



**Università  
degli Studi  
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
"DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI  
NAZIONALI"**

CICLO XXXVII

COORDINATORE  
Prof. Giovanni De Cristofaro

***Tra tecnica e discrezionalità. Il ruolo delle  
conoscenze specialistiche nelle decisioni pubbliche e  
il sindacato del giudice amministrativo***

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10 Diritto Amministrativo

**Dottorando**

Dott. Fabio Pavanini

**Tutore**

Prof. Gianluca Gardini

A.A. 2021/2022



# INDICE

PREMESSA .....	7
----------------	---

## CAPITOLO I

### LA TECNICA E IL DIRITTO

1. <i>Considerazioni introduttive</i> .....	8
2. <i>Tra scienza, tecnica e diritto</i> .....	10
3. <i>La tecnica e il potere politico</i> .....	14
4. <i>La tecnica si prende lo spazio del diritto. Le possibili distorsioni del sistema...</i> .....	19
5. <i>Il trasferimento del potere politico agli esperti e il difetto di legittimazione democratica</i> .....	22
5.1. <i>Brevi cenni sulle norme tecniche. Criticità e possibili soluzioni</i> .....	26
6. <i>La decisione amministrativa</i> .....	30
7. <i>Il potere discrezionale della p.a. e le cognizioni specialistiche: tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica</i> .....	34
8. <i>Il nuovo volto della discrezionalità</i> .....	47
8.1. <i>Il punto di partenza</i> .....	47
8.2. <i>Nuove letture del potere discrezionale. Tra erosione, espansione ed anticipazione della discrezionalità</i> .....	50
9. <i>Considerazioni conclusive</i> .....	61

## CAPITOLO II

### IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE VALUTAZIONI TECNICHE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. <i>Considerazioni introduttive</i> .....	64
---	----

2.	<i>La prima fase evolutiva del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica. Dall'insindacabilità alla genesi del controllo giudiziario delle decisioni amministrative .....</i>	67
3.	<i>Il cambio di rotta. La sentenza n. 601/1999 del Consiglio di Stato e gli orientamenti giurisprudenziali successivi .....</i>	79
4.	<i>Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti .....</i>	84
4.1.	<i>Premessa.....</i>	84
4.2.	<i>La progressiva estensione del perimetro del controllo sulle valutazioni tecniche attraverso la giurisprudenza sugli atti delle Authorities .....</i>	89
4.3.	<i>Il sindacato di full jurisdiction sulle sanzioni amministrative .....</i>	92
5.	<i>Gli argomenti a sostegno dell'ampliamento del sindacato sulle valutazioni tecniche.....</i>	98
5.1.	<i>Presupposti teorici della piena sindacabilità delle valutazioni tecniche .... .....</i>	98
5.2.	<i>La sostituzione giudiziale: un falso problema? I limiti di una sostituzione ammissibile .....</i>	100
5.3.	<i>Brevi considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite.....</i>	109
6.	<i>Il controllo sulle valutazioni tecniche nella recente giurisprudenza amministrativa .....</i>	112
6.1.	<i>Il sindacato di maggiore attendibilità. Il caso Roche-Novartis .....</i>	112
6.2.	<i>La giurisprudenza della VI Sezione del Consiglio di Stato .....</i>	118
6.3.	<i>Le forme più evolute del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche nell'analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali .....</i>	124
6.3.1.	<i>La giurisprudenza amministrativa e la pandemia da Covid-19.....</i>	124
6.3.2.	<i>I concetti giuridici indeterminati tra discrezionalità e valutazioni tecniche.....</i>	131
6.3.3.	<i>Ulteriori applicazioni del sindacato di maggiore attendibilità.....</i>	140
6.3.4.	<i>Il modello di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle commissioni valutatrici. Profili critici.....</i>	145
7.	<i>L'onere della prova e i mezzi istruttori. La consulenza tecnica d'ufficio al cospetto delle decisioni tecniche della p.a. ....</i>	153
8.	<i>Riflessioni conclusive sui rapporti tra tecnica, politica e controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche. Il caso della sperimentazione animale .....</i>	158

### CAPITOLO III

## LA DECISIONE AMMINISTRATIVA E IL RELATIVO CONTROLLO GIURISDIZIONALE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SUDAMERICANA

1.	<i>Considerazioni introduttive</i> .....	163
2.	<i>Il potere discrezionale negli ordinamenti giuridici sudamericani</i> .....	164
3.	<i>La discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati</i> .....	171
4.	<i>Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa negli ordinamenti sudamericani</i> .....	179
4.1.	<i>Premessa. Il principio di «interdicción de la arbitrariedad»</i> .....	179
4.2.	<i>Le tecniche di controllo del potere discrezionale</i> .....	181
4.3.	<i>Tra legittimità e opportunità. Il problema della sostituzione giudiziale</i> .....	185
4.4.	<i>Il controllo delle decisioni tecniche. Discrezionalità tecnica o concetti giuridici indeterminati?</i> .....	189
5.	<i>Considerazioni conclusive</i> .....	194

### CAPITOLO IV

## GLI ORGANISMI TECNICI NELLA DECISIONE PUBBLICA. PROFILI APPLICATIVI

1.	<i>Considerazioni introduttive</i> .....	196
2.	<i>Tecnica e organizzazione nella Pubblica Amministrazione. Il ruolo degli apparati tecnici della P.A.</i> .....	198
3.	<i>Il diritto del periodo emergenziale. Profili generali</i> .....	200
4.	<i>La natura giuridica e il contenuto dei D.P.C.M.</i> .....	206
5.	<i>Il Comitato Tecnico Scientifico e il rapporto tra attività tecnico-specialistica e D.P.C.M.</i> .....	211

6.	<i>I comitati e le decisioni tecnicamente complesse nel Diritto UE: la procedura centralizzata di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci ...</i>	220
7.	<i>Considerazioni conclusive</i> .....	224
	CONCLUSIONI.....	227
	BIBLIOGRAFIA .....	236
	SITOGRAFIA .....	256

## PREMESSA

In un panorama di costante tecnificazione del diritto, l'obiettivo del presente studio è quello di interrogarsi sulle effettive ricadute delle conoscenze specialistiche sul potere politico-amministrativo, individuando il modello di sindacato giurisdizionale applicabile alle valutazioni tecniche delle amministrazioni pubbliche.

Muovendo dalle relazioni che intercorrono tra scienza, tecnica e politica, ripercorrendo i confini tra discrezionalità amministrativa e tecnica, si rifletterà sull'impatto delle conoscenze specialistiche sul panorama giuridico-istituzionale, nel tentativo di definire i contorni che assume oggi il potere discrezionale in rapporto alle valutazioni tecniche della p.a.

Ci si soffermerà, quindi, sul controllo giudiziale delle decisioni tecniche, ripercorrendone l'evoluzione, e delineando il modello di sindacato giurisdizionale preferibile alla luce dei presupposti teorici e delle esigenze di tutela giudiziale effettiva.

Infine, la riflessione sarà integrata dalla prospettiva comparata attraverso l'analisi degli istituti trattati nell'ambito dei sistemi giuridici sudamericani, e dall'esame del ruolo assunto dagli organismi tecnici nella decisione pubblica.

Rispetto a tale ultimo profilo, e a conclusione dell'indagine, si proverà a dare concretezza alle conoscenze prodotte dalla ricerca: prendendo in considerazione le misure restrittive emanate durante la pandemia da *Covid-19* e la procedura europea di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci, i presupposti teorici di riferimento troveranno, così, concreta applicazione.

## CAPITOLO I

### LA TECNICA E IL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Tra scienza, tecnica e diritto. – 3. La tecnica e il potere politico. – 4. La tecnica si prende lo spazio del diritto. Le possibili distorsioni del sistema. – 5. Il trasferimento del potere politico agli esperti e il difetto di legittimazione democratica – 5.1. Brevi cenni sulle norme tecniche. Criticità e possibili soluzioni. – 6. La decisione amministrativa. – 7. Il potere discrezionale della p.a. e le cognizioni specialistiche: tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. – 8. Il nuovo volto della discrezionalità. – 8.1. Il punto di partenza. – 8.2. Nuove letture del potere discrezionale. Tra erosione, espansione ed anticipazione della discrezionalità. – 9. Considerazioni conclusive.

#### 1. *Considerazioni introduttive*

L'impatto generato dal progresso tecnologico su ogni aspetto della realtà assume ormai dimensioni impressionanti.

Lo sviluppo della tecnica appare inarrestabile e condiziona costantemente il diritto, che deve rapportarsi con nuove scoperte scientifiche e nuovi strumenti che ne costituiscono espressione e applicazione.

Con l'obiettivo di esaminare gli effetti della tecnificazione<sup>1</sup> del diritto sul potere discrezionale della pubblica amministrazione, si rende necessario muovere da alcuni punti fermi e circoscrivere, nei termini di seguito riassunti, l'analisi.

---

<sup>1</sup> Si avrebbe tecnificazione, secondo una nozione «polisemica», quando «le regole, l'organizzazione dei soggetti che operano per le funzioni considerate, i loro poteri amministrativi e la loro stessa legittimazione sono caratterizzati dal dato tecnico-specialistico», cfr. M. P. CHITI, *Profili della 'tecnificazione': la nuova*

In questa sede si farà riferimento sia alla scienza, intesa come conoscenza scientifica *stricto sensu*, sia alla tecnica, intesa come qualsiasi creazione frutto dell'applicazione di cognizioni specialistiche, poiché queste nozioni assumono rilievo e si posizionano in un rapporto di interdipendenza l'una con l'altra, incidendo in vario modo sulla realtà giuridica.

Dato che l'apporto delle cognizioni tecniche è relevantissimo sia sul terreno politico-istituzionale, sia su quello – maggiormente analizzato dalla dottrina – dell'attività amministrativa (con riferimento all'esercizio del potere discrezionale, alle valutazioni tecniche e agli accertamenti tecnici svolti dalla pubblica amministrazione), nel presente capitolo verranno esaminati entrambi i citati profili.

Dopo aver brevemente introdotto il concetto di tecnica e di scienza in relazione al sapere giuridico, si analizzerà il problematico rapporto tra tecnica e politica.

Non si intende certamente esaurire in questa sede un tema la cui ampiezza e trasversalità da sempre appassiona gli studiosi, ma l'auspicio è tracciare un quadro di riferimento chiaro, che sia il più possibile funzionale agli obiettivi già annunciati, e che possa costituire una premessa logica per affrontare successivamente il dibattuto rapporto tra tecnica e potere discrezionale della pubblica amministrazione.

Rispetto a questo ultimo profilo, occorre precisare da subito che ci si focalizzerà in termini generali sulla decisione amministrativa, per poi dare conto del (mai sopito) dibattito sulla discrezionalità amministrativa e sulla c.d. discrezionalità tecnica: il fine, ancora una volta, è quello di analizzare l'incidenza della tecnificazione sulla decisione pubblica.

Nel tentativo di abbracciare la complessità del tema si intende – da un lato – rifuggire dalla pretesa di giungere a soluzioni definitive rispetto all'evoluzione della discrezionalità e delle valutazioni tecniche e – dall'altro – dare conto dei cambiamenti che attualmente interessano il potere discrezionale, a fronte della crescente incidenza della tecnica sul piano giuridico.

---

*disciplina europea delle banche e dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 285.

## 2. Tra scienza, tecnica e diritto

Nel suo tradizionale significato, la *tecnica* richiama tanto un insieme di norme che regolano l'esecuzione pratica e strumentale di un'arte, di una scienza, di un'attività professionale, quanto ogni attività che, sulla base delle conoscenze scientifiche, progetta strumenti, apparecchi, macchine, motori, utensili destinati al soddisfacimento delle esigenze pratiche della vita<sup>2</sup>.

La corrente accezione di *scienza*, invece, rimanda al risultato delle operazioni del pensiero, specialmente in quanto oggetto di codificazione sul piano teorico e di applicazione sul piano pratico<sup>3</sup>: la scienza sembra così acquisire una dimensione (o posizione) servente rispetto alla tecnica<sup>4</sup>, che risulta il punto di partenza necessario alla elaborazione dei mezzi tecnici funzionali alla cura dei bisogni dell'uomo.

La scienza assume, quindi, un significato all'apparenza maggiormente ampio e funzionalmente prodromico rispetto alla tecnica. Pertanto, si ritiene opportuno sviluppare l'analisi su due piani: primariamente, muovendo dal rapporto tra scienza e diritto e, solo successivamente, introdurre la nozione di tecnica.

Nondimeno, deve incidentalmente rilevarsi come i lemmi «tecnica» e «scienza» siano spesso usati indistintamente nel linguaggio giuridico, assumendo entrambi un significato particolarmente esteso e spesso coincidente. Accade, dunque, che il concetto di tecnica – intesa come insieme di regole volte a dirigere una certa attività, accezione potenzialmente idonea a ricomprendere qualsiasi branca del sapere scientifico, compresa quella giuridica – non riesca di fatto ad affrancarsi dalla nozione di scienza<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> G. DEVOTO, G. C. OLI, *Tecnica* (voce), in *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1972, p. 2446.

<sup>3</sup> G. DEVOTO, G. C. OLI, *Scienza* (voce), *op. cit.*, p. 2144.

<sup>4</sup> Sembra andare in questa direzione M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 162-163.

<sup>5</sup> G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB Edizioni, 2008, p. 5; E. A. PIZZI, *La prospettiva della filosofia della scienza*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 3, in cui l'Autore distingue i due concetti sottolineandone il rapporto di interdipendenza.

Per altro verso, invece, la tecnologia viene ricondotta al connubio tra scienza e tecnica (v. T. E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. Inform.*, 3, 2003, p. 487), e può essere definita come «lo studio delle scienze applicate relativamente alla trasformazione della materia prima in prodotti di impiego o di consumo», cfr. G. DEVOTO, G. C. OLI, *Tecnologia* (voce), in *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1972, p. 2447.

Ricostruendo dal punto di vista etimologico il significato di *tecnica*, si osserva come il termine latino *technicu(m)*, derivi dal greco *technikós*, che significa «relativo all'arte (*téchne*)»<sup>6</sup>.

Curiosamente, è proprio soffermandosi sul prodotto artistico, avente carattere intrinsecamente soggettivo ed essendo destinatario di giudizi di valore<sup>7</sup>, che è possibile chiudere il cerchio, introducendo un aspetto che caratterizza il nesso tra tecnica e diritto amministrativo: la soggettività (o l'opinabilità) della valutazione tecnica, elemento centrale rispetto alla c.d. discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e del relativo sindacato giurisdizionale<sup>8</sup>, sul quale ci si soffermerà nelle pagine che seguono.

Con l'obiettivo di fornire una visione di insieme sulle tematiche che verranno affrontate, va innanzitutto analizzata la relazione che intercorre tra la cultura complessiva e il sapere scientifico. Al riguardo, si è parlato di un rapporto di natura «circolare», in cui è possibile assistere ad una sorta di adattamento della scienza ai paradigmi culturali che costituiscono il punto di partenza della ricerca scientifica, da cui deriva una capillare interferenza tra i due poli della suddetta relazione<sup>9</sup>.

In senso opposto, si è sottolineato come anche le conoscenze specialistiche abbiano avuto un impatto ragguardevole sulla cultura, confermando la prospettiva di osmosi tra saperi che ha caratterizzato lo sviluppo scientifico e culturale della nostra società<sup>10</sup>.

---

Nel presente lavoro – per agevolare e semplificare il discorso – verranno utilizzate talvolta indistintamente le nozioni di tecnica, di scienza e di tecnologia, facendo normalmente riferimento alle cognizioni specialistiche proprie di un determinato settore scientifico oppure, in altri casi, alle attività di applicazione del sapere specialistico stesso.

<sup>6</sup> M. CORTELAZZO, P. ZOLLI (a cura di), *Tecnico* (voce), in *DELI – Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, seconda edizione in volume unico, Bologna, Zanichelli, 2022, p. 1670.

<sup>7</sup> M. CORTELAZZO, P. ZOLLI (a cura di), *Arte* (voce), *op. cit.*, p. 130: «l'attività da cui nascono prodotti culturali, che sono oggetto di giudizi di valore, reazioni di gusto e simili' (1304-08, Dante)».

<sup>8</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, p. 290 ss.

