessivo equilibrio degli interessi pubblici e privati in gioco.

Nell'ambito di tale articolato modello processuale, in un momento, quale quello attuale, in cui Legislatore sembra tendenzialmente estendere l'ambito della discrezionalità tecnica⁴¹⁹, quel che si potrebbe auspicare, da

⁴¹⁸ F.G. COCA e L. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, cit.

⁴¹⁹ Tale tendenza emerge chiaramente nel nuovo Codice dei Contratti pubblici; sul tema si veda S. TOSCHEI, *Il recupero del primato della discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici dl 2023*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di*

parte del Giudice Amministrativo al fine di potersi meglio esprimere su valutazioni tecniche complesse, è di fatto lo svolgimento di un'istruttoria più attenta in ordine ai fatti ed un maggiore e migliore utilizzo delle verificazioni e delle consulenze tecniche – trattandosi, questa, peraltro, di problematica emersa nel corso della presente ricerca in pressoché tutti i settori esaminati –, atteso che, *rebus sic stantibus*, la garanzia per un autentico sindacato sulla discrezionalità tecnica potrebbe collocarsi proprio in una corretta fase dell'istruttoria⁴²⁰, da sempre considerata il cuore di qualunque processo (e, dunque, ragionevolmente anche di quello amministrativo del terzo millennio, correttamente modernizzato), radicandosi in essa - come a suo tempo affermato da Piero Calamandrei - «le fondamenta della decisione sul terreno della realtà dei fatti»⁴²¹.

cognizione-Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa", Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di F. FRANCIARIO e M.A. SANDULLI, cit, pp. 387 ss.

⁴²⁰ Al riguardo si rinvia al recente contributo di F. RISSO, *L'istruttoria come garanzia per un autentico sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione-Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa", Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di F. FRANCIARIO e M.A. SANDULLI, cit, pp. 353 ss.*

⁴²¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1943.

Indice delle opere e degli autori citati

- AA.VV., *L'autonomia universitaria, Atti del convegno dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti* (Bologna, 25-26 novembre 1988), Padova, 1990;
- ACQUARONE L., *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, E.C.I.G., Genova, 1985;
- ALIBRANDI T. - FERRI P., - *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, pp. 268;
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 294 ss.;
- AMATO G., *Rapporti tra norme primarie secondarie*, Milano, 1962;
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1998, pp. 645 ss.;
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, pp. 11 ss.;
- AMATO V., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, pp. 645 ss.;
- ANCORA F., *Normazione tecnica, certificazioni di qualità e ordinamento giuridico*, Torino, 2000;
- ANDINA T., *Transgenerazionalità. Una filosofia per le generazioni future*, Roma, 2020;
- ANTISERI D., *Liberi purché fallibili*, Soveria Mannelli, Ed. Rubettino, 1995;
- ANTISERI D., *Karl Popper*, Soveria Mannelli, Ed. Rubettino, 1999;
- ARDIZZONE U., *Sanzioni amministrative*, in *Nov. dig. it.*, vol. XI, UTET, Torino, 1939, pp. 1804 ss.;
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967;
- BANFI A., *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 605 ss.;

- BARETTONI ARLERI A. - MATARAZZO F., voce *Università*, in *Enc. Dir.* 1992, XLV, pag. 826;
- BASSI F., *La norma interna*, Milano, 1963, pp. 542 ss.;
- BASSI N., *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, pp. 17 ss.;
- BASSI N., *Principio di legalità e potere amministrativi impliciti*, Milano, 2001;
- BATTISTELLA S., *Brevi riflessioni sulla parità delle armi nel processo amministrativo e sul ruolo del giudice amministrativo nel superamento delle disuguaglianze tra pubblica amministrazione e privati nel diritto amministrativo sostanziale*, in *Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale*, a cura di IVALDI P. e SCHIANO DI PEPE L., Genova, 2023, pp. 217 ss.;
- BENEDETTI A., *Certezza pubblica e "certezze private"*, Milano, 2010;
- BENINI S., *La discrezionalità nei vincoli culturali e ambientali*, in *Foro.it*, 1998, III, p. 328;
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 297;
- BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1959, pp. 537 ss.;
- BENVENUTI F., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA. VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, pp. 33 ss.;
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, 2023;
- BIFULCO R., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008;
- BIONDINI P., *Approcci definitivi alla "norma tecnica"*, in GRECO N., *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale*, Roma, 1999, pp. 31 ss.;

- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 20 ss.;
- BOBBIO N., *Sanzione*, in *Noviss. Dig.it.*, Torino, UTET, 196, pp. 530 ss.;
- BOCCHI G. (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, 1986;
- BOGNETTI G., *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto Pubbl.*, Torino, 1996, pp. 372 ss.;
- BOMBARDELLI M., *Le Autorità Amministrative Indipendenti, Report Annuale – 2013 – Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013;
- BORIELLO F., *Estetica, decoro e coerenza architettonica del contesto urbano nella giurisprudenza italiana e olandese*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, pp. 321-374;
- BORSELLINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006;
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1943.
- CAMILLI E.L. - CLARICH M., *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, reperibile in www.astrid-online.it;
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1900, pp. 58 ss.;
- CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, pp. 276 ss.;
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di MIELE G., Padova, 1960, pp. 410-11;
- CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Discrezionalità della Commissione, signora della prova, e horror vacui del giudice comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. e europeo*, 2000, pp. 1770 ss.;
- CARACCILO LA GROTTIERA V., *Verificazione e consulenza tecnica nel processo amministrativo. Nota a Consiglio di Stato 24 marzo 2023 n. 3025*, reperibile in www.giustiziainsieme.it;

- CARANTA R., *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in CASSESE S. – FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole, le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, pp. 165 ss.;
- CARANTA R., *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, pp. 1334 ss.;
- CARINGELLA F. - GAROFOLI G. (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Napoli, 2000;
- CARINGELLA F., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Società*, 2001, pp. 539 ss.;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020, pp. 997 ss.;
- CARLASSARE L., *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966;
- CARPENTIERI P., *Azione di accertamento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, pp. 385 ss.;
- CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3573 ss.;
- CASOLI L., *L'oggetto della tutela dei beni culturali*, in *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di FOLLIERI E., Napoli, 2005, pp. 51 ss.;
- CASSESE S. - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- CASSESE S., *Commento all'art. 33 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 29-34. Rapporti etico-sociali*, Roma-Bologna, 1976, pp. 210 ss.;
- CASSESE S., *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it.*, 1993, pp. 84 ss.;
- CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE S. – FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole, le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, pp. 217 ss.;

- CECCHETTI M., *Art. 9*, BIFULCO R., CELOTTO A. e OLIVETTI M. (a cura di), *La Costituzione italiana*, Torino, 2006, pp. 217 ss.;
- CECCHETTI M., *Legislazione statale e regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 312 ss.;
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999;
- CERRONI U., *Democrazia e tecnica*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 1998, pp. 168 ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 294;
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, pp. 529-530;
- CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, Atti del 53° Conv. di Studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2008;
- CESARINI L., *Il principio di ragionevolezza tra approccio costituzionale e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti giuridici*, 2017, pp. 112-130;
- CHIARELLI R., *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010;
- CHIEPPA R., *La tutela giurisdizionale*, in CIRILLO G.P. - CHIEPPA R. (a cura di), *Le autorità amministrative*, Padova, 2010, pp. 91 ss.;
- CHIEPPA R., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, pp. 348 ss.;
- CHIESI G.A., *Un nuovo mezzo istruttorio nel processo amministrativo. La consulenza tecnica e sua rilevanza con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 233 ss.;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1932, vol. I, p. 41;
- CHITI M.P. - GRECO G. (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo, Parte Generale*, G., Milano, 2007, p. 329;