<sup>9</sup> A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 365 ss.: «il pensiero epistemologico moderno ha mostrato l'esistenza di un rapporto circolare fra cultura complessiva e sapere scientifico. Lo scienziato interroga la natura ma ogni domanda che le rivolge, ogni ipotesi, dunque, inevitabilmente ha qualcosa a che fare con l'universo culturale di cui è partecipe. L'idea di un mondo finito che è propria, ad es., del pensiero greco, si rispecchia nelle acquisizioni scientifiche e matematiche dell'epoca, come pure nelle creazioni artistiche, nella riflessione filosofica, nella quale il regresso all'infinito equivale ad una *reductio ad absurdum*; in quel contesto la scoperta dei numeri irrazionali apparve fattore quasi sconvolgente ed, all'inizio, da rimuovere; ed, invece, i trapassi infinitesimali di luce di certa pittura del rinascimento sono in sintonia con l'idea, quasi contemporanea, di un cosmo infinito ed anche con le ricerche successive, ad es., sul calcolo infinitesimale».

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 366: «Il rapporto tra scienza e cultura generale si dispiega, d'altra parte, anche in senso inverso, essendo note le suggestioni che certe rivoluzioni scientifiche hanno prodotto nell'arte contemporanea ed ancora il rilievo, non solo di espedito tecnico (da alcuni artisti studiato con vero rigore scientifico) ma

Simmetricamente, la relazione tra la scienza e il diritto ha attraversato costantemente tali estremi, esemplificati nella prevalenza del diritto sulla scienza o della scienza sul diritto.

A tale proposito, il rapporto di perenne conflitto tra scienza e diritto è stato oggetto, nel corso del tempo, di uno studio approfondito e costante da parte della dottrina<sup>11</sup>, che lo ha ricondotto – storicamente – a due dimensioni: da un lato, il diritto in opposizione alla scienza; dall’altro, la scienza in opposizione al diritto<sup>12</sup>.

Tuttavia, la tensione che connota tale rapporto non lo esaurisce, risolvendosi talora in conflittualità e talaltra coordinazione<sup>13</sup>, in una duplice prospettiva che la dottrina ha definito *separatismo*, da un lato, e *co-produzione*, dall’altro<sup>14</sup>.

Ciò che differenzia la prima prospettiva dalla seconda consiste, essenzialmente, nel sottoporre (o meno) la scienza al controllo democratico e nel ruolo di primazia attribuito alla scienza e alla tecnologia rispetto al diritto.

---

principalmente di mezzo espressivo consono alla propria visione del mondo, che la «prospettiva» ebbe nella pittura del rinascimento».

<sup>11</sup> La letteratura in materia è amplissima. Senza alcuna pretesa di completezza, v. G. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993; C. M. MAZZONI, (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, Il Mulino, 1998; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America* (a cura di M. TALLACCHINI), Milano, Giuffrè, 2001; G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004; A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004; G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB Edizioni, 2008; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2008; R. FELDMAN, *The role of science in law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, XLIII; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova Cedam, 2011; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2012; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, Cacucci editore, 2016; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; G. RAGONE, *Eine empirische wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, Giappichelli, 2020; B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>12</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., p. 3 ss.; D. QUAGLIONI, *Intervento conclusivo*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, Cedam, 2006, p. 105 ss.

<sup>13</sup> L. VIOLINI, *La complessa, multiforme relazione tra scienza e diritto*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 23.

<sup>14</sup> Sul concetto di co-produzione, introdotto da Sheila Jasanoff, v. S. JASANOFF, *The fifth branch. Science advisers as policymakers*, Cambridge, Harvard University Press, 1990; S. JASANOFF, *Beyond epistemology: relativism and engagement in the politics of science*, in *Social studies of science*, vol 26, n. 2, 1996, p. 393-418; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici* (a cura di M. TALLACCHINI), Milano, Giuffrè, 2001; S. JASANOFF, *State of knowledge: the co-production of science and social order*, London-New York, Routledge, 2004; M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2012, p. 316 ss.; M. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 339 ss.

Nel dettaglio, aderendo alla prospettiva separatista si assume un contesto sociale composto da *peers* (gli scienziati) che si autoregolano, in assenza di alcuna ingerenza da parte delle istituzioni e di alcuna autorità che non sia la scienza stessa<sup>15</sup>.

Tale modello – di stampo tecnocratico – è caratterizzato da una società guidata dalla scienza e dalla tecnologia, in cui la subordinazione del diritto rispetto alla scienza trova espressione nelle norme fondate sull'*expertise*, invece che su processi inclusivi e democratici.

Fra le conseguenze più rilevanti di questa impostazione, la dottrina mette in evidenza: la deferenza dei giudici nei confronti della scienza; le norme tecniche intese come un contenitore neutro rispetto al contenuto frutto delle conoscenze specialistiche; la lentezza del diritto nel mantenere il passo dello sviluppo tecnologico, che dovrebbe andare esente da limitazioni esterne<sup>16</sup>.

Rispetto alla seconda prospettiva, la *co-produzione* del diritto fa, invece, riferimento a una forma di reciproca legittimazione e validazione tra scienza e diritto, dove la scienza è fonte di produzione di conoscenza per il diritto, mentre il diritto svolge la funzione di validazione del sapere scientifico; il tutto si articola nel contesto di una società c.d. *knowledge-based*: la scienza non è più concepita in maniera neutrale, ma come fonte di conoscenza che presenta ampi margini di discrezionalità, con un conseguente ruolo primario del diritto nella risoluzione delle questioni che risultano scientificamente incerte<sup>17</sup>.

Coerentemente con questa impostazione, si osserva come il confronto tra fatto e diritto sia costante e inevitabile, e «se è vero che i fatti della vita sociale incidono sul diritto, questa pressione è ancora più forte nell'ipotesi in cui il fatto in questione sia quello “scientifico”, ossia quello determinato dal progresso della scienza e della tecnica»<sup>18</sup>.

In tal modo, l'insieme delle conoscenze scientifiche, tecniche o pratiche costituiscono i presupposti di fatto – ovvero il materiale che funge da punto di partenza – per la produzione giuridica<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2012, p. 317.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 318.

<sup>17</sup> S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, L-LI.

<sup>18</sup> G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB Edizioni, 2008, p. 8.

<sup>19</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sulla p.a.*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 263.

Dall'impostazione separatista e di co-produzione derivano, altresì, due contrapposte visioni del diritto: da un lato, un diritto naturalmente *science-based*; dall'altro, un diritto che sceglie la scienza adeguata a finalità pubbliche (*policy related science*)<sup>20</sup>.

Restano sullo sfondo, naturalmente, le differenze di fondo fra i due poli della predetta relazione: la scienza attiene al mondo della conoscenza, mentre il diritto è espressione di esercizio di un potere; l'una appartiene al mondo dei fatti, mentre l'altra a quello delle regole e delle decisioni; infine, la prima è connotata dalla velocità di sviluppo, mentre il secondo è in perenne ritardo, appesantito da lungaggini procedurali e conflittualità che ne rallentano l'evoluzione<sup>21</sup>.

### 3. *La tecnica e il potere politico*

Il secondo piano – più specifico – dell'analisi muove dal concetto di tecnica nel suo interfacciarsi con la realtà giuridica e, in particolare, nel suo rapporto con la politica.

Nell'affrontare il tema, il pensiero filosofico occidentale ha identificato nella tecnica un elemento fondamentale per l'essere umano, in assenza del quale – date le carenze istintuali che lo contraddistinguono – questi non sarebbe sopravvissuto. Si è perciò arrivati a definire la tecnica come «l'essenza dell'uomo»<sup>22</sup>.

Date queste premesse, risulta illuminante ripercorrere il pensiero di Platone<sup>23</sup>, secondo cui ogni forma di tecnica – quale sapere specializzato – richiede coordinamento e reciproca

---

<sup>20</sup> M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2012, p. 317.

<sup>21</sup> L. VIOLINI, *La complessa, multiforme relazione tra scienza e diritto*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 25.

<sup>22</sup> U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 34-35: «in questo senso è possibile dire che *la tecnica è l'essenza dell'uomo*, non solo perché, a motivo della sua insufficiente dotazione istintuale, l'uomo, senza la tecnica, non sarebbe sopravvissuto, ma anche perché, sfruttando quella plasticità di adattamento che gli deriva dalla genericità e non rigidità dei suoi istinti, ha potuto, attraverso le procedure tecniche di selezione e stabilizzazione, raggiungere "culturalmente" quella selettività e stabilità che l'animale possiede "per natura". Questa tesi, che A. Gehlen ha ampiamente documentato nel nostro tempo, era stata anticipata da Platone, Tommaso d'Aquino, Kant, Herder, Schopenhauer, Nietzsche, Bergson, dunque da grandi esponenti del pensiero occidentale, indipendentemente dalla direzione del loro orientamento».

<sup>23</sup> Si farà, in particolare, riferimento a U. GALIMBERTI, *op. cit.*, p. 267 ss.

integrazione con le altre tecniche, seppure in un contesto di sovra-ordinazione delle tecniche d'uso rispetto alle tecniche di produzione.

Nel pensiero platonico, la tecnica presenta una tensione verso un fine specifico, che consiste nel porre rimedio ai molti mali (*mýria lygrà*) che minacciano la sopravvivenza dell'essere umano, oltre che per soddisfare i bisogni e i piaceri; per realizzarlo, è necessario un coordinamento tra le tecniche, attraverso la tecnica regia (*basilikè téchne*): la politica<sup>24</sup>.

Essa deve governare le altre tecniche per la realizzazione del bene comune, secondo la misura del conveniente, dell'opportuno e del dovuto, da desumersi secondo l'idea di Bene (*he toû agathou idéa*)<sup>25</sup>.

Anticamente, la politica e il diritto assumevano, dunque, una posizione dominante rispetto alla tecnica che veniva ricondotta a uno strumento, a un mezzo necessario per raggiungere determinate finalità<sup>26</sup>.

Tale prospettiva viene progressivamente rovesciata: i mezzi tecnici e il sapere specialistico si assestano in una posizione di primazia, contribuendo a definire i tratti della società contemporanea<sup>27</sup>.

Secondo parte degli studiosi, però, anche a fronte dell'indebolimento del diritto e della politica, la norma giuridica esprime comunque la volontà di raggiungere scopi, ponendosi come elemento ordinatore rispetto al capitalismo e alla tecnica, dovendosi mantenere ferma la distinzione tra i primi e i secondi, che vanno rispettivamente ricondotti alle regole e ai soggetti regolati<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Ivi, p. 269-270.

<sup>25</sup> Ivi, p. 274-275.

Nell'analizzare il pensiero platonico, Umberto Galimberti riporta un passaggio particolarmente rappresentativo della politica quale «tecnica regia», cfr. PLATONE, *Politico*, in *Tutti gli scritti*, Milano, Rusconi, 1991, 284 a-e: «tutte le tecniche hanno a che fare con la misura, e possono realizzare ciò che realizzano perché si guardano dal più al meno e così evitano una misura maggiore o inferiore al giusto [...]. Ma nella tecnica della misurazione occorre distinguere una sezione che comprende tutte le tecniche che misurano il numero, la lunghezza, l'altezza, la larghezza e la velocità rispetto ai loro contrari, e un'altra sezione che comprende tutte le tecniche che perseguono la giusta misura [opósai pròs tò mètrion], e quindi il conveniente, l'opportuno, il dovuto e tutto ciò che tende al mezzo tra gli estremi».

<sup>26</sup> E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998, p. 10.

<sup>27</sup> Ivi, p. 9: «che la nostra sia l'età della tecnica è affermazione a cui compete un rigore e un'inoppugnabilità essenzialmente superiori a quelli posseduti dalle tesi scientifiche».

<sup>28</sup> Nel celebre dialogo tra Natalino Irti ed Emanuele Severino, il primo Autore sostiene che: «queste ragioni di indebolimento della politica (e, per ciò stesso, della normatività giuridica, in cui le proposte politiche tendono a tradursi) non colpiscono tuttavia la differenza logica tra la regola e il regolato: ossia tra diritto, da un lato, e capitalismo e tecnica, dall'altro. Non sarà più il diritto della «verità», ma è pur sempre un diritto della «volontà»; debole, sì, ma teso a orientare il capitalismo e la tecnica. La volontà di raggiungere scopi attraverso norme – ancorché svingorita dalla spazialità dell'economia e dall'omogeneità strutturale tra regime democratico e concorrenza di mercato – si pone sempre come principio ordinatore rispetto alla materia regolata» (corsivo originale), v. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 14 ss.

Si osserva, altresì, come l'apparato della tecnica non sia idoneo a soddisfare alcun bisogno e a realizzare alcuno scopo; da ciò deriva, in primo luogo, che l'indebolimento del diritto di fronte alla potenza della tecnica non potrebbe determinarne la dissoluzione in un apparato privo di finalità quale quello tecnico e, in secondo luogo, che non risulta minacciata l'autonomia della normatività giuridica.<sup>29</sup>

Sotto un diverso profilo, è stato evidenziato che se, da un lato, è indubbia la volontà del diritto di continuare a regolare il capitalismo e la tecnica, dall'altro lato, questi ultimi presentano una tensione verso la *deregulation*, con l'obiettivo finale di imporre proprie norme<sup>30</sup>.

In quest'ottica, «la tecnica è destinata a diventare il principio regolatore di ogni materia, la volontà che regola ogni altra volontà»<sup>31</sup>. La tecnica muta, in definitiva, da mezzo a scopo. Essa «tende all'onnipotenza», avendo come scopo la «crescita indefinita della capacità di realizzare scopi» e, quindi configurandosi come «scopo di se stessa»<sup>32</sup>.

Pertanto, secondo quest'ultima prospettiva si ritiene che la tecnica presenti una tensione verso uno scopo, mettendo altresì in evidenza che «ogni altro scopo è più o meno consapevolmente, più o meno direttamente, subordinato a questo scopo supremo: la crescita indefinita della potenza; che ormai non può più prodursi al di fuori dell'apparato della tecnica. In tale subordinazione consiste la dominazione della tecnica nel nostro tempo, la sua destinazione al dominio»<sup>33</sup>.

Coerentemente con tale lettura, la politica e il diritto – intesi come principi ordinatori – sono destinati a tramontare, mutando forma e diventando qualcosa di diverso; la norma diventa, così, «la regola capace di impedire che l'operatività tecnologica resti subordinata alle norme

---

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 26.

Nel Dialogo viene, altresì, chiarito da Emanuele Severino che il capitalismo «tende a sopprimere la pretesa della regola politico-giuridica di diventare lo scopo della produzione economica: non per dire che il capitalismo tende a sopprimere le regole, cioè i mezzi che consentono l'incremento del profitto [...]. Il capitalismo si impone sulle altre forze anche servendosene, cioè facendole diventare mezzi per realizzare il suo scopo. Il capitalismo «presuppone» il diritto, appunto perché il diritto è un mezzo di cui il capitalismo si serve», v. *Ivi*, p. 70-71.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 27.

<sup>32</sup> Le precedenti citazioni sono tratte da N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 30 ss., ove si evidenzia altresì che «[la tecnica] oggi, è sì in larga parte guidata e utilizzata dal capitalismo, ma, come si sta dicendo, è destinata a trasformarsi da mezzo in scopo della volontà politico-capitalistica e di ogni altra forma di volontà».

<sup>33</sup> E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998, p. 11.

che ancora si illudono di regolare la tecnica – e che pertanto sono destinate a trasformarsi, da regole, in regolati»<sup>34</sup>.

Il diritto viene dunque visto come un elemento destinato – per sopravvivere e non essere annientato dalla tecnica – a non intralciare il funzionamento ottimale di quest'ultima, con il risultato di assistere al mutamento e alla riformulazione della normatività tradizionale<sup>35</sup>.

La tendenza della politica a risolversi nella tecnica, ovvero la dipendenza della politica dalle competenze degli esperti era già stata lucidamente anticipata da Max Weber.

Nella lettura weberiana, l'apparato burocratico designa un «potere esercitato in virtù del sapere»<sup>36</sup>, che implica il suo specifico carattere razionale. In un contesto in cui l'amministrazione è dappertutto, e la scelta è unicamente tra «burocratizzazione» e «dilettantismo», «il grande strumento di superiorità dell'amministrazione burocratica è *il sapere specializzato, che è reso del tutto indispensabile dalla moderna tecnica ed economia della produzione dei beni*, tanto se questa è organizzata in modo capitalistico quanto se è organizzata su base socialista – il che, quando si debba raggiungere una prestazione tecnica eguale, implica soltanto uno straordinario aumento di importanza della burocrazia specializzata»<sup>37</sup>.

In senso contrario, la risoluzione del diritto nella tecnica viene duramente criticato da Carl Schmitt che rileva come la crisi della legalità sia generata dal processo di c.d. «motorizzazione della legge», a sua volta determinato dalla semplificazione e accelerazione del processo normativo e dalla sostituzione della legge con strumenti quali il decreto o il provvedimento<sup>38</sup>.

Ad ogni modo, la suesposta teorizzazione del primato della tecnica – caratterizzato dall'indispensabilità del sapere specializzato – va di pari passo con la tecnicizzazione dell'apparato burocratico, apparato che ha la tendenza al costante incremento della propria potenza<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 36.

<sup>35</sup> Emanuele Severino osserva infatti, in maniera decisamente persuasiva, che la tecnica è in grado «già ora di mostrare, in circostanze determinate – si pensi ad esempio alle circostanze determinate della manipolazione genetica - che e come la normatività tradizionale, forte o debole che sia, debba arretrare, trasformarsi, riformularsi, di fronte alle effettive capacità di trasformazione del mondo possedute dalla tecnica», *Ivi*, p. 38.

<sup>36</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, (trad. it.) *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1974, p. 219.

<sup>37</sup> *Ibidem*, corsivo aggiunto.

<sup>38</sup> C. SCHMITT (a cura di A. SALVATORE), *La situazione della scienza giuridica europea*, Milano, Quodlibet, 2020, p. 45 ss.

<sup>39</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, (trad. it.) *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1974, p. 219.

Il risultato a cui si è giunti sembra coincidere con tali premesse.

Dipendendo sempre più dalle competenze specialistiche, la politica tende infatti a confluire nella tecnica, con ciò rendendo possibile assistere a uno scenario caratterizzato dal rovesciamento dei ruoli tradizionali: il rapporto di dipendenza del tecnico dal politico si capovolge e la politica si identifica progressivamente nell'organo esecutivo dell'intelligenza tecnologica<sup>40</sup>, con il risultato di generare la supremazia della decisione tecnica sulla decisione politica<sup>41</sup>.

Parallelamente ai rapporti conflittuali e di tensione tra diritto e scienza, esiste una condivisibile prospettiva intermedia che allude alla possibile – o, meglio, doverosa – forma di cooperazione tra le due istanze, nel rispetto dei ruoli reciproci.

Viene, perciò, osservato che il diritto deve stabilire gli obiettivi, mentre la tecnica costituisce il mezzo per raggiungerli<sup>42</sup>; inoltre, il diritto può influenzare lo sviluppo e l'evoluzione della tecnica, e viceversa<sup>43</sup>.

La politica, dunque, «può – e deve – decidere se assecondare, impedire, modificare e orientare gli sviluppi della tecnica ove confliggenti con altri interessi meritevoli di tutela. La stessa egemonia della tecnica costituisce in fondo un “risultato politico” e come tale contingente e storicamente determinato nei contenuti»<sup>44</sup>.

Tra tecnica e politica è auspicabile intercorra, ad avviso di chi scrive, «un rapporto circolare», in cui l'attività di progettazione politica si serve delle analisi e delle valutazioni tecniche, in un'ottica di reciproco scambio e complementarità<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 446 ss.

<sup>41</sup> È stato efficacemente rilevato come «l'incremento dell'apparato tecnico ha reso evidente non solo che non si possono stabilire scopi senza tener conto dei mezzi, ma addirittura che è necessario scegliere gli scopi muovendo dalla disponibilità dei mezzi, per cui una politica che dovesse prescindere dallo schema: “*stante questo mezzo, allora questo scopo*” apparirebbe del tutto irrazionale. Nei rapporti sociali ciò significa una forte riduzione del modello gerarchico, perché il comando trae la legittimazione non più dall'autorità, ma dall'afflusso e dall'elaborazione di informazioni e comunicazioni tecniche. In questo modo la tecnica finisce con il disporre di metodi molto efficaci per controllare, se non addirittura per guidare, la politica [...]», cfr. U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 449 ss.

<sup>42</sup> G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informat.*, 4-5, 2012, p. 838.

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 837.

<sup>44</sup> W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative “composte”*, in *Dir. Amm.*, 2, 2017, p. 328.

<sup>45</sup> In questo senso, v. P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”*, Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 90; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 73 ss., in cui si evidenzia come l'obiettivo sia quello di raggiungere un equilibrio tra scienza e politica evitando, da un lato, la delega di scelte politiche ai tecnici per eludere responsabilità politiche; dall'altro, l'assunzione di decisioni pubbliche prive di un ragionevole fondamento scientifico.

Va, infine, precisato come parte della dottrina distingue la ricerca pura, non sottoponibile a regolazione, dalla ricerca applicata che, invece, può in qualche misura essere limitata dalla legge<sup>46</sup>; altra parte della dottrina, invece, si domanda se sia opportuno e possibile che il diritto regoli la ricerca scientifica. Rispondendo in modo affermativo a tale ultimo quesito, si ritiene necessario tracciare i confini di tale attività, attraverso l'utilizzo di strategie differenziate rispetto al caso concreto, ponendo attenzione alla tutela della persona mediante garanzie quali il consenso alla sperimentazione e, da ultimo, individuando modelli organizzativi che preservino l'integrità della persona, come i comitati etici<sup>47</sup>.

#### 4. *La tecnica si prende lo spazio del diritto. Le possibili distorsioni del sistema*

È stato efficacemente osservato dalla dottrina statunitense come il giurista tenda a farsi ammaliare dal fascino della scienza e, rimanendone stregato, ricerchi in ambito scientifico gli strumenti per la risoluzione di problemi giuridici, provando a recuperare le certezze e le sicurezze che il diritto non è in grado di offrirgli<sup>48</sup>. Così, i problemi e le sfide che il diritto pone innanzi all'interprete vengono spesso affrontati con una diffusa deferenza verso la scienza, soluzione che, tuttavia, lascia il giurista costantemente insoddisfatto<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> W. GASPARRI, *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L'organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Dir. Pubblico*, 2, 2012, p. 501 ss.

<sup>47</sup> M. LUCIANI, *La sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista AIC*, Lettera AIC, 12, 2023, p. 2.

<sup>48</sup> Generando, peraltro, alcune distorsioni: v. R. FELDMAN, *The role of science in law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 1 ss.: «The allure of science has always captivated members of the legal profession. Its siren's song has followed us throughout much of American legal history. Science offers a tune of perfection, of elegance, of solid dependability and the promise of endowing law and legal actors with the respect and deference from society we crave. Most important, we look to science to rescue us from the experience of uncertainty and the discomfort of difficult legal decisions [...]».

<sup>49</sup> *Ibid.*: «We are constantly seduced into believing that some new science will provide answers to law's dilemmas, and we are constantly disappointed. Our perpetual forays to find better law through science are incapable of solving law's frustration, but they do create distortions in the legal realm. When the legal system relies on science to craft its rules, those rules lack the flexibility and dexterity necessary for effective participation in the process of legal evolution. The rules are poorly understood by the legal actors who must apply them, which makes them ill suited to the process of interpretation, evolution, and adaptation essential to the enterprise of law [...]». Altra dottrina sottolinea la complessità della trasposizione normativa della scienza, «sia perché, quando deve tradurre giuridicamente le entità scientifiche, il diritto muove da immagini del mondo poco radicate nel senso comune [...], sia perché il discorso scientifico è governato da regole, forme di razionalità e finalità piuttosto precise e diverse da quelle giuridiche; sia infine, per i particolari effetti che si producono quando una proposizione scientifica è trasposta sul piano normativo», cfr. S. RODOTÀ, M.

Tale deferenza esemplifica perfettamente la tendenza dei pubblici poteri ad affidarsi agli esperti, conducendo verso possibili distorsioni derivanti dalla delega di funzioni assegnate loro dall'ordinamento. Tra esse figura sia il rischio di deviare verso decisioni pubbliche c.d. *science-driven*<sup>50</sup>, sia l'assenza di un nesso con il circuito politico-rappresentativo per gli organi tecnici sostanzialmente incaricati di assumere la decisione.

È stato, altresì, messo in luce come l'eccessiva deferenza verso gli esperti costituisca un fenomeno che, da un lato, riflette la generale sfiducia nei confronti del complessivo sistema giuridico e, dall'altro, produce il proliferare di *expertise* per qualsiasi competenza che non sia giuridica<sup>51</sup>.

Naturalmente, sarebbe riduttivo identificare le radici del problema in uno scorretto approccio verso la scienza da parte del giurista; la questione è più complessa e attiene, soprattutto, alle suesposte criticità frutto della crescente incidenza della tecnica e delle conoscenze specialistiche sul panorama giuridico-istituzionale.

Invero, non possedendo le competenze tecniche necessarie, gli organi legittimati a adottare decisioni pubbliche si trovano totalmente impreparati a gestire, regolamentare e controllare i rischi derivanti dall'incessante sviluppo tecnologico<sup>52</sup>. La conseguenza di tale problema va identificata nella progressiva occupazione del terreno del diritto da parte della tecnica, con attribuzione di poteri e capacità decisionali a soggetti specializzati<sup>53</sup>.

Già Vittorio Bachelet, esaminando la tecnica in relazione all'attività amministrativa, aveva rilevato il carattere «metagiuridico» del problema di fondo, che è legato alla «mitica

---

TALLACCHINI, *Introduzione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, L.

<sup>50</sup> Sul tema, v. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 119 ss.

<sup>51</sup> R. FELDMAN, *The role of science in law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 37 ss.: «We trust in science to provide answers for us or, at the very least, we reassure ourselves that those who have learned how to engage in objective and reliable scientific methodology will have the clarity and objectivity to resolve our legal dilemmas as well. [...] Outsourcing legal dilemmas to science reflects a lack of faith in the legal system. In fact, some legal actors are quite explicit in their view of law's shortcomings in the face of superior scientific expertise. According to one scholar, for example, one cannot assume that a judge and jury are ever competent to assess human behavior unaided by scientific testimony, given that assessments of human behavior may be based on prejudice. Our quest for experts to save us from law's dilemmas can lead us to find experts everywhere around us. We run the risk of constructing as expertise any type of information that is not law or common sense».

<sup>52</sup> M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2021, p. 1066 ss.

<sup>53</sup> *Ibid.*: «Los órganos constitucionalmente legitimados para adoptar decisiones en la sociedad global del riesgo no poseen los conocimientos necesarios para establecer las reglamentaciones y controles adecuados para evitarlos. Esta constatación ha conducido a que, junto a las tradicionales fórmulas de acceso a la información, el Derecho ceda cada vez mayor capacidad de decisión y control sobre los riesgos a los sujetos que los generan – ya sea la industria, los laboratorios de investigación y desarrollo o la comunidad científica».

convinzione della necessaria univocità e perfezione delle soluzioni che la scienza o la tecnica possono offrire a determinati problemi»<sup>54</sup>.

Data la pervasività del fenomeno in questione, vengono coinvolti tutti i poteri dello Stato; il tema si articola seguendo essenzialmente tre direttrici, che verranno di seguito analizzate.

In primo luogo, sul piano politico-legislativo si assiste alla cessione di competenze alla tecnica mediante la delega di poteri decisionali a organi tecnici specializzati<sup>55</sup> e al rinvio a norme tecniche<sup>56</sup>; in secondo luogo, sul piano amministrativo, si osserva come nella fase di formazione della decisione amministrativa il rilievo delle valutazioni e degli accertamenti tecnici, oltre alla presenza crescente di vincoli posti dal legislatore europeo rispetto all'attività amministrativa, determini una sostanziale modificazione (in termini tendenzialmente erosivi, ma anche anticipatori o ampliativi) della discrezionalità amministrativa<sup>57</sup>; in terzo luogo, con riferimento al potere giudiziario, può rilevarsi come la tecnica assuma crescente importanza attraverso il ruolo assunto dalle competenze tecnico-specialistiche nell'ambito della fase istruttoria<sup>58</sup>.

A differenza dei primi due profili – oggetto di esame nei paragrafi che seguono<sup>59</sup> – il terzo verrà trattato contestualmente all'analisi relativa al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi che costituiscono espressione di discrezionalità tecnica<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 37-38.

<sup>55</sup> Cfr. Cap. IV.

<sup>56</sup> M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2021, p. 1067.

<sup>57</sup> Cfr. *infra*, par. 8.2.

<sup>58</sup> M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2021, p. 1067.

<sup>59</sup> Con specifico riferimento alla delega ad organi tecnici di funzioni politiche, si veda il Cap. IV.

<sup>60</sup> Cfr. Cap. II.

## 5. *Il trasferimento del potere politico agli esperti e il difetto di legittimazione democratica*

Il ricorso alla tecnica da parte della politica è una questione risalente<sup>61</sup>. Da tempo, infatti, si è potuto osservare come la politica si rivolgesse agli esperti per l'assunzione di scelte di governo, con la conseguenza di sottrarre le relative decisioni al controllo democratico<sup>62</sup>.

Lo sviluppo della tecnologia ha contribuito a riconfigurare il rapporto tra tecnica e politica, rendendo inevitabile l'utilizzo della *expertise* per l'esercizio delle funzioni di governo.

A fronte del carattere pervasivo della tecnica in ambito giuridico<sup>63</sup>, il diritto e – quindi – la politica dovrebbero fungere da strumento attraverso il quale riuscire a gestire e governare la tecnica, il cui dominio e la cui crescita appaiono inarrestabili.

Se così non fosse, si sconfinerebbe in un sistema in cui sarebbero gli apparati tecnici – e non la politica – ad assumere le decisioni di governo.

Il completo assorbimento della politica nella tecnica appare, comunque, una prospettiva insostenibile; il problema consiste, invece, nel valutare chi – e in che modo – si deve fare carico delle funzioni politiche<sup>64</sup>.

Difatti, se « il “peso” assunto dalla componente tecnica è pervasivo al punto che il tecnico non si limita a fornire la propria *expertise*, ma si spinge a voler indicare anche i fini dell'azione politica, si sconfinava nella tecnocrazia »<sup>65</sup>, un modello di governo in cui i tecnici assumono le decisioni collettive svolgendo le funzioni istituzionali proprie del potere

---

<sup>61</sup> A. SCIORTINO, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 11; sull'incidenza delle innovazioni tecnologiche e digitali sulla sfera pubblica, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

<sup>62</sup> A. SCIORTINO, *op. cit.*, p. 11; M. BUCCHI, *Beyond Technocracy. Science, Politics and Citizens*, New York, Springer, 2010, p. 86: «in numerous specific cases (and also more generally), delegation to technocracy has been a tempting option for political decision makers, and for citizens themselves, who have seen it as an easy way out of conflicts and the assumption of responsibility».

<sup>63</sup> Si veda M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 228: «l'unificazione bancaria [...] avviene nel segno della predominanza della tecnica sulla politica».

Sempre sul ruolo della tecnica nell'ambito dell'unificazione bancaria, v. M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *op. cit.*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *op. cit.*, 2016, p. 239 ss.

<sup>64</sup> J. MEYNAUD, *La tecnocrazia: mito o realtà?*, Bari, Laterza, 1966, p. 423.

<sup>65</sup> A. SCIORTINO, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 13.

politico e che rifiuta il sistema di duplice valutazione (tecnica e di opportunità riservate, rispettivamente, all'esperto e al politico) dei regimi di democrazia rappresentativa<sup>66</sup>.

Le conseguenze di questo modello sono rilevanti anche in termini di riduzione del processo democratico, in cui le decisioni sono prese da *élites* e sono sottratte alla discussione pubblica, «che così si adatta passivamente alla politica, così come la politica si è passivamente adattata alla tecnica»<sup>67</sup>.

Con riferimento alle criticità inerenti al trasferimento delle competenze politiche ai tecnici possono essere prese in considerazione due distinte prospettive.

In primo luogo, è stato evidenziato come tale fenomeno sia caratterizzato da un preciso meccanismo in cui «una politica ridotta a spettacolo ad uso dei media fornisce una parvenza di legittimazione democratica a decisioni assunte fuori dal circuito rappresentativo, mentre la c.d. tecnica fornisce legittimazione teorica a scelte oggettivamente politiche, prese in sedi ristrette e irresponsabili»<sup>68</sup>.

Celata, quindi, dietro una apparente democraticità della decisione, si ritrova una scelta sostanzialmente tecnica, assunta da tecnici politicamente irresponsabili che, contemporaneamente, forniscono i presupposti cognitivi che legittimano la scelta politica.