- CIAMARELLI F.- MENGA F.G. (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida all'etica, al diritto e alla politica*, Napoli, 2017;
- CIMINI S., *Il potere sanzionatorio delle Amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017;
- CIMINI S., *Sanzioni amministrative*, voce in *Diritto on line Treccani-Approfondimenti enciclopedici*, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2019;
- CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, pp. 2375 ss.;
- CINTIOLI F., *Discrezionalità tecnica (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè;
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005;
- CINTIOLI F., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1207-1243;
- CINTIOLI F., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'articolo 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1212 ss.;
- CINTIOLI F., *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.;
- CINTIOLI F., *La riserva di amministrazione e le materie trasversali. "Dove non può la costituzione può la legge statale?". Ossia, "la trasversalità oltre se stessa"*, GC, 2008, pp. 3072 ss.;
- CINTIOLI F., *Nuovo processo amministrativo e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Dir. & Form.*, 2001, pp. 909 ss.;
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1014 ss.;
- CIOFFI A., *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., VI, 9 maggio 2023, 4686),* reperibile in www.giustizainsieme.it;
- CIRIACO P., *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 823 ss.;
- CIRILLO G.P. - CHIEPPA R., *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010;
- CIRILLO G.P., *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. St.*, 2001, pp. 71 ss.;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in *Riv. giur. Amb.*, 2003, pp. 253;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, 2006;
- CLARICH M. - PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*", in *Giur. comm.*, pp. 1168 ss.;
- CLARICH M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, pp. 194 ss.;
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio*, in *Dir. Amm.*, 2004, pp. 59 ss.;
- CLARICH M., *I materiali della legge nel giudizio amministrativo*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it;
- CLARICH M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in CASSESE S. – FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole, le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, pp. 149 ss.;
- CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 646 ss.;
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;
- COGNETTI S., *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in *Studi in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, p. 1001;
- CONTESSA C., *Principio del risultato e della fiducia e sindacato sulla discrezionalità degli enti aggiudicatari*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle "Giornate di studio sulla*

- giustizia amministrativa*”, *Castello di Modanella (Rapolano, Siena)*, 16 - 17 giugno 2023, a cura di FRANCARIO F. - SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 135 ss.;
- CORSO G., *Il principio di legalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 4 ss.;
- CORTESE F., *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 430 ss.;
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962;
- CROSETTI A., *La disciplina dell'attività edilizia tra norme regolamentari e norme tecniche*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, pp. 165 ss.;
- D'ALBERTI M., *Autorità amministrative indipendenti* (dir. amm.), in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1995, pp. 1 ss.;
- D'ALBERTI M., *Le autorità indipendenti: quali garanzie?*, in LANFRANCHI L. (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 158;
- D'ALOIA A., *Generazioni future* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, pp. 311 ss.;
- D'ANGELO G., *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 659 ss.;
- DAHL R., *Democrazia o tecnocrazia?*, Bologna, 1987;
- DE CHIARA M., *Il potere amministrativo sanzionatorio: profili di giurisdizione*, reperibile in www.federalismi.it;
- DE NITTO S., *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 1035 ss. ;
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Milano, 1995;
- DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 1179 ss.;

- DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla*, in *Dir. proc. civ.*, 2020, pp. 740 ss.;
- DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 75 ss.;
- DENOZZA F., *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, n. 3, pp. 469 ss.;
- DI VINCENZO V., *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Rass. Avv. Stato*, 2004, pp. 917 ss.;
- DIODATO C., *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo*, reperibile in www.federalismi.it;
- DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2007, p. 557;
- FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 118;
- FAZZALARI E., *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo – Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, pp. 79 ss.;
- FERRERO E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle Amministrazioni*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2014, pp. 759 ss.;
- FERRONI M.V., *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in *Le sanzioni amministrative. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO A. – TOSCHEI S., Torino 2012;
- FINZI C., *Il potere pratico*, Roma, 1977;
- FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003;
- FOA’ S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002;
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, Enc. Dir., XXIII, pp. 689 ss.;

FOLLIERI F., *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi di Francesco Goisis*, reperibile in www.giustiziainsieme.it;

FOLLIERI F., *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *PA – Persona e Amministrazione*, 2018, pagg. 138 ss.;

FRACCHIA F., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010;

FRANCARIO F., *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, reperibile in www.giustiziainsieme.it;

FRANCAVIGLIA M., *Populismo, Costituzione e decisioni di spesa pubblica: c'è spazio per le future generazioni?*, in ALLEGRI G. - STERPAN A. - VICECONTE N. (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019, pp. 169 ss.;

FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, pp. 549 ss.;

GALETTA D.U., *Autorità di vigilanza, disciplina procedimentale e ruolo del giudice: le indicazioni contenute nel testo unico sulla tutela del risparmio e nel disegno legge di riforma delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Econom.*, 2008, pp. 63 ss.;