In secondo luogo, in parziale opposizione alla precedente impostazione, vi è chi ha escluso la deresponsabilizzazione della decisione politica come frutto di una decisione tecnica, ritenendo che la valutazione tecnica, mai neutra, possa costituire uno dei presupposti della decisione politica. Dunque, qualsiasi decisione di governo risulta essere fondamentale una *decisione politica*, anche se guidata dalla tecnica<sup>69</sup>. In questo senso, infatti, «il rinvio a presupposti scientificamente accertati deve agevolare e supportare una decisione di governo, ma non consente di escludere la valutazione politica interna e presupposta ad ogni decisione di governo di cui il titolare dell'indirizzo politico si fa portatore»<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> J. MEYNAUD, *La tecnocrazia: mito o realtà?*, Bari, Laterza, 1966, p. 348.

<sup>67</sup> Con conseguenze eventualmente drastiche, poiché in questo modo, «la democrazia cessa di essere la norma dei sistemi politici, e la tecnica, che la sostituisce come sistema normativo, finisce con il creare seri dubbi sulla possibilità, nelle società tecnicizzate, dell'*esistenza della democrazia*» (corsivo aggiunto), v. U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 450.

<sup>68</sup> M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 46.

<sup>69</sup> E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 129 (corsivo aggiunto).

<sup>70</sup> *Ibid.*

Ciò che differenzia le due impostazioni sembra consistere in un approccio sostanzialistico, da un lato, e formalistico, dall'altro.

Tuttavia, entrambe le prospettive svelano correttamente solo parte del problema.

Infatti, la decisione assunta sulla base di cognizioni tecnico-specialistiche può in realtà essere delegata *in toto* all'esperto, ammantando di democraticità una scelta presa da organi tecnici estranei al circuito rappresentativo. Allo stesso tempo, tale scelta rimane formalmente «politica»: ne deriva che, da un lato, ogni decisione di governo è per definizione una decisione politica e che, dall'altro lato, va esclusa qualsiasi forma di deresponsabilizzazione di chi prende la scelta.

Come è stato sostenuto in maniera particolarmente efficace e rappresentativa da Meynaud, «contrariamente alle sue pretese, il tecnocrate non ha il potere di sopprimere la politica: anche se battezza le cose con altri nomi, non ha la possibilità di ignorarle. Che ispiri gli uomini politici (riducendoli allo stato di «burattini») o che si metta apertamente al loro posto, *il tecnocrate farà della politica*»<sup>71</sup>. Pertanto, può ritenersi che tale decisione – se assunta sostanzialmente dai tecnici, ma formalmente dall'organo politico di riferimento – sia comunque connotata da un più o meno elevato *deficit* di legittimazione democratica, difettando il collegamento degli organi tecnici con il circuito politico-rappresentativo.

Tuttavia, conformemente alla seconda impostazione analizzata – e dando priorità alla prospettiva formalistica, con decisioni sostanzialmente assunte dai tecnici – sembra condivisibile ritenere che la soluzione al predetto problema possa essere offerta dalla responsabilità politica quale «chiave di volta» del rapporto fra tecnica e politica<sup>72</sup>, essendo

---

<sup>71</sup> J. MEYNAUD, *La tecnocrazia: mito o realtà?*, Bari, Laterza, 1966, p. 345 (corsivo aggiunto).

Ancora, si evidenzia come «chiunque entra nella sfera governativa o vi si avvicini, non può evitare di fare politica. Spinta ai suoi estremi, l'idea di una separazione assoluta tra la tecnica o, se vogliamo, l'amministrazione e la politica, è un mito. [...] Quando si trasforma in tecnocrate, il tecnico diventa un «politico»», cfr. *Ivi*, p. 349.

Difatti, con riferimento all'unificazione bancaria si sottolinea che «è innegabile a volte un uso della tecnica per spingere i decisori politici ad assumere alcune decisioni 'di parte', come dimostrano gli *stress test* o gli obblighi di capitalizzazione nella valutazione della qualità degli attivi delle banche», cfr. M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 228.

<sup>72</sup> In questo senso, v. E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 129 ss. L'Autore sostiene, peraltro, che la circolarità tra funzioni politiche, tecniche e amministrative possa consentire al politico un controllo della decisione presa con il supporto dei tecnici. Dunque, la tecnica costituirebbe allo stesso tempo strumento di azione e di controllo, oggetto di responsabilità del politico che, a sua volta, dovrà rispondere innanzi agli elettori.

In senso conforme, v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 136 ss.

l'organo politico l'ultimo responsabile della decisione assunta. A ciò si unisce la supposta neutralità del tecnico e della tecnica, che porta a ritenere particolarmente affidabile la decisione degli esperti, financo in misura maggiore rispetto a quella del giudice: si tratta però – sottolinea la dottrina – di «mitologia», non avendo la scienza e la tecnica carattere oggettivo<sup>73</sup>. In questi casi, «il potere politico di decisione non è scomparso, ma semplicemente passato in altre mani», con il rischio che tale superiore livello di neutralità della decisione comporti l'insindacabilità da parte del potere politico e da parte del potere giudiziario<sup>74</sup>.

La dottrina, così, ha evidenziato che «la questione non appare più tanto quella di quale rapporto vi sia tra tecnica e politica, quanto piuttosto del modo in cui la tecnica stia modificando gli stessi strumenti attraverso cui la politica si esprime»<sup>75</sup>. Se risulta inimmaginabile una politica privata del sapere tecnico-specialistico, può altresì accadere che le soluzioni fornite dalla scienza siano molteplici, dunque la scelta di quella più opportuna non può che spettare alla politica<sup>76</sup>.

Oltre alla pluralità di opzioni che la scienza riesce ad offrire per la risoluzione di un problema tecnico, in particolari settori risulta maggiormente diffusa una forma di incertezza e di indeterminatezza del sapere scientifico. Ciò è vero soprattutto rispetto ad alcune materie, tra cui spiccano le scienze ambientali<sup>77</sup>, contraddistinte dalla complessità delle conoscenze, da dati insufficienti o mancanti, da esiti imprevedibili e dal carattere stocastico delle previsioni<sup>78</sup>.

Proprio con riferimento alle tematiche ambientali, la dottrina ha riflettuto sulle possibili derive scientiste del diritto, da cui consegue la riduzione di capacità decisionale dei poteri pubblici, anche in contesti connotati da incertezza scientifica.

Ebbene, si sottolinea come proprio il grado di incertezza che connota il sapere scientifico e le ricadute in ambito giuridico abbiano acquisito particolare centralità.

Da un lato, si osserva come sia la scienza, sia il diritto debbano sottostare al rispetto dei diritti fondamentali: se l'incertezza scientifica non può tradursi in una deriva scientista del

---

<sup>73</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 151.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> A. SCIORTINO, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 14.

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>77</sup> Cfr. Cap. II.

<sup>78</sup> S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3.

diritto, è pur vero che nel caso in cui le risultanze scientifiche abbiano raggiunto un grado particolarmente elevato di consenso internazionale (come rispetto al tema del cambiamento climatico), non ci si può appellare al principio democratico, posto che i diritti fondamentali delle generazioni presenti e future non sono sottoposti al voto<sup>79</sup>.

Dall'altro lato, il livello di discrezionalità dei pubblici poteri risulta, in questa prospettiva, proporzionata al livello di rischio e al grado di incertezza scientifica<sup>80</sup>. Se questo è vero, l'inarrestabile sviluppo tecnologico e l'inevitabile incremento di conoscenze tecniche ha – come si vedrà – una immediata conseguenza: la progressiva erosione dei poteri discrezionali delle autorità pubbliche e, limitatamente a taluni casi, la loro espansione.

### 5.1. *Brevi cenni sulle norme tecniche. Criticità e possibili soluzioni*

Alcune considerazioni devono, a questo punto, svolgersi con riferimento alle norme tecniche, fenomeno che ben sintetizza la tensione e la vicendevole interazione tra il mondo della tecnica e quello del diritto.

È proprio tramite le norme tecniche, infatti, che risulta possibile dirigere l'analisi verso il diritto amministrativo, poiché esse si situano al crocevia tra il potere politico-legislativo e quello amministrativo, oltre che tra la dimensione nazionale e quella sovranazionale.

La normazione tecnica può essere definita come «l'attività di produzione di precetti a contenuto tecnico, elaborati in base a giudizi e valutazioni condotti in applicazione di regole

---

<sup>79</sup> M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2021, p. 1086: «la predicción de que el cambio climático afectará de modo grave e irreversible a la humanidad está basada en los mejores hallazgos científicos disponibles respecto al clima, respaldados por un amplio consenso internacional. En relación con la discrecionalidad de los legisladores nacionales para adoptar decisiones que no tomen en consideración los datos científicos sobre el cambio climático, sin justificación suficiente, se afirma explícitamente que los derechos fundamentales, de las generaciones presentes y futuras, «no están sometidos a votación». La complejidad que entraña decidir en contextos de incertidumbre no puede resolverse, pues, mediante una deriva cientifista del Derecho en contextos de ignorancia, pero tampoco mediante la apelación al principio democrático – ni tan solo mediante el recurso a la democracia directa mediante procesos de autorregulación basados en la participación – cuando la ciencia ha demostrado que en ello está implicada la supervivencia del planeta. De acuerdo con ello, tanto la autoridad de la ciencia, basada en el conocimiento experto, como la autoridad del Derecho, basada en el principio democrático, están sometidas por igual a los derechos fundamentales, cuyo respeto debe ser garantizado en todo caso».

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 1084.

scientifiche»<sup>81</sup>. Estranea all'attività di indirizzo politico o di discrezionalità amministrativa, essa viene ricondotta dalla dottrina all'esercizio di discrezionalità tecnica<sup>82</sup>.

La regola tecnica si pone, peraltro, in relazione con l'ordinamento giuridico in diversi modi: può essere integralmente trascritta nell'atto normativo; può essere semplicemente richiamata direttamente (facendo riferimento a particolari discipline) o indirettamente (indicando lo scopo da raggiungersi tramite specifici mezzi tecnici); può contribuire a delineare il contenuto o la portata di un concetto giuridico<sup>83</sup>. Ciò che differenzia le norme tecniche da quelle propriamente giuridiche non è tanto il contenuto – precettivo – quanto il fondamento, ossia le premesse logiche delle regole tecniche<sup>84</sup>.

Sintetizzando, la produzione delle norme tecniche può realizzarsi in diversi modi<sup>85</sup>.

In primo luogo, per mezzo di atti normativi dell'Unione europea o, a livello statale, con norme di rango primario, recependo la regola tecnica all'interno del testo normativo<sup>86</sup>. In quest'ultimo caso, lo strumento maggiormente utilizzato è la delega legislativa, posto che il governo risulta l'organo più qualificato per disciplinare materie ad alto contenuto tecnico<sup>87</sup>. In secondo luogo, attraverso atti normativi di rango diverso da quello primario, tra cui rientrano i regolamenti governativi, i regolamenti ministeriali e gli atti di regolazione delle autorità indipendenti.

---

<sup>81</sup> G. CAIA, N. AICARDI, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 19.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sulla p.a.*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 274 ss.

<sup>84</sup> A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avak*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1976, p. 567.

<sup>85</sup> Si veda, per la ricostruzione che segue, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 145 ss.; G. CAIA, N. AICARDI, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 21 ss.

<sup>86</sup> Con particolare riferimento, a livello europeo, alle *European Supervisory Authorities* (ESA), cfr. M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 242 ss.

<sup>87</sup> Tra gli ultimi interventi normativi di rilievo realizzati tramite lo strumento della delega legislativa figura il nuovo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 36/2023, il cui progetto di Codice è stato elaborato da una Commissione speciale istituita il 4 luglio 2022 dal Presidente del Consiglio di Stato, composta da Consiglieri di Stato, Avvocati dello Stato, Consiglieri della Corte di Cassazione, Consiglieri della Corte dei Conti, Professori universitari, Avvocati ed Esperti tecnici (cfr. *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*).

In terzo luogo, le norme tecniche possono essere prodotte anche attraverso l'emanazione di atti amministrativi generali (ad esempio, gli atti di pianificazione ambientale) e attraverso atti puntuali e specifici, quali i provvedimenti amministrativi (ad esempio, gli atti di tipo autorizzatorio-abilitativo)<sup>88</sup>.

Infine, per mezzo di una produzione realizzata da enti di normazione tecnica privata, a livello nazionale<sup>89</sup>, europeo<sup>90</sup> e internazionale<sup>91</sup>, definite dalla dottrina come norme a formazione e adesione volontaria che, se osservate, determinano una autolimitazione della autonomia privata<sup>92</sup>.

Alcuni profili problematici connessi alla regolazione tecnica devono, tuttavia, essere evidenziati.

Un primo profilo è legato alla progressiva cessione di competenze normative da parte dello Stato verso l'Unione europea da un lato, e verso gli enti (privati) di normazione tecnica, dall'altro<sup>93</sup>. Questo risultato deriva, secondo la dottrina, dalla necessità di rispondere alle esigenze del mercato che richiedono un livello di sviluppo tecnologico particolarmente avanzato. Tale cessione di competenze si ritiene esprima, di fatto, la progressiva riduzione della discrezionalità (legislativa, in questo caso), che colpisce i pubblici poteri, i quali si trovano ad affrontare con minori margini di manovra la regolazione di ampie branche dell'ordinamento.

Un secondo profilo consiste nell'accennato spostamento delle competenze pubbliche verso i tecnici, problema che si avverte anche in questo settore – rispetto alla produzione di normativa tecnica – in cui spesso non si conosce il reale autore di tali regole. Si evidenzia, infatti, non solo che «il contenuto altamente specialistico, implicando l'intervento di

---

<sup>88</sup> G. CAIA, N. AICARDI, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 25 ss.

<sup>89</sup> Cfr. l'Ente nazionale di unificazione (UNI) e il Comitato elettrotecnico italiano (CEI).

<sup>90</sup> Cfr. l'*European Committee for Standardization* (CEN), l'*European Committee for Electrotechnical Standardization* (CENELEC) e l'*European Telecommunications Standards Institute* (ETSI).

<sup>91</sup> Cfr. l'*International Organization for Standardization* (ISO), l'*International electrotechnical Commission* (IEC) e l'*International Telecommunication Union* (ITU). L'ISO è il principale organismo di normazione a livello mondiale e assieme all'IEC pone in essere circa l'85% della normativa internazionale sui prodotti industriali, v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 30 ss.

<sup>92</sup> M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 1996.

<sup>93</sup> F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 152 ss. L'Autrice sottolinea, al riguardo, come «l'adesione del nostro Paese a queste organizzazioni internazionali e sovranazionali ed il processo di integrazione europea e di unificazione del mercato interno, quindi, danno un rinnovato impulso all'evoluzione del concetto di tecnica e modificano nuovamente il rapporto tra la tecnica e il diritto riflettendosi, ancora una volta, sulle modalità di produzione delle norme tecniche».

consulenti ed esperti nel suo procedimento di formazione, avrebbe come effetto di mascherarne i reali artefici»<sup>94</sup>, ma anche come dietro l'apparenza di scelte oggettive e neutrali potrebbero celarsi decisioni politiche, posto che se il politico, privo di adeguate conoscenze specifiche non può deliberare, «è il tecnico che decide in sua vece, senza tuttavia assumersi la responsabilità delle scelte che compie»<sup>95</sup>, con i rischi, già evidenziati, di sconfinare in una forma ben mascherata di tecnocrazia, connotata dal predetto *deficit* di legittimazione democratica.

Parte della dottrina – analizzando le norme tecniche prodotte in materia ambientale – ha ben rappresentato la questione, individuando alcune possibili soluzioni volte a rafforzare la credibilità e la legittimazione democratica di tali processi decisionali<sup>96</sup>. È stato, infatti, evidenziato come il procedimento di produzione della normativa tecnica dovrebbe rispondere a due esigenze: da un lato, una valutazione scientifica, da cui scaturisce la previsione della norma tecnica, il più possibile corretta e oggettiva<sup>97</sup>; dall'altro, rendere possibile distinguere chiaramente la componente valutativa e le scelte poste alla base della produzione della regola tecnica<sup>98</sup>.

A tal fine, sarebbe necessario che questi procedimenti fossero caratterizzati da: una istruttoria ampia, aperta a tutti i soggetti in grado di fornire gli elementi tecnico-scientifici rilevanti, attribuita ad un organo imparziale, i cui membri siano selezionati tramite procedure ad evidenza pubblica e in base a criteri di competenza ed esperienza professionale; strutture in grado di adeguare le norme tecniche al progresso scientifico in modo rapido e continuo; trasparenza e visibilità di tutte le fasi, anche predisponendo strumenti di informazione semplificata per il pubblico.

---

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 170.

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 171.

<sup>96</sup> M. CECCHETTI, *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 58-60.

<sup>97</sup> *Ivi*, p. 58.

<sup>98</sup> *Ivi*, p. 59.

## 6. *La decisione amministrativa*

Giunti a questo punto, occorre spostare l'analisi verso il rapporto tra tecnica e attività amministrativa, indagando il ruolo di crescente rilievo assunto dalla tecnica nell'ambito del procedimento di produzione e formazione della decisione pubblica.

Per farlo, risulta preliminare ricostruire sinteticamente l'istituto della decisione amministrativa. Successivamente, ci si focalizzerà sugli istituti giuridici della discrezionalità amministrativa e della discrezionalità tecnica, per tentare di delineare il mutato volto della discrezionalità amministrativa, progressivamente circoscritta dalla tecnica e modellata da vari fattori, tra cui figura anche il diritto dell'Unione europea.

La dottrina si è lungamente interrogata sulla natura giuridica della decisione amministrativa, tentando a più riprese di circoscrivere i confini dell'istituto e di delinearne la fisionomia.

Sul punto, va premesso come la nozione di decisione amministrativa sia polisensa, e parte delle difficoltà ricostruttive derivano proprio dal fatto che tale termine si presta a descrivere concetti tra loro distinti.

Tale espressione è stata, così, ricondotta a diverse fattispecie che possono essere identificate sia negli atti risolutivi di un contenzioso amministrativo, sia negli atti che precedono il provvedimento, nonché nello stesso provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo.

Come ricordano gli studiosi più autorevoli<sup>99</sup>, la vera artefice della nozione di decisione amministrativa è la dottrina tedesca<sup>100</sup>, sulla scorta della quale Cino Vitta ha introdotto tale concetto in Italia: mentre in un primo momento l'Autore riconduceva l'istituto nell'ambito degli atti ricognitivi che dichiarano la conformità degli atti amministrativi alla legge<sup>101</sup>, in un secondo momento li riteneva «giudizi preliminari» ai provvedimenti dell'autorità amministrativa<sup>102</sup>.

È, tuttavia, possibile affermare come la dottrina maggioritaria, con diverse sfumature, inquadrasse tradizionalmente la decisione amministrativa all'interno degli atti formali della pubblica amministrazione aventi carattere giustiziale o provvedimentale.

---

<sup>99</sup> M. NIGRO, *Sulle decisioni amministrative*, in *Foro Amm.*, IV, 1950, p. 15; M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Il Foro It.*, vol. 75, 1952, p. 170 ss.; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953.

<sup>100</sup> K. KORMAN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, Springer, 1910; A.J. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Lipsia-Vienna, Deuticke 1923.

<sup>101</sup> C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. It.*, IV, 1906, p. 213.

<sup>102</sup> C. VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.*, IV, 1924, p. 97.

Centrale, al riguardo, è la tesi di Mario Nigro, secondo cui le decisioni amministrative riguarderebbero la c.d. amministrazione contenziosa, e sarebbero atti di accertamento emanati all'esito di un procedimento (contenzioso) che dà rilievo ad un conflitto di interessi fra gli amministrati e diretto ad accertare l'applicabilità o, in alcuni casi, a determinare le modalità di applicazione della legge a un caso concreto<sup>103</sup>.

Aderendo a questa impostazione, è stato altresì sostenuto come esse siano riconducibili a «provvedimenti [...] che operano su precedenti atti amministrativi»<sup>104</sup>, o assimilabili per certi versi alle sentenze (seppur con le differenze legate all'autorità di cosa giudicata per la decisione giurisdizionale, da un lato, e alla impugnabilità, disapplicazione e revisione in autotutela per la decisione amministrativa, dall'altro)<sup>105</sup>, oppure circoscrivibili alle decisioni sui ricorsi amministrativi<sup>106</sup>.

In senso contrario, la natura di atto di accertamento viene radicalmente negata da Massimo Severo Giannini, secondo il quale «le decisioni amministrative sono manifestazioni di volontà, contenenti, alla stregua di ogni atto di pubblici poteri, un accertamento, non come elemento giuridico ma come elemento meramente logico»<sup>107</sup>. Secondo Giannini esse non

---

<sup>103</sup> M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953, p. 49: «pare dunque senz'altro possibile individuare una categoria di atti amministrativi, aventi il carattere di accertamenti, emanati da organi contenziosi a seguito di un procedimento contenzioso, procedimento diretto ad accertare appunto l'applicabilità della legge ad un caso concreto e a determinare, talvolta, anche le modalità dell'applicazione della legge medesima: a tali atti può essere attribuito fondatamente il nome di *decisioni*»; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 812.

<sup>104</sup> A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 610. Sempre nel senso di ritenere che le decisioni amministrative siano provvedimenti conclusivi di procedimenti contenziosi, però non aventi natura di accertamento costitutivo (e aventi carattere discrezionale), v. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 106: «le decisioni quindi non possono inquadarsi fra gli accertamenti costitutivi, giacché esse non si limitano ad acclarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti dalla legge, bensì esprimono un giudizio sempre nell'ambito della legge, fra più soluzioni in contrasto ed in ciò si rileva l'elemento caratteristico di questa categoria di atti, i quali sono atti discrezionali e non atti vincolati».

<sup>105</sup> M. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1983, p. 351-352: «l'atto di decisione così come delineato è una figura generale, le cui caratteristiche trovano riscontro sia nelle decisioni dell'autorità amministrativa su ricorso, sia nelle sentenze degli organi giurisdizionali. [...] Mentre l'atto di decisione giurisdizionale diventa immutabile una volta che non sia ulteriormente impugnabile, per contro l'atto di decisione amministrativa è suscettibile di essere ancora sottoposto a sindacato, mediante impugnazione in sede giurisdizionale, così come è suscettibile di disapplicazione (per illegittimità) da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria. Inoltre, la stessa pubblica amministrazione [...] può riesaminare l'atto sulla base dei poteri amministrativi di autotutela [...] e annullarlo di ufficio, per motivi diversi da quelli dedotti dal ricorrente, modificarlo, revocarlo nonostante che la decisione (di rigetto) sia definitiva, nel senso di non ulteriormente impugnabile in via amministrativa».

<sup>106</sup> F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 3: «escluso che l'annullamento d'ufficio e la revoca possano rientrare nella generale categoria delle decisioni, la nozione di decisione in senso specificamente amministrativo finisce per ridursi ai provvedimenti risolutivi dei ricorsi amministrativi»; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, p. 526-527.

<sup>107</sup> M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Il Foro It.*, IV, 1952, p. 179.

consisterebbero, dunque, in atti preparatori o strumentali, ma in atti che esauriscono il momento di determinazione volitiva dell'amministrazione<sup>108</sup>, identificabili talvolta nel provvedimento amministrativo e talvolta in atti aventi effetti meramente preliminari<sup>109</sup>.

Secondo altre autorevoli impostazioni, invece, la decisione amministrativa andrebbe integralmente risolta nel provvedimento amministrativo (da cui deriva una sostanziale identificazione dei due concetti)<sup>110</sup>, oppure ricondotto il fondamento della stessa al potere di autotutela della pubblica amministrazione<sup>111</sup>.

In un panorama così variegato è stato, nondimeno, correttamente evidenziato che intendendo il predetto istituto giuridico come atto della p.a. viene mostrata solo una faccia della medaglia: quella della decisione amministrativa in senso stretto<sup>112</sup>.

Tale aspetto appare, ormai, il meno rilevante.

L'attenzione si è, difatti, spostata su un'altra dimensione del problema, legata all'accezione di decisione amministrativa in senso lato, ossia «l'evento che, in presenza di più interessi che chiedono soddisfazione in riferimento ad uno stesso bene della vita e di fronte al problema della loro composizione, individua una soluzione per quest'ultimo, selezionando un particolare assetto di interessi fra altri possibili»<sup>113</sup>. La decisione così intesa consiste nella espressione di discrezionalità pura della p.a., da intendersi come il momento in cui l'amministrazione prende una scelta per il (miglior) perseguimento dell'interesse pubblico. Lo spostamento del *focus* ha riguardato il passaggio dall'atto amministrativo all'*iter* di formazione della decisione, e ciò per ragioni distinte.

---

<sup>108</sup> Infatti, l'Autore parla testualmente di «manifestazioni pure di volontà» (cfr. *Ibid.*).

<sup>109</sup> *Ivi*, p. 179 ss.: tra le varie forme di decisione l'Autore distingue: i provvedimenti, ossia le decisioni in cui «la pura enunciazione di una volontà è sufficiente a conseguire tutti gli effetti giuridici possibili»; i «comprovvedimenti», ossia i provvedimenti che si giustappongono ad un altro atto, normalmente un provvedimento anch'esso; infine, le decisioni che producono meri effetti preliminari, in cui l'atto che segue risulta essere un atto dovuto o necessario.

<sup>110</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, vol. V, 1960, p. 268 ss.; così anche D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Ann.* III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 56. Per una puntuale ricostruzione del concetto di atto e di provvedimento amministrativo, v. B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, CEDAM, 2000.

<sup>111</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 541 ss.

<sup>112</sup> F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 7, 2017; M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 115 ss.

<sup>113</sup> M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 3.

Da un lato, la recente dottrina evidenzia come tutte le tipologie di procedimento amministrativo abbiano natura contenziosa, poiché caratterizzate dal principio del contraddittorio e dalle garanzie difensive per il privato<sup>114</sup>.

Dall'altro lato, la necessità di rendere prevedibile l'azione amministrativa e tutelare l'affidamento dei privati ha fatto assumere maggiore peso al processo decisionale e, quindi, alla disciplina e al controllo della formazione della decisione, più che all'atto conclusivo del procedimento<sup>115</sup>.

La distinzione tra decisione e provvedimento è, difatti, netta: mentre la prima consiste nella scelta tra le alternative possibili nell'ambito del procedimento amministrativo, il secondo è la dichiarazione con cui la p.a. manifesta la scelta assunta<sup>116</sup>. Muta, così, l'idea stessa di decisione amministrativa, da intendersi non più come un evento istantaneo, ma come un processo evolutivo graduale, articolato in più fasi, attraverso le quali si determina l'assetto degli interessi in gioco<sup>117</sup>: si parla, al riguardo, di atto a formazione progressiva.

Pertanto, attenta dottrina sottolinea come il profilo della determinazione della scelta sia divenuto essenziale, trasformando il tema delle decisioni amministrative nel tema della discrezionalità amministrativa<sup>118</sup>, risultato che viene esemplificato dalla centralità progressivamente assunta dal procedimento amministrativo<sup>119</sup>.

Coerentemente con gli studi più recenti, gli aspetti legati alla decisione amministrativa tendono, dunque, a identificarsi con quelli legati all'esercizio del potere discrezionale amministrativo o risultano, comunque, profili strettamente connessi alla fase procedimentale che termina con la decisione intesa – questa volta sì – come provvedimento amministrativo.

---

<sup>114</sup> L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 1, 2017, p. 1 ss. L'Autrice evidenzia, peraltro, come la maggior parte degli atti a cui la dottrina amministrativa faceva riferimento non esista più o abbia perso rilevanza, come è accaduto per i ricorsi amministrativi.

<sup>115</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, p. 81 ss.

<sup>116</sup> F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, p. 248: «l'atto o provvedimento può essere considerato come una «manifestazione» [...]: cioè, precisamente, come un fatto (generalmente, una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa ad un problema definito, in guisa da rendere possibile – attraverso processi diretti od indiretti più o meno agevoli nei vari casi – la comprensione di quanto si è deciso e quindi dell'assetto d'interessi che si è voluto stabilire».

<sup>117</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, p. 88.

<sup>118</sup> L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 1, 2017, p. 1 ss.

<sup>119</sup> *Ivi*, p. 3: «l'attenuazione progressiva dei tradizionali caratteri di unilateralità e di imperatività, la generalizzazione della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, l'impossibilità di disporre di un ordine prestabilito fra gli interessi in gioco e la conseguente necessità di procedere sempre ad una ponderazione fra essi senza poter prevedere un esito predefinito hanno contribuito a mettere in primo piano il procedimento rispetto al provvedimento, il modo in cui si decide rispetto alla qualità e alla natura della decisione, la legittimità, o al massimo la proporzionalità della scelta rispetto ai suoi fondamenti e ai suoi effetti».

Data la suddetta equiparazione, va concentrata l'attenzione sulla discrezionalità amministrativa e le figure giuridiche affini, esaminando i processi di cambiamento che hanno interessato questi istituti.

## 7. *Il potere discrezionale della p.a. e le cognizioni specialistiche: tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*

La discrezionalità amministrativa consiste, genericamente, nel potere di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti attribuiti dalla legge all'amministrazione (sotto i profili dell'*an*, del *quid*, del *quomodo* e del *quando*) al fine di realizzare l'interesse pubblico<sup>120</sup>.

L'amministrazione pubblica, nell'esercitare il potere discrezionale, compie quella che è stata tradizionalmente definita come una «ponderazione comparativa di interessi secondari in ordine ad un interesse primario»<sup>121</sup>. Il risultato provvedimento di tale attività deve consentire, al contempo, la massimizzazione dell'interesse primario e la minor compressione possibile degli interessi secondari, posto che un interesse primario non esiste mai da solo, in un «vuoto giuridico», ma si presenta connesso e quindi condizionato da altri interessi secondari<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, vista l'amplessissima letteratura sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica che non è riassumibile in questa sede, si segnala: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, I, 1957; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, UTET, 1960, p. 1098 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 999 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. Amm.*, IV, 1984, p. 463 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987; G. BARONE, *Discrezionalità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995; F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2000, 1045 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 791 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. Dir.*, Ann. II-2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 473 ss.

<sup>121</sup> Questa è la storica ricostruzione di Massimo Severo Giannini, cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97-98.

<sup>122</sup> *Ivi*, p. 97.

Queste considerazioni rappresentano il risultato di un articolato percorso dottrinale<sup>123</sup>, che ha portato ad affermare come la discrezionalità amministrativa attenga alla fase finale, volitiva e decisionale, con ciò differenziandosi dalla discrezionalità tecnica o, più correttamente, dalle valutazioni tecniche della p.a., che si riferiscono ad una fase precedente (in cui manca l'elemento volitivo) avente ad oggetto l'accertamento e la qualificazione dei fatti, in cui l'amministrazione dà sostanza a norme imprecise applicando criteri tecnico-specialistici che presentano un certo margine di opinabilità<sup>124</sup>.

Pertanto, l'elemento che distingue le due forme di discrezionalità è centrale, e consiste essenzialmente nella ponderazione tra interessi contrapposti, presente nella discrezionalità amministrativa e assente nella discrezionalità tecnica. L'esercizio di quest'ultima prevede, difatti, una mera operazione di giudizio sui presupposti di fatto, mediante l'applicazione di regole specialistiche.

Seppur nel linguaggio giuridico sia invalsa la denominazione di «discrezionalità tecnica», la dottrina maggioritaria reputa tale definizione impropria, considerando estranee le valutazioni tecniche da quelle discrezionali: a differenza delle seconde, infatti, le prime non comporterebbero alcuna ponderazione comparativa di interessi<sup>125</sup>. La dottrina ha così parlato, più propriamente, di «*potere di valutazione tecnica*»<sup>126</sup>, denominazione che appare di maggiore precisione e rispondenza alla fisionomia dell'istituto, posto che il vero nucleo di tale attività risulta essere proprio quello valutativo.

Ebbene, la discrezionalità tecnica può essere sinteticamente delineata attraverso due requisiti essenziali. Il primo rimanda all'utilizzo di regole e criteri specialistici, che non appartengono

---

<sup>123</sup> Per una accurata ricostruzione si veda A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 59 ss.

<sup>124</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 126.

<sup>125</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 42 ss. e 70 ss.

Al riguardo, Marzuoli evidenzia che «il rifiuto del concetto di discrezionalità tecnica poggia su una premessa generalmente accolta e a tal fine essenziale: la estraneità fra valutazione tecnica e valutazione discrezionale, questa intesa e specificata come valutazione del pubblico interesse», cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 39 ss.