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità*, Milano, 1998, pp. 171 ss.;

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia Treccani*, 2010, reperibile in [www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/);

GALLO C.E., *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione, Atti del convegno annuale, Bologna 7-8 ottobre 2022*, Napoli, 2023, pp. 243 ss.;

GERIN G., *Riflessioni sulla crisi delle istituzioni: l'incertezza del diritto*, Milano, 1979;

- GIANNINI M.S., *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, pp. 769 ss.;
- GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 83;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pp. 483 ss.;
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 14 ss.;
- GIANNINI M.S., *Sull'art. 9 della Costituzione*, in *Studi in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, pp. 435 ss.;
- GIOVAGNOLI R. - FRATTINI M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta commentata con dottrina e giurisprudenza*, Milano 2009;
- GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in Relazione tenuta al convegno “Le Autorità amministrative indipendenti, bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, tenutosi presso la sede Consiglio di Stato il 28 Febbraio 2013, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it;
- GIUFFRIDA A., *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012;
- GIUSTI A., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente 'attenta riconsiderazione' giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 135 ss.;
- GOISIS F., *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa”*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di FRANCARIO F. e SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 301 ss.;
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.
- GOISIS F., *Le sanzioni amministrative e il diritto europeo*, in *La sanzione amministrativa*, (a cura di) CAGNAZZO A. – TOSCHEI S. – TUCCARI F.F., Milano, 2016, pagg. 31 ss.;

- GRANARA D., *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 2023, pp. 591 ss.;
- GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006;
- GRECO G., *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale*, Roma, 1999, pp. 31 ss. ;
- GRECO G., *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, reperibile in www.aipda.it;
- GRECO G., *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2021, pp. 469 ss.;
- GRECO G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 25 ss.;
- GUARINO G., *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Milano, 1982, pp. 8 ss.
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dir. Disc. pubbl.*, p. 86;
- IANNUZZI A., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e costituzione*, Napoli, 2018;
- IEVA L., *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in *TAR*, 2001, pp. 241 ss.;
- IMMORDINO M. - POLICE A., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2003;
- IRTI N. - SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma- Bari, 2001;
- LAZZARA P., *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, pp. 212 ss.;
- LAZZARA P., *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 187 ss.;
- LEDDA F., *L'attività amministrativa*, Milano 1987;

- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss.;
- LIETO G. M., *Nota di commento al Consiglio di Stato-Adunanza Plenaria, sentenza 20 settembre 017, n. 7*, reperibile in www.lexitalia.it;
- LIGUORI F., *La discrezionalità tecnica nel pensiero di E. Presutti: una categoria a tempo?*, reperibile in www.nomos-leattualitaneldiritto.it;
- LIGUORI F., *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, reperibile in www.rivistamunus.it;
- LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva numero 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n.3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, reperibile in www.federalismi.it;
- LOMBARDO G., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, p. 4;
- LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;
- LUCIANI M., *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in BIFULCO R. - D'ALOIA A. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, pp. 424 ss.;
- LUNARDELLI M., *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, pp. 173 ss.;
- MANETTI M., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 1997, pp. 6 ss.;
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994;
- MANFREDI G., *Il riparto di competenza in tema di ambiente e paesaggio dopo la riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 515 ss.;

- MANZIONE A., *Il riparto dei giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie*, reperibile in www.giustiziainsieme.it;
- MARCHETTI B., *Il principio di precauzione*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, pp. 130 ss.;
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche, discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 209 e ss.;
- MASSERA A., “Autonomia” e “indipendenza” nell’amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 449 ss.;
- MASSERA A., *I principi generali*, in M.P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo, Parte Generale*, G., Milano, 2007, p. 329;
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *L'autonomia universitaria nella costituzione*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 229;
- MENGA F.G., *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma, 2017;
- MENGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2001, pp. 1 ss.;
- MERLONI F., *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.* 1997, pp. 639 ss.;
- MERUSI F. - PASSARO M., *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Aggiornamenti*, VI, pp. 143 ss.;
- MERUSI F., *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 442 ss.;
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir amm.*, 2002, pp. 181 ss.;
- MEYNAUD J., *La tecnocrazia. Mito o realtà?*, Bari, 1966;
- MIELE T., *Partecipazione al procedimento e principi costituzionali per un nuovo modello organizzativo della pubblica amministrazione*, Atti del XXXIX Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 16-

- 18 settembre 2003, *La Pubblica Amministrazione nella costituzione: riflessi e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, pp. 294 ss.;
- MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, p. 136;
- MIRATE S., *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 242;
- MODUGNO F., *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 472 ss.;
- MOLITERNI A., *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, pp. 5-50;
- MOLITERNI A., *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, pp. 393-439;
- MONTEDORO G., *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, pp. 105 ss.;
- MONTEDORO G. - SCODITTI E., *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Quest. Giust.*, 2021, pp. 11 ss.;
- MORBIDELLI G., *Procedimenti amministrativi delle "Authorities"*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, pp. 209 ss.;
- MORBIDELLI G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in on. di G. Guarino*, 1998, pp. 89 ss.;
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, p. 560;
- MORBIDELLI G., *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti per Franco Scoca*, Napoli, 2020, pp. 3707 ss.;
- MORBIDELLI G., *La discrezionalità amministrativa dopo la separazione tra politica e amministrazione*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia*

- amministrativa*”, *Castello di Modanella (Rapolano, Siena)*, 16 - 17 giugno 2023, a cura di FRANCIOSI F. - SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 11 ss.;
- MORIN E., *Le vie della complessità*, in AA.VV., *La sfida della complessità*, a cura di BOCCHI G. – CERUTI M., pp. 49 ss.;
- MORTATI C., *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 136;
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell’Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell’Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, pp. 997 ss.;
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1960, pp. 1106 ss.;
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1996, pp. 1413 ss.;
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti giuridici*, 2019, pp. 75-90;
- OCCHIENA M., *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4129;
- OCCHIENA M., *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Scritti giuridici*, 2020, pp. 105-120;
- OSTI C., *Un giudice a Berlino. Controllo giudiziale del giudice amministrativo italiano*, reperibile in www.aidpa.it;
- PAGLIARI G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988;
- PAJNO A., *L’esercizio di attività in forme contenziose*, in CASSESE S. - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pp. 107 ss.;
- PAJNO A., *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 617 ss.;
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 189-192;
- PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988;
- PALIERO C.E. - TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. del diritto*, 1989, pp. 345 ss.;
- PAOLANTONIO N., *Il Sindacato di legittimità sul Provvedimento Amministrativo*, Padova, 2000;

- PAOLANTONIO N., *Articolo 31*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 536 ss.;
- PARISIO V., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998;
- PARISIO V., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, Intervento all'incontro di Norimberga dedicato al principio di proporzionalità, 27 ottobre 2006, reperibile in www.agatif.org/download/relazionenorimberga_parisio_it.doc2006;
- PATRONI GRIFFI F., *Tipi di autorità indipendenti*, in CASSESE S. – FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole, le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, pp. 28 ss.;
- PATRONI GRIFFI F., *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo*, in *Scritti giuridici*, 2014, pp. 130-145;
- PATRONI GRIFFI F., *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo*, in *Quest. Giust.*, 2021, pp. 19-26;
- PATRONI GRIFFI F., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, reperibile in www.ildirittoamministrativo.it;
- PELAGATTI G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 160;
- PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1996, pp. 133 ss.;
- PERFETTI L.R., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 422 ss.;
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausola generali e ordine giuridico della Società*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 309 ss.;
- PERINI A., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 71 ss.;
- PERNAR R., *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it;

- PERULLI G., *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002;
- PESCE G., *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Padova, 2002;
- PIETROSANTI A.G., *I principi generali del processo amministrativo*, in *Il Nuovo Processo Amministrativo*, a cura di SANDULLI M.A, Milano, 2013, pp. 114 ss.;
- PIRAS A., voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 88;
- PIRAS P., *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. Diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 997 ss.;
- PIRAS P., *Cinquanta anni di esperienza della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Crisi di mezza età o seconda giovinezza ?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 618 ss.;
- PIRRI VALENTINI A., *Il controllo giurisdizionale sull'esportazione di opere d'arte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 491 ss.;
- PIZZORUSSO A., *La libertà di insegnamento*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Milano, 1967, pp. 406 ss.;
- POLACCO V., *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, I;
- POLICE A., *Endiadi o antitesi? Principio di legalità e principio di risultato nel sindacato del giudice amministrativo sul potere discrezionale delle P.A. - Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di FRANCARIO F. - SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 354 ss.;
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, p. 308;
- POPPER K., *The Open Society and Its Enemies*, London,-Princeton, 1945 e ss., trad. it. di PAVETTO R., *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di ANTISERI D., vol. II, Roma, (Ed. Armando), 1973-1974;