La ritiene comunque «discrezionalità», F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 829 ss., che sottolinea come a differenza della discrezionalità amministrativa, in cui emerge che «la ricognizione sull'esistenza degli interessi in concreto sia già stata positivamente compiuta» e si limita ad una ponderazione degli stessi, la discrezionalità tecnica «mira a verificare se esista, nella fattispecie concreta, un determinato interesse da tutelare». Essendo pertanto la valutazione tecnica una valutazione su un interesse, l'Autore sostiene che la si possa continuare a chiamare «discrezionalità».

<sup>126</sup> L'espressione di Aldo Sandulli (cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 574), viene successivamente ripresa da C. MARZUOLI, *op. cit.*, p. 36 ss.

al mondo del diritto. Tali conoscenze specifiche possono essere di ordine tecnico-scientifico o empirico-pratico<sup>127</sup>, ma ad ogni modo estranee alla scienza giuridica<sup>128</sup>.

Il secondo riguarda, invece, il carattere dell'*opinabilità* delle regole adottate, che complica il quadro, rendendo la questione legata al relativo trattamento giuridico alquanto complessa. Essa viene definita dalla dottrina come una «zona grigia», che non attiene né alle certezze scientifiche, né a quelle giuridiche; l'Amministrazione applica una regola tecnica che non è dimostrabile, mantenendo quindi un certo grado di opinabilità<sup>129</sup>.

Si tratta, pertanto, di una valutazione dei fatti posti a fondamento dei presupposti del provvedimento: l'amministrazione, una volta eseguita la valutazione, non ha margine di scelta, ma è vincolata a provvedere secondo quanto previsto dalla legge, essendo già eseguito *ex ante* dal legislatore il bilanciamento degli interessi e da questi individuata la scelta del comportamento che l'amministrazione, in presenza di tali presupposti, dovrà tenere<sup>130</sup>.

Il carattere di ineliminabile opinabilità della valutazione consente di distinguere la discrezionalità tecnica dagli accertamenti tecnici, quest'ultima categoria non riconducibile alla prima. Gli accertamenti tecnici consistono, infatti, in valutazioni realizzate sulla base di scienze esatte, ove la scelta del criterio e della soluzione adottata non presenta alcun margine di opinabilità. La verifica del fatto avviene quindi in maniera certa, mediante conoscenze tecniche di sicura acquisizione<sup>131</sup>.

L'accertamento tecnico si caratterizza per l'assenza di un risultato opinabile: semmai, si potrebbe assistere ad un errore di fatto, ed è sotto questo profilo che sembra potersi inserire il controllo del giudice, in queste ipotesi particolarmente penetrante<sup>132</sup>.

Da ultimo, va rilevato come il concetto di discrezionalità vada tenuto separato dal c.d. merito amministrativo<sup>133</sup>, definito dalla dottrina come una valutazione di opportunità<sup>134</sup>, riservata alla pubblica amministrazione e tendenzialmente insindacabile, non potendo il giudice sostituirsi in tale apprezzamento all'amministrazione, in ossequio al principio di separazione

---

<sup>127</sup> G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, I. L'attività*, Padova, CEDAM, 2013, p. 49.

<sup>128</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119.

<sup>129</sup> F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. Dir.*, Ann. II-2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 473.

<sup>130</sup> A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 574-575.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. Dir.*, Ann. II-2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 473.

<sup>133</sup> Per una panoramica generale, si veda F. D'ANGELO, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e la loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 139 ss.

Non condivisibili, infatti, sono le considerazioni di chi ritiene che la discrezionalità tecnica afferisca al merito amministrativo, cfr. F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 829 ss.

<sup>134</sup> A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 23.

dei poteri. L'insindacabilità giurisdizionale che tuttora connota il merito amministrativo – ad eccezione dei casi di giurisdizione estesa al merito *ex art.* 134 c.p.a. – è stato un carattere comune, per molto tempo, anche alla discrezionalità tecnica (sostanzialmente equiparata al merito insindacabile), il cui trattamento giurisdizionale, come si vedrà, solo di recente ha avuto una evoluzione nel senso di una maggiore incisività di tale controllo.

Giunti a questo punto della trattazione, è opportuno soffermarsi brevemente sulle fasi che hanno connotato il percorso dogmatico della discrezionalità amministrativa e tecnica per poterne verificare, in un secondo momento, il punto di (temporaneo) arrivo.

Nel ricostruire il sentiero evolutivo dell'istituto, si ritiene essenziale muovere dai contributi di inizio Novecento di Cammeo e di Presutti<sup>135</sup>, influenzati dalla dottrina tedesca sui concetti giuridici indeterminati, ossia norme imprecise che richiedono di essere attuate<sup>136</sup>. In questa fase, la discrezionalità amministrativa viene definita *pura*, poiché occupa spazi in cui la norma giuridica non è presente, aree in cui difetta alcuna regolazione normativa. La disciplina di tali spazi è lasciata, così, alla discrezionalità amministrativa rispetto alla quale, non a caso, ci si riferisce indistintamente con il termine «arbitrio»<sup>137</sup>.

Le due forme di discrezionalità, *pura* e *tecnica* – nella prospettiva di entrambi gli Autori – vengono accomunate dal carattere non sindacabile e dalla centralità del dato normativo<sup>138</sup>.

Secondo la prospettiva di Cammeo, in assenza di una norma giuridica si configurerebbe discrezionalità pura e insindacabile, poiché mancando una norma da applicare difetterebbe, di conseguenza, un corrispondente diritto soggettivo da tutelare<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Per approfondire la ricostruzione dottrinale sul tema, v. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, p. 28 ss.

<sup>136</sup> Per una completa ricostruzione dei concetti giuridici indeterminati, v. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, p. 11 ss.

<sup>137</sup> Cammeo scrive, infatti, che «nel campo dei rapporti fra cittadino ed amministrazione per diverse ragioni sono molti i casi non regolati dal diritto e la cui disciplina è rimessa all'*arbitrio* dell'amministrazione stessa, cioè dà luogo a sue facoltà discrezionali» (corsivo aggiunto), cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, *Introduzione, il diritto amministrativo obiettivo: le fonti, contenuto, efficacia ed applicazione del diritto obiettivo*, Padova, La Litotipo, 1914, p. 397.

<sup>138</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, p. 139.

<sup>139</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, *Introduzione, il diritto amministrativo obiettivo: le fonti, contenuto, efficacia ed applicazione del diritto obiettivo*, Padova, La Litotipo, 1914, p. 402 ss., in cui si afferma che la discrezionalità pura è sindacabile solo attraverso un controllo di opportunità o di merito, perché «vi sono degli interessi dei cittadini in gioco che però non sono diritti, perché nessuna norma li tutela». Tali interessi dei cittadini «trovano difesa soltanto in ricorsi amministrativi, cioè in ricorsi alla stessa autorità o ad autorità superiori amministrative [...], non a giurisdizioni. Non v'è materia a giurisdizione, perché non v'è diritto subbiettivo e norma di diritto obiettivo da applicare».

In presenza del dato normativo, invece, bisognerebbe distinguere – a seconda della precisione o imprecisione della norma – tra attività vincolata e discrezionalità tecnica: i *fatti semplici* (che «esistono o non esistono») implicherebbero la presenza di attività vincolata, mentre i *fatti complessi* (apprezzabili, «suscettibili di un più o di un meno»), di discrezionalità tecnica<sup>140</sup>.

Uguualmente, però, anche la discrezionalità tecnica non sarebbe soggetta a sindacato, perché i giudici sarebbero figure irresponsabili e tecnicamente incompetenti per poter realizzare questa attività; pertanto, in assenza di controllo giudiziario, «l'attività regolata da norme di discrezionalità tecnica è trattata d'ordinario come se le norme non ci fossero e se si trattasse di discrezionalità pura»<sup>141</sup>.

Gli studi dottrinali coevi di Presutti mettono, peraltro, in evidenza la scarsa chiarezza del criterio distintivo di Cammeo, osservando come i «fatti semplici appaiono spesso complessi, e i fatti complessi si possono ridurre mediante l'analisi a fatti semplici»<sup>142</sup>.

Secondo il primo Autore, invece, tale criterio sarebbe diverso, poiché la norma può prevedere fatti che o sussistono, o non sussistono (con conseguente attività vincolata) e, se sussistono, possono essere associati ad attributi (si fa l'esempio di «vecchio») presenti in diversa misura o in un diverso grado, non predeterminato dalla norma (con conseguente discrezionalità tecnica): secondo Presutti, l'esercizio di discrezionalità tecnica comporta una attività interpretativa che consiste, appunto, nel determinare il grado o la misura di tali attributi<sup>143</sup>.

Rispetto alla discrezionalità pura, l'Autore sostiene che «la insindacabilità si ha per la mancanza di un soggetto, cui venga attribuito il diritto di eccitare l'attività dell'organo giurisdizionale» e «perché entro certi limiti, dato il tenore limitato della norma giuridica, manca all'organo giurisdizionale il termine di confronto per sindacare l'atto», mentre rispetto alla discrezionalità tecnica «il termine di confronto c'è, perché la norma giuridica regola [...] anche quei punti che danno luogo a discrezionalità tecnica, ma al giudice della legittimità è interdetto fare, riguardo a questi punti, il confronto fra l'atto e la norma giuridica»<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> *Ivi*, p. 405.

<sup>141</sup> *Ivi*, p. 411.

<sup>142</sup> E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice librai, 1911, p. 54.

<sup>143</sup> *Ivi*, p. 54-55.

<sup>144</sup> *Ivi*, p. 11-12.

Le conclusioni di Cammeo e Presutti risultano, ad ogni modo, analoghe: sebbene quest'ultimo rilevi come la discrezionalità pura si distingua dalla discrezionalità tecnica per l'incompletezza del dato normativo e per l'assenza di un diritto di azione del soggetto leso e residuo, dunque, alcune differenze sul piano dogmatico nelle prospettive dei due Autori, il dato comune resta l'insindacabilità di entrambe le forme di discrezionalità<sup>145</sup>.

Tali – limitate – differenze si attenuano ulteriormente nella prospettiva di Ranelletti, che riconduce ad un concetto unitario le diverse forme di discrezionalità<sup>146</sup>. Partendo dall'attività discrezionale o «libera» dell'amministrazione, l'Autore sottolinea che essa ha come contenuto la «piena facoltà di rilievo e apprezzamento degli interessi collettivi»<sup>147</sup>.

L'attenzione viene interamente convogliata sull'interesse pubblico: gli apprezzamenti tecnico-amministrativi (fondati su criteri tecnici) potrebbero comportare potere discrezionale solo in quanto si debbano realizzare in funzione di un interesse collettivo<sup>148</sup>.

La discrezionalità tecnica viene così ricondotta alla discrezionalità amministrativa, la prima non più un concetto indipendente, ma riassumibile nella seconda<sup>149</sup>. Si assiste, in questo modo, ad una ricomposizione in una visione unitaria dell'istituto, che deriva dalla fusione delle due forme di discrezionalità in un unico elemento.

Perde, dunque, di significato la distinzione sostanziale dei due istituti e di conseguenza anche dal punto di vista processuale non rimane alcuna differenza, risolvendosi nei termini della relativa insindacabilità giurisdizionale.

---

<sup>145</sup> Rispetto alla discrezionalità pura, «la insindacabilità si ha per la mancanza di un soggetto, cui venga attribuito il diritto di eccitare l'attività dell'organo giurisdizionale» e «perché entro certi limiti, dato il tenore limitato della norma giuridica, manca all'organo giurisdizionale il termine di confronto per sindacare l'atto», mentre rispetto alla discrezionalità tecnica «il termine di confronto c'è, perché la norma giuridica regola [...] anche quei punti che danno luogo a discrezionalità tecnica. Ma al giudice della legittimità è interdetto fare, riguardo a questi punti, il confronto fra l'atto e la norma giuridica», v. *Ivi*, p. 11-12; per una ricostruzione sul punto si veda, inoltre, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, p. 39 ss.

<sup>146</sup> Nello stesso senso, v. anche A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 56-58.

<sup>147</sup> Prosegue l'Autore affermando che «le esigenze degli interessi generali sono il motivo unico di esplicamento di questa attività», cfr. O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Piaggio Editore, 1912, p. 363 ss.

<sup>148</sup> *Ivi*, p. 368 ss.

<sup>149</sup> *Ivi*, p. 369, nota: «non crediamo neppure di dover distinguere una discrezionalità *pura* da una discrezionalità *tecnica* o *tecnico-amministrativa*, per indicare con la prima quella puramente amministrativa, con la seconda quella fondata su apprezzamenti tecnico-amministrativi, perché, lasciando da parte la parola 'tecnica', la quale da sola non può esprimere propriamente questo concetto, la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica».

Il momento cruciale per l'evoluzione della discrezionalità è rappresentato, però, dagli studi dottrinali di Giannini<sup>150</sup>, che – oltre al già citato superamento della espressione «discrezionalità tecnica» – consentono di distinguere nettamente la valutazione tecnica dalla valutazione discrezionale. Mentre il potere discrezionale consiste nella ponderazione di interessi contrapposti, e ha ad oggetto un'attività conoscitiva e di esercizio di volontà, la valutazione tecniche implicano una mera attività di giudizio. Ciò che comporta applicazione di regole tecniche non è più, dunque, configurabile come attività discrezionale, non essendo realizzata alcuna valutazione di opportunità o alcuna ponderazione tra interessi contrapposti. In questa ipotesi, l'eventuale opinabilità o meno della regola tecnica non incide affatto: resta, comunque, assente il potere strettamente discrezionale della p.a., potere che comporta una valutazione di maggiore o minore opportunità qui non presente<sup>151</sup>.

È, pertanto, possibile concludere che da questo momento in poi la categoria della discrezionalità tecnica (o, più propriamente, delle valutazioni tecniche dell'amministrazione) acquisisce una propria autonomia dogmatica, e non risulta più riconducibile alla attività discrezionale della p.a., in virtù dell'assenza di ponderazione comparativa tra interessi contrapposti.

Prendendo come punto di partenza gli studi di Giannini, e così «depurata» la nozione di discrezionalità da ogni elemento estraneo alla politicità della comparazione tra interessi<sup>152</sup>, la dottrina successiva maggioritaria concorda nel negare utilità alla nozione di discrezionalità tecnica, data la estraneità tra valutazioni tecniche e valutazioni del pubblico interesse<sup>153</sup>.

Tuttavia, come messo in evidenza da Marzuoli, le conclusioni raggiunte dagli studiosi spesso non risultavano coerenti con le premesse concettuali avanzate. In questo senso, il sindacato esercitato in sede giurisdizionale sulle valutazioni tecniche non era pieno ed effettivo, risultato pressoché necessario se fossero stati rigorosamente seguiti gli sviluppi delle predette elaborazioni<sup>154</sup>. Secondo alcuni doveva, comunque, escludersi la piena sindacabilità

---

<sup>150</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>151</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 110.

<sup>152</sup> G. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 1, 2011, p. 144 ss.

<sup>153</sup> Si rimanda, per una panoramica sul punto relativa a tutti gli studi dottrinali più rilevanti, a C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 39, nota n. 89.

<sup>154</sup> *Ivi*, p. 39-40: «ad eccezione degli orientamenti prima ricordati, e salvo un ulteriore indirizzo del tutto particolare, la dottrina è nel senso di negare fondamento e utilità al concetto di discrezionalità tecnica. Da

giurisdizionale delle valutazioni tecniche, sebbene si negasse fermamente l'esistenza della discrezionalità tecnica (qualificata come uno «pseudo-problema»), ritenendo esistenti solo accertamenti e apprezzamenti tecnici che possono essere riferiti sia ad atti discrezionali, sia ad atti vincolati<sup>155</sup>.

A questo proposito, questa dottrina opera una distinzione.

In caso di soluzioni tecniche univoche, avremmo un apprezzamento (o accertamento) tecnico pienamente sindacabile a livello giurisdizionale<sup>156</sup>. Se, invece, al problema tecnico non corrispondessero soluzioni univoche, oppure la soluzione dovesse essere integrata da altre soluzioni tecniche, non si potrebbe parlare di discrezionalità tecnica, e la scelta tra le soluzioni alternative non andrebbe fatta applicando regole tecniche, ma effettuando una valutazione di pubblico interesse<sup>157</sup>.

Tale elaborazione vede la discrezionalità tecnica come una forma di discrezionalità amministrativa limitata dall'utilizzo di criteri tecnici, con la risoluzione della valutazione tecnica – opinabile – nella valutazione discrezionale, da cui deriva, pertanto, l'esclusione di un controllo pieno sulle valutazioni tecniche opinabili, riducendosi ad un sindacato che va di pari passo con quello relativo alla discrezionalità amministrativa, sindacabile sotto il profilo dell'eccesso di potere<sup>158</sup>.