- PORENA D., *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017;
- PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id.*, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, pp. 3 ss.;
- PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e pre federativo*, in *Dir econ.*, 1996, pp. 251 ss.;
- PREDIERI A., (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997;
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur., it.*, 1910;
- PREVITI L., *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative giusto processo il caso dell'interesse anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1305 ss.;
- PROFILI D., *L'idoneità del voto numerico di assolvere all'obbligo di motivazione delle valutazioni espresse nell'ambito di procedure concorsuali: l'Adunanza Plenaria sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario*, in www.ildirittoamministrativo.it;
- PUBUSA A., voce "*Merito e discrezionalità amministrativa*", in *Digesto Pubbl.*, IX, Torino, 1994;
- RABITTI BEDOGNI C. - BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, pp. 263 ss.;
- RAGANELLI B., *La tutela dell'interesse pubblico in economia*, in <http://www.amministrazionein cammino.it>;
- RAIMONDI G., *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, pp. 9 ss.;
- RAMAJOLI M., *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione di legittimità costituzionale della norma interna contrastante*

- con la convenzione*, in *Dir. proc amm.*, 2012, pp. 825 ss.;
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 365 ss.
- RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, ora in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova, 1950;
- RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di DELLA CANANEA G. e DUGATO M., Napoli, 2006, pp. 585 ss.;
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir Pubbl.*, 1995, pp. 22 ss.;
- RESCIGNO G.U., *Leggi- provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pp. 319 ss.;
- RISSO F., *L'istruttoria come garanzia per un autentico sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione-Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di FRANCARIO F. - SANDULLI M.A., cit. pp. 353 ss.;
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo, I*, Padova, 1930, pp. 37 ss.;
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, pp. 23 ss.;
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 461 ss.;
- ROVERSI MONACO F., *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 257 ss.;
- SABATO G., *La tutela del patrimonio culturale nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 116 ss.;
- SABATO G., *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, reperibile in <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1784>;

- SAITTA F., *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, pp. 21 ss.;
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 36 ss.;
- SALVI G., *Authorities, unità della giurisdizione governo della magistratura*, in *Quest. Giust.*, 2004, pp. 949 ss.;
- SANDULLI A.M., *Il paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. Ed.*, 1967, pp. 72 ss.;
- SANDULLI A.M., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 315 ss.;
- SANDULLI A.M., *Natura ed effetti dell'imposizione dei vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1961, pp. 832 ss.;
- SANDULLI M.A., *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981;
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983;
- SANDULLI M.A., *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1991;
- SANDULLI M.A., *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm.*, TAR, 2008, pp. 3533 ss.;
- SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, pp. 1-78;
- SANDULLI M.A., *La "risorsa" del Giudice Amministrativo*, in *Quest. Giust.*, 2021, pp. 38 ss.;
- SANINO M., *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. amm.*, 2007, pp. 613 ss.;
- SAU A., *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 348 ss.;
- SCACCIA G., in *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000;
- SCARSELLI G., *Autorità garanti e giudice dopo le recenti riforme in materia di giustizia amministrativa*, in *Studi senesi*, 2002, pp. 86 ss.;

- SCHINAIA M.E., *Cenni sulla fase istruttoria nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella l. n. 205, con particolare riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Cons. St.*, 2001, pp. 1029 e ss.;
- SCHMITT C., *Il problema della legalità*, in *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 2008;
- SCOCA F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in PARISIO V. (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, Milano, 1998, pp. 113 ss.;
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045;
- SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, pp. 12 ss.;
- SCOCA F.G., *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in RABITTI BEDOGNI C. - BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, pp. 263 ss.;
- SCOCA F.G., *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2279 e ss.;
- SCOCA F.G., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 1109 ss.;
- SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Torino, 2021;
- SCOCA F.G. - LAMBERTI L., *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, 6 settembre 2023, reperibile in www.federalismi.it;
- SCOGNAMIGLIO A., *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro Amm.- Cons St.*, 2002, pp. 2245 ss.;
- SCOGNAMIGLIO A., *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, in F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017, pp. 261 ss.;