Secondo una diversa impostazione, invece, nelle ipotesi in cui i criteri tecnici fossero connessi a quelli amministrativi – con conseguente assorbimento della questione tecnica in quella amministrativa – sarebbe possibile un sindacato giurisdizionale sulla questione tecnica solo per mezzo di un controllo sulla questione amministrativa. Anche se questo controllo rimane, secondo tale impostazione, inammissibile<sup>159</sup>.

---

questo punto di vista, e almeno nelle linee generali, il quadro è omogeneo [...]. Ma tale conclusione non si accompagna ad una generale e sistematica affermazione della piena sindacabilità delle valutazioni tecniche».

<sup>155</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 39 ss.

<sup>156</sup> *Ivi*, p. 39 ss. e p. 65-66.

<sup>157</sup> *Ivi*, p. 39 ss.

<sup>158</sup> Nel riassumere il fulcro della questione, potrebbe intendersi per discrezionalità tecnica «quella discrezionalità della pubblica amministrazione che è circoscritta o limitata dal doveroso riferimento a criteri tecnici, esplicitamente o implicitamente imposti dal legislatore. Tale riferimento esclude comunque la discrezionalità quando vincoli l'operato dell'amministratore a un mero accertamento tecnico; non la esclude ma la limita quando il collegamento ad un accertamento o apprezzamento o giudizio tecnico, anche se per legge obbligatorio, non sia per l'amministrazione assolutamente vincolante, quanto alla «univocità» delle valutazioni o soluzioni tecniche, e richieda, quindi, anche un apprezzamento ulteriore in vista del pubblico interesse o – se si preferisca – dalla comparazione dei pubblici interessi da perseguire. Nel primo caso la conformità a criteri tecnici dell'opera dell'amministrazione è sindacabile dal giudice ordinario, nel secondo caso esso è comunque sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere», v. *Ivi*, p. 65 ss.

<sup>159</sup> R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, IV ed., Milano, Giuffrè, 1978, p. 246 ss., in cui si segnalano tre ipotesi: a) la questione tecnica funge da presupposto per la soluzione della questione amministrativa, e l'amministrazione valuta il fatto sulla base di regole tecniche per poi decidere sulla

Infine, altra parte della dottrina riconduceva la discrezionalità tecnica al merito amministrativo, nel caso in cui l'indagine tecnica consistesse nella scelta fra una delle soluzioni possibili, poiché tale scelta atterrebbe all'adeguatezza e all'opportunità della decisione amministrativa<sup>160</sup>. In questo caso il problema del limite del sindacato giudiziario va individuato distinguendo ciò che attiene ai vizi di legittimità da ciò che attiene ai vizi di merito<sup>161</sup>.

A tali orientamenti può, altresì, ricondursi la tesi di chi sosteneva l'esclusione di una cognizione piena sul fatto da parte del giudice amministrativo, circoscrivendola al giudice ordinario<sup>162</sup>.

La dottrina successiva, invece, inizia ad assestarsi su una posizione che sarà progressivamente fatta propria dalla giurisprudenza, e che resta il termine di confronto principale sul tema della discrezionalità tecnica e del relativo sindacato<sup>163</sup>.

Sul punto, gli studi di Ledda confermano, da un lato, gli approdi dottrinali sulla decisione amministrativa discrezionale, in cui sostanzialmente l'amministrazione, nel decidere, «assume come misura di valore l'interesse pubblico»<sup>164</sup>. Le scelte discrezionali, sotto questo profilo, hanno carattere fondamentale soggettivo<sup>165</sup> e costituiscono espressione del tipico potere della p.a., risultando sindacabili sotto il profilo dell'eccesso di potere attraverso un controllo «rigorosamente giuridico»<sup>166</sup>.

---

opportunità del provvedimento; b) la questione tecnica funge, ugualmente, da presupposto per la soluzione della questione amministrativa, ma in questo caso il fatto è oggetto di valutazioni sia tecniche, sia amministrative; c) la questione deve essere risolta non solo tramite criteri tecnici, ma anche tramite criteri amministrativi, configurandosi così una questione tecnico-amministrativa, in cui le due tipologie di valutazioni non sono scindibili.

<sup>160</sup> P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1, 1957, p. 100: «l'indagine tecnica, sia essa compiuta dallo stesso organo che deve operare la scelta, sia essa invece effettuata da un organo consultivo che viene richiesto dal primo, interviene nella fase centrale della determinazione volitiva al fine precipuo di stabilire l'adeguatezza o l'opportunità delle varie soluzioni. [...] È evidente come questo tipo di indagine tecnica, attenendo alla opportunità, alla convenienza ed alla adeguatezza dell'azione amministrativa, si risolve nel merito del provvedimento».

<sup>161</sup> *Ivi*, p. 100-101: «il limite per il sindacato giurisdizionale di legittimità non è rappresentato dalla discrezionalità tecnica, bensì esclusivamente dal merito dell'atto amministrativo. Non si tratta di stabilire dove finisce la discrezionalità pura e dove comincia la discrezionalità tecnica, ma si tratta di precisare dove finisce il campo dei vizi di legittimità e dove invece comincia l'ambito del merito del provvedimento amministrativo».

<sup>162</sup> E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, III, 1959, p. 193 ss.

<sup>163</sup> Si rimanda, per una trattazione più ampia del tema, al Cap. II.

<sup>164</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sulla p.a.*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 255.

<sup>165</sup> *Ivi*, p. 258.

<sup>166</sup> *Ivi*, p. 256 ss. Interessanti, sul punto, le notazioni dell'Autore circa la natura giuridica di tale potere. Si afferma, infatti, che «nelle determinazioni di natura discrezionale si manifesta il potere proprio dell'amministrazione stessa: cioè un potere avente carattere esclusivo [...]»; e in quelle determinazioni si coglie la «sostanza più squisita» della funzione qui considerata. Solo se si ha riguardo a questo aspetto sostanziale, il

Dall'altro lato, invece, sotto il profilo della decisione tecnica si ritrova una netta scissione – coerentemente con la letteratura successiva agli studi di Giannini – tra valutazione tecnica e valutazione discrezionale: il giudizio tecnico rimane nettamente distinto dall'esercizio di un potere amministrativo sostanziale. Così, se la norma rimanda a regole tecniche, «non resta alcuno spazio per una scelta soggettiva orientata a giudizi di valore»<sup>167</sup>.

Peraltro, la dottrina comincia ad assumere una posizione maggiormente aperta al sindacato giudiziario sulle decisioni tecniche della p.a., rilevando come l'opinabilità dell'apprezzamento tecnico «non giustifica alcuna riserva sulla ammissibilità del sindacato giudiziario», che può essere esercitato annullando o disapplicando l'atto qualora la valutazione amministrativa sia inattendibile per insufficienza del criterio o per una sua scorretta applicazione<sup>168</sup>.

Tale risultato, secondo Ledda, non determina alcuna sostituzione del giudice rispetto alla amministrazione: l'apprezzamento è attendibile quando «basato su criteri e su procedimenti tecnici scientificamente corretti», in quanto conforme al senso della norma giuridica e, per converso, l'inattendibilità dell'apprezzamento tecnico per le suindicate ragioni comporta che il giudice si limiti «a rilevare l'inosservanza della norma giuridica che impone l'utilizzazione della tecnica per l'accertamento dei fatti o l'individuazione di una risposta razionale», lasciando impregiudicata la volontà che manifesta il potere amministrativo.

Lo stesso Autore precisa, altresì, che non può escludersi un controllo sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, poiché la censura dei criteri o dei procedimenti tecnici seguiti dall'autorità amministrativa non comporta una sostituzione del proprio apprezzamento opinabile a quello dell'amministrazione<sup>169</sup>.

---

richiamo al principio di divisione dei poteri può giustificare la «riserva» che viene riconosciuta a favore dell'amministrazione».

<sup>167</sup> *Ivi*, p. 263. Nella nota n. 44 l'Autore rileva, peraltro, che «anche quando il giudizio tecnico precede o segue un apprezzamento di interessi, i due momenti debbono restare ben distinti [...]. L'ordine dei diversi apprezzamenti può essere il più vario: talvolta, la determinazione del valore dell'interesse concreto concorre a stabilire i termini del problema strettamente tecnico; altre volte, la valutazione tecnica dei fatti consente di individuare soluzioni alternative, lasciando un più o meno ampio margine ad ulteriori determinazioni discrezionali».

<sup>168</sup> *Ivi*, p. 313.

<sup>169</sup> Le citazioni che precedono sono tratte da F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sulla p.a.*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 313 ss.

Si rimanda, per l'analisi dell'evoluzione del problema del sindacato sostitutivo del giudice amministrativo, alle considerazioni che verranno svolte nel Cap. II.

Dunque, si rileva come le valutazioni tecniche opinabili non siano «riservate» alla p.a.: a tale carattere di opinabilità non può conseguire la superfluità o, addirittura, la inammissibilità della verifica giudiziale, che resta naturalmente possibile<sup>170</sup>.

In una prospettiva opposta, va fatto riferimento agli studi di Marzuoli, da cui possiamo ricavare che la «tecnica» è definibile come «ciò che ha un intrinseco (sostanziale) valore conoscitivo»<sup>171</sup> e che, di conseguenza, qualifica le valutazioni tecniche come valutazioni del fatto realizzate attraverso l'applicazione di criteri «aventi un particolare rilievo conoscitivo»<sup>172</sup>. Nel momento in cui il risultato derivante dall'applicazione dei predetti criteri risulta opinabile, l'applicazione della tecnica (quindi di elementi con valore conoscitivo) non si può risolvere nell'apprezzamento di interessi<sup>173</sup>.

Diversamente da quanto affermato da Ledda circa l'estraneità della valutazione tecnica rispetto al potere amministrativo, Marzuoli qualifica l'attività valutativa tecnica come un potere riservato alla esclusiva competenza della amministrazione<sup>174</sup>. Tale potere è estraneo al potere discrezionale, quindi alla comparazione tra interessi<sup>175</sup> e, nella prospettiva dell'Autore, la tecnica è insufficiente a risolvere il problema che la p.a. deve affrontare, la cui soluzione si ritrova nei valori espressi (non dal giudice, ma) dall'amministrazione che sono i più rappresentativi, in quanto «filtrati e influenzati dai valori dell'indirizzo politico»<sup>176</sup>.

La conclusione in termini di sindacato giudiziario, seppure la ricostruzione dogmatica sia distinta, appare avvicinarsi a quella di Ledda, nel senso di un controllo che garantisca una tutela giurisdizionale effettiva<sup>177</sup>.

---

<sup>170</sup> *Ivi*, p. 316.

<sup>171</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 197.

<sup>172</sup> *Ivi*, p. 206.

<sup>173</sup> *Ivi*, p. 212, in cui viene espresso con chiarezza tale concetto.

<sup>174</sup> *Ivi*, p. 220 ss.

<sup>175</sup> Particolarmente esemplificativa della questione è la valutazione svolta dalle commissioni giudicatrici nell'ambito delle procedure concorsuali. L'Autore sottolinea come tale valutazione sia tecnica, non potendosi dire che il candidato è idoneo in base a ragioni di pubblico interesse, seppure il reclutamento del personale sia un fine di pubblico interesse. Pertanto, la scelta tecnica non è orientata in funzione dell'interesse pubblico, restando così estranea all'apprezzamento discrezionale, v. *Ivi*, p. 210 ss. Nello stesso senso, sempre con riferimento alla attività di valutazione tecnica compiuta dalle commissioni giudicatrici, D. DE PRETIS rileva che «il compito dell'amministrazione tuttavia nel caso di specie si esaurisce nel compimento della valutazione del candidato, senza che le sia affidato alcuno spazio in ordine alla valutazione dell'interesse, il quale risulta già precisamente definito dalla norma», cfr. *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, p. 334 ss.

<sup>176</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 227 ss.

<sup>177</sup> *Ivi*, p. 234 ss.: «la configurazione di un potere di valutazione tecnica, se da un lato consente di ammettere (o di giustificare) il carattere riservato di valutazioni pur estranee al pubblico interesse, tuttavia, dall'altro, rimarcando la diversità fra valutazione tecnica e valutazione del pubblico interesse, costringe (o

Infine, è necessario dare conto della ricostruzione di De Pretis, che ritiene le valutazioni tecniche riconducibili a un potere di valutazione riservato all'amministrazione, all'interno di uno «spazio intermedio»<sup>178</sup> di attività amministrativa che si situa tra ciò che è potere vincolato e ciò che è potere discrezionale<sup>179</sup>.

Dunque, tale attività valutativa non ha ad oggetto interessi: il punto di partenza rimane sempre l'estraneità delle valutazioni tecniche rispetto alle valutazioni discrezionali, ed è muovendo da queste ultime che si giustifica la riconduzione delle valutazioni tecniche ad un potere riservato alla p.a.

Difatti, viene dimostrato come la scelta discrezionale spetti all'amministrazione in ragione della propria organizzazione, poiché espressione del legame tra amministrazione e popolo sovrano, al quale le funzioni amministrative debbono essere riconducibili<sup>180</sup>; parallelamente, anche l'attività di valutazione tecnica riservata alla p.a. trova fondamento nel profilo organizzativo<sup>181</sup>, «riflettendosi il fatto organizzativo (e la sua funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico) sull'attività valutativa svolta dall'organo, in ragione della stretta funzionalizzazione dell'organizzazione rispetto all'attività»<sup>182</sup>.

Infine, certamente ancora attuali appaiono alcune considerazioni dell'Aurice, che afferma come «il nocciolo della questione della c.d. discrezionalità tecnica sia costituito dal carattere di opinabilità e di soggettività del giudizio che sulla base di determinate previsioni normative l'amministrazione è tenuta a compiere in vista dell'emanazione di un provvedimento amministrativo», e come «il problema non sia la *tecnica* [...], ma sia piuttosto l'*opinabilità* dei criteri e dei risultati che l'applicazione delle conoscenze tecniche offre [...] e sia quindi, nell'ambito detto, l'insopprimibile *soggettività* del giudizio»<sup>183</sup>.

È proprio la soggettività della scelta che costituisce il nodo critico del tema, riflettendosi problematicamente sul controllo giudiziario delle valutazioni tecniche. Coerentemente, il limite del giudice nel sindacare tali valutazioni viene individuato da tale dottrina nella scelta

---

dovrebbe costringere) a modellare il sindacato in sede giurisdizionale secondo schemi specificamente aderenti al tipo di fenomeno che viene in rilievo e dunque più efficaci dal punto di vista delle esigenze di tutela».

<sup>178</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, p. 243 ss.

<sup>179</sup> Rileva l'Aurice che uno dei fattori di ampliamento progressivo di tale spazio intermedio è determinato dall'affermarsi di modelli procedurali e organizzativi connotati dall'esercizio di attività «neutre», come quelli rappresentati dalle autorità amministrative indipendenti, v. *Ivi*, p. 248.

<sup>180</sup> *Ivi*, p. 314 ss.

<sup>181</sup> *Ivi*, p. 328 ss.

<sup>182</sup> *Ivi*, p. 336 ss.

<sup>183</sup> *Ivi*, p. 290 ss.

della soluzione migliore per il caso concreto tra le diverse opzioni ugualmente attendibili, scelta che è rimessa in via riservata all'amministrazione<sup>184</sup>.

Viene, così, chiaramente esplicitato che proprio l'elemento di *opinabilità* del giudizio e, dunque, di – insopprimibile – *soggettività* della scelta amministrativa conduce a delineare il perimetro entro il quale il giudice deve arrestarsi nell'esercitare il controllo giudiziale che gli compete<sup>185</sup>.

Tuttavia, è possibile anticipare brevemente come queste conclusioni, ritenute ancora attuali da parte della dottrina più recente, non siano in realtà soddisfacenti<sup>186</sup>. La giurisprudenza del Consiglio di Stato già alla fine del secolo scorso aveva, infatti, affermato come l'*opinabilità* andasse tenuta nettamente distinta dalla *opportunità*<sup>187</sup>, quest'ultima attenendo alla convenienza dell'atto, da cui consegue una profonda distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa o, più propriamente, tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo.

Con ciò non si intende confutare l'origine del problema che effettivamente appare essere la soggettività del giudizio valutativo tecnico, ma semplicemente constatare come sussista in dottrina una ricorrente confusione concettuale tra opinabilità e opportunità della valutazione. Questo risultato contribuisce a legittimare una perdurante ritrosia – in fase di progressivo superamento – nei confronti di un incisivo controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, il quale spesso si trincerava dietro il timore del rischio (non realmente fondato) di sostituirsi illegittimamente al potere amministrativo, incorrendo nella violazione del principio di separazione dei poteri<sup>188</sup>.