- SCOGNAMIGLIO A., *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento del danno*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it;
- SEVERINI G., *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9)*, in BATTINI S., CASINI L., VESPERINI G. e VITALE C. (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, pp. 3 ss.;
- SEVERINI G., *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, reperibile in <https://aedon.mulino.it>;
- SEVERINO E., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988;
- SILVESTRI G., voce "Poteri dello Stato (divisione dei)", in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 670 ss.;
- SIMEOLI D., *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, reperibile in www.questionegiustizia.it;
- SIMEOLI D., *Le sanzioni amministrative punitive tra diritto costituzionale ed europeo*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it;
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 385 ss.;
- TACCOGNA G., *La disciplina dell'organizzazione amministrativa. Lezioni*, Milano, 2019, pp. 2 ss.;
- TALLACCHINI M., *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in ROSSI G. (a cura di), *Ambiente e diritto*, Torino, 1999, p. 61;
- TALLACCHINI M., *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto*, reperibile in www.federalismi.it;
- TALLACCHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, *Riv. di filosofia del diritto*, 2012, pp. 319 ss.;
- TAMIOZZO R., *Sulla sanzione pecuniaria in materia di tutela delle bellezze naturali e panoramiche*, in *Riv. Giur. Ed.*, Milano, 1978, p. 690;
- TARASCO A.L., *Attività culturali e vincoli storico-artistici a Napoli: da «Gay-Odin» alla «Libreria Internazionale Treves»*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 189 ss.;

- TIMO M., *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.* 2019, pp. 1405 ss.;
- TIMO M., *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2023;
- TOGNOLETTI B., *Il sindacato sugli atti valutativi di giudizio*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione-Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di FRANCIOSI F. - SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 67 ss.;
- TORRICELLI S., *Le autorità amministrative indipendenti e il governo della discrezionalità*, reperibile in *amministrativamente.com.*;
- TOSCHEI S., *Il recupero del primato della discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici dl 2023*, in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione-Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa"*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023, a cura di FRANCIOSI F. - SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 387 ss.;
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002;
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto Pubblico*, 2004, pp. 439-460;
- TRAVI A., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, pp. 268-269;
- TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361;
- TRIMARCHI BANFI F., *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 533;
- TROPEA G., *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale?"*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 717-744;
- TROPPI T., *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, pp. 47 ss.;
- URBANO G., *Una risposta ai bisogni di "tutela" che va meglio definita*, in *Guida al Diritto/Il sole 24 ore*, n. 15, 20 marzo 2019;

- VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 739 ss.;
- VESPERINI G. - NAPOLITANO G., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento, giudice*, Viterbo, 1998;
- VESPERINI G., *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.* 1990, I, pp. 415 ss.;
- VIDETTA C., *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, T.A.R. 2005, p. 1359;
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008;
- VILLATA R. - SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XI, 1996, pp. 574 ss.;
- VILLATA R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 792;
- VIPIANA P.M. (a cura di), *Diritto Scienze e Tecnologie*, Atti del convegno svoltosi il 4 marzo 2016 ad Alessandria, disponibile in *POLIS Working Papers (polis.inpmn.it)*, 2016, n. 237;
- VIPIANA P.M., *“La “previsione” del giudicato dall’art. 21 octies comma 2 alle misure idonee ad assicurare l’esecuzione della sentenza in sede di cognizione”* in *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione - Atti delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa”*, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 - 17 giugno 2023, a cura di FRANCIOSI F. e SANDULLI M.A., Napoli, 2023, pp. 169 ss.;
- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, pp. 39 ss.;
- WEBER M., *Economia e società*, a cura di ROSSI P., Milano, 1980;
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, pp. 51 ss.;
- ZITTO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996;

INDICE DELLE OPERE E DEGLI AUTORI CITATI

ZITTO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, in *Scritti giuridici*, 2016, pp. 88-105.