Riassumendo, se fino a questo momento i termini della questione sotto il profilo sostanziale appaiono chiari (sebbene con le opportune e già menzionate differenze tra le impostazioni dei rispettivi Autori), sotto il profilo processuale il trattamento giudiziario della discrezionalità tecnica viene inquadrato dalla dottrina più avanzata del secolo scorso nei

---

<sup>184</sup> *Ivi*, p. 410-411.

<sup>185</sup> «Ciò che, della valutazione (non discrezionale) assegnata alla pubblica amministrazione in condizione di potere, possiamo ritenere sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità, dovrebbe essere (solamente) quell'aspetto della determinazione amministrativa – da qualificarsi in tal senso come riservata – che non può essere risolto che attraverso una scelta di carattere eminentemente ed irriducibilmente soggettivo, una scelta cioè non condizionata da criteri cui possa essere riconosciuto un grado di oggettività sufficiente ad elevarli a ragionevoli parametri della verifica giurisdizionale della correttezza della scelta stessa», v. *Ibidem*.

<sup>186</sup> Per una più ampia trattazione, cfr. Cap. II.

<sup>187</sup> «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», cfr. Cons. St., 9 aprile 1999, n. 601.

<sup>188</sup> Tali aspetti verranno approfonditi nel Cap. II.

termini di un controllo pieno, effettivo e non sostitutivo sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

Il percorso evolutivo della discrezionalità da un lato, e delle valutazioni tecniche dall'altro, non può tuttavia dirsi terminato con le susposte considerazioni.

Il potere discrezionale è progressivamente mutato, assumendo nuove fattezze a causa di molteplici fattori – primo fra tutti la progressiva tecnicizzazione del diritto e l'incidenza del diritto europeo – le cui conseguenze, soprattutto in termini di sindacato giurisdizionale, verranno analizzati nelle pagine che seguono.

## 8. *Il nuovo volto della discrezionalità*

### 8.1. *Il punto di partenza*

Le evoluzioni e i mutamenti che interessano il sistema di diritto amministrativo producono un inevitabile riflesso sul potere discrezionale, che ne rappresenta ancora la chiave di volta<sup>189</sup>.

Tra le numerose oscillazioni che sul piano dottrinale hanno da sempre contraddistinto la linea evolutiva della discrezionalità e delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione (oltre al relativo sindacato giurisdizionale), possono essere individuati alcuni elementi comuni su cui la maggior parte degli studiosi ha da tempo trovato una composizione, quale rinnovato punto di partenza per una successiva riflessione sul tema.

Innanzitutto, si concorda nel ritenere come l'elemento residuo e imprescindibile della discrezionalità – il «nocciolo duro» o il «*minimum*» – sia rappresentato da una scelta tra soluzioni possibili al fine di realizzare l'interesse pubblico<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Il sistema di diritto amministrativo moderno è stato, difatti, costruito sui principi posti alla base della discrezionalità, come rilevato da V. CERULLI IRELLI, *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 368.

<sup>190</sup> F. G. COCA, *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 409; G. CORSO, *Politica, tecnica, discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 376.

È stato, al riguardo, evidenziato come la dottrina maggioritaria aderisca ancora (in maniera condivisibile) ai fondamenti della teoria gianniniana sulla discrezionalità: nell'esercitare il potere di decidere tra le diverse soluzioni a sua disposizione, l'amministrazione realizzerebbe ancora una valutazione e una ponderazione degli interessi in campo, e la decisione discrezionale continuerebbe a connotarsi per un intrinseco – e irrinunciabile – elemento di politicità<sup>191</sup>.

In questo contesto, va tuttavia segnalato come parte della dottrina non ritenga più attuale la distinzione tra interesse primario e interessi secondari introdotta da Giannini.

Secondo alcuni, l'istituto della conferenza di servizi esclude che l'interesse la cui cura è attribuita ad una delle autorità amministrative coinvolte nel procedimento possa formalmente essere qualificato come primario: poiché esse partecipano congiuntamente al procedimento e decidono in modalità collaborativa, la distinzione non avrebbe più il senso che, in precedenza, aveva per l'amministrazione incaricata del compito di soddisfare solamente un particolare interesse pubblico<sup>192</sup>.

Secondo altri, invece, non si avrebbe una ponderazione dell'interesse primario con quelli secondari, posto che la legge non attribuisce all'amministrazione il potere di far prevalere questi ultimi a danno del primo: nell'esercizio del potere discrezionale gli interessi secondari rileverebbero solo nella misura in cui la p.a. è tenuta a decidere tra le possibili «alternative decisionali» idonee alla cura dell'interesse primario<sup>193</sup>. In questo modo, l'amministrazione dovrebbe elaborare un ordine di preferenza tra gli interessi secondari e orientare la propria scelta con l'obiettivo – ancora presente – di individuare l'alternativa decisionale che ne comporti il minor sacrificio possibile<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> Nel proporre una parziale riformulazione dell'istituto, Alberto Zito ricorda (citando numerosi studi, a cui si rimanda) come la definizione di discrezionalità formulata da Massimo Severo Giannini sia ancora quella seguita dalla dottrina maggioritaria, cfr. A. ZITO, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 83 (nota n. 32) e p. 84.

Nello stesso senso, Aldo Sandulli rileva come «il contenuto intrinseco e sostanziale del potere discrezionale è ancora quello cui si è giunti tra la fine del Novecento e i primi anni del nuovo secolo», cfr. A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 13.

<sup>192</sup> F. G. COCA, *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 410.

<sup>193</sup> A. ZITO, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 86 ss.

<sup>194</sup> *Ivi*, p. 87-88.

Prima di dar conto di alcuni studi inerenti al potere discrezionale, oltre ai cambiamenti e alle rivisitazioni che hanno interessato l'istituto occorre, altresì, fissare un ulteriore punto di riferimento, legato alla già menzionata distinzione tra potere discrezionale e attività valutativa tecnica della p.a.

Sotto questo profilo, va osservato come la dottrina maggioritaria si rifaccia agli studi dottrinali citati nel paragrafo precedente: la conseguenza dovrebbe essere la considerazione dell'attività tecnica della p.a. come estranea a qualsiasi profilo discrezionale, e quindi estranea alla valutazione e alla ponderazione degli interessi.

Nondimeno, alcune impostazioni sembrano muovere in una direzione diversa.

Non può ritenersi, infatti, condivisibile affermare che «la c.d. discrezionalità tecnica è solo una forma particolare di discrezionalità (di cui la legislazione tende ad estendere la portata); ed è sottoposta al medesimo sindacato giurisdizionale che viene esercitato negli altri casi di discrezionalità»<sup>195</sup>: ciò si pone in contrasto con il risultato su cui la dottrina maggioritaria pare concordare, ossia che «la discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale»<sup>196</sup>, in termini di ponderazione comparativa di interessi.

In conclusione, se si aderisce all'impostazione gianniniana della discrezionalità, ancora valida e attuale almeno nel suo nucleo più essenziale al netto di quanto già precisato, non è possibile non ricondurre l'attività valutativa tecnica della pubblica amministrazione alla attività di accertamento dei fatti estranea alla ponderazione comparativa di interessi: quindi attività, «almeno in linea di principio, meramente conoscitiva»<sup>197</sup>.

Come correttamente osservato, seppure spesso risulta complicato scindere e individuare il momento di valutazione tecnico-scientifica dalla decisione politico-amministrativa<sup>198</sup>, è

---

<sup>195</sup> G. CORSO, *Politica, tecnica, discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 378.

<sup>196</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 493.

<sup>197</sup> F. G. COCA, *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 409: «Né credo che vi siano tipi diversi di discrezionalità; ad esempio la determinazione concreta dei concetti giuridici indeterminati attiene alle tematiche dell'interpretazione della legge, attiene quindi al chiarimento e alla specificazione della disciplina giuridica da applicare ed è estranea all'attività amministrativa svolta in applicazione della disciplina così come chiarita e specificata. Ed è una attività, almeno in linea di principio, meramente conoscitiva». L'Autore precisa, quindi, che «le valutazioni tecniche attengono sempre (o quasi sempre) all'accertamento dei fatti di causa», cfr. p. 412.

<sup>198</sup> D. SORACE, *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 417.

senz'altro possibile affermare una ontologica differenza fra le due attività, posto che la prima non implica, a differenza della seconda, alcun bilanciamento di interessi.

Ciò non esclude, peraltro, che anche la valutazione tecnica incida significativamente sugli interessi in gioco: se, comunque, la scelta tecnica non può tradursi nella decisione – di natura politica – sul grado di soddisfazione di ciascun interesse a vantaggio o detrimento degli altri, è pur vero che tale scelta ha l'obiettivo di assicurare la massima soddisfazione possibile a ciascun interesse in gioco<sup>199</sup>.

Fissati questi elementi, risulta a questo punto opportuno dare conto degli studi più recenti sulla discrezionalità, per offrire un quadro di riferimento il più ampio possibile da cui poter trarre alcune riflessioni conclusive.

## 8.2. *Nuove letture del potere discrezionale. Tra erosione, espansione ed anticipazione della discrezionalità*

Innanzitutto, per una parte della dottrina la prospettiva di Giannini non risulta più attuale, dato il considerevole mutamento che ha interessato il potere discrezionale. I fattori che, secondo questa impostazione, contribuiscono a delineare una nuova discrezionalità sono essenzialmente tre: la penetrazione delle norme costituzionali nel diritto amministrativo; la partecipazione dell'ordinamento italiano all'ordinamento euro-unitario; la crisi della separazione tra politica e amministrazione<sup>200</sup>.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, risulta essere decisivo.

L'uso esponenziale di leggi provvedimento e il tentativo di adottare leggi auto-applicative promana dalla sfiducia della politica verso l'amministrazione, dal tentativo del legislatore di

---

<sup>199</sup> S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, p. 101; S. TORRICELLI, *Autorità amministrative indipendenti e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 194-195.

<sup>200</sup> S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 361 ss.; si veda, altresì, A. PAJNO, *Amministrazione e ricostruzione dopo il Coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2020.

«amministrare per legge», oltre che da una spinta derivante dagli stessi amministratori pubblici ad evitare forme di responsabilità<sup>201</sup>.

Il risultato è, quindi, una progressiva riduzione dei margini di discrezionalità amministrativa, con lo «spostamento di una notevole di quantità di decisioni amministrative nell'area legislativa»<sup>202</sup>.

In questo contesto, la nuova discrezionalità è occupata da sempre maggiori vincoli e condizionamenti poiché crescono i compiti attribuiti all'amministrazione e il Parlamento, nutrendo sfiducia verso l'apparato amministrativo, dispone controlli più numerosi: in definitiva, essa consiste nello «spazio occupato da tante regole e da molti controllori», e «richiede un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939, perché include anche il sistema dei controlli»<sup>203</sup>.

Pur inglobando a livello dogmatico il sistema dei controlli, il nucleo essenziale della decisione discrezionale sembra – tuttavia – ancora identificabile dal bilanciamento degli interessi in gioco, elemento che questa impostazione non riesce a superare totalmente.

Senza altro, però, questa prospettiva evidenzia perfettamente un problema reale, legato alla invasione dello spazio del potere discrezionale da parte del legislatore, alle relative conseguenze legate alla dislocazione del potere discrezionale e alla sua progressiva riduzione.

Secondo varie letture, con particolare riferimento a determinati settori del diritto amministrativo si ipotizza, invece, una anticipazione dell'esercizio del potere discrezionale. In primo luogo, si assisterebbe a questo risultato in caso di predeterminazione dell'azione amministrativa, ovvero di predisposizione di vincoli interni con cui la p.a. si autolimita nell'esercizio della propria discrezionalità<sup>204</sup>. Tra le fattispecie connotate da una forma di auto-vincolo alla discrezionalità ritroviamo la predeterminazione dei criteri decisionali delle stazioni appaltanti e la predeterminazione dei criteri di valutazione da parte della commissione giudicatrice per il rilascio della Abilitazione Scientifica Nazionale<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> *Ivi*, p. 363.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 365-366.

<sup>204</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Jovene, 1997, p. 11 ss.; A. POLICE, *Vincoli procedurali e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 152 ss.

<sup>205</sup> *Ivi*, p. 153.

La predeterminazione dell'esercizio della discrezionalità comporta la mera individuazione preventiva dei parametri e dei valori sulla base dei quali verrà fatta la ponderazione di interessi<sup>206</sup>; tale attività, si sottolinea, «non vale a sopprimere il potere discrezionale, ma solo ad anticiparne l'esercizio»<sup>207</sup>.

Si osserva, inoltre, come l'amministrazione consegua, con la suddetta predeterminazione, un aumento della legalità sostanziale, della imparzialità, della tutela dell'affidamento dei cittadini, della democraticità dell'azione amministrativa e della trasparenza delle proprie decisioni<sup>208</sup>.

In secondo luogo, l'anticipato esercizio del potere discrezionale può identificarsi, altresì, con riferimento specifico alla decisione algoritmica o, più in generale, all'applicazione di sistemi di intelligenza artificiale all'attività amministrativa. Sul punto, è stato evidenziato da più parti come la discrezionalità venga dislocata in un momento precedente, ossia anticipata nella fase di programmazione dell'algoritmo utilizzato per prendere la decisione<sup>209</sup>.

La discrezionalità si estrinsecerebbe, altresì, nel momento di selezione dei criteri posti alla base del funzionamento dell'algoritmo e nella predisposizione dei dati da cui attingere, ma anche attraverso gli aggiornamenti o perfezionamenti dell'algoritmo stesso<sup>210</sup>: insomma, in tutte le attività riassumibili – secondo una efficace espressione – nella «preparazione delle elaborazioni algoritmiche»<sup>211</sup>. La conseguenza è, come corredo necessario, la anticipazione

---

<sup>206</sup> In altri termini, si evidenzia come tale predeterminazione consista nell'«esplicitazione del processo che logicamente deve precedere ogni scelta comparativa», v. *Ivi*, p. 154.

<sup>207</sup> *Ivi*, p. 155.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> Tra i primi studi a introdurre il tema delle forme di predeterminazione della discrezionalità nell'ambito della programmazione algoritmica attraverso una autolimitazione in concreto del potere discrezionale da parte della stessa amministrazione, si veda A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 93 ss.: «la predeterminazione dei criteri (quando questo risulta possibile) secondo i quali la discrezionalità deve essere esercitata fa sì che le “scelte” si traducano in scelte univoche, in opzioni obbligate. [...] In questi casi non si tratta [...] di una omissione dell'esercizio del potere discrezionale, ma solo di una *predeterminazione* dei criteri secondo i quali saranno adottate di volta in volta le singole scelte discrezionali. La predeterminazione da parte della pubblica amministrazione dei criteri secondo i quali il potere discrezionale nei singoli casi deve essere esercitato costituisce *esercizio anticipato* dello stesso potere amministrativo di cui sono espressione gli atti conclusivi del procedimento»; Nello stesso senso, cfr. U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 91: «sembra quindi del tutto acquisito al nostro ordinamento che l'autolimitazione della discrezionalità, a mezzo di provvedimenti generali che anticipano parzialmente le scelte predeterminandole in linea di massima, non è solo legittima ma, per talune ipotesi, addirittura doverosa»; si veda, altresì, G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17, 2024.

<sup>210</sup> G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 132.

<sup>211</sup> M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big data*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 198: «la discrezionalità amministrativa nei procedimenti algoritmici non scompare né viene assorbita completamente dall'elaborazione algoritmica, ma semplicemente si estrinseca nella fase

di tutte le garanzie che accompagnano ogni scelta della p.a., a partire dall'obbligo di motivazione, funzionale al rispetto del principio di trasparenza<sup>212</sup>.

Peraltro, non si è mancato di rilevare come, in tale contesto, nei procedimenti informatizzati connotati da un basso tasso di discrezionalità vi sia una «progressiva riduzione dei margini di discrezionalità» (che, accanto al controllo giurisdizionale, comporta la possibilità di una automazione integrale del relativo procedimento), mentre, in altri casi, si sottolinea come sia impossibile la integrale previsione o predeterminazione della fattispecie, da cui discende che il potere discrezionale, pur se compresso, non possa essere integralmente eliminato<sup>213</sup>.

Al riguardo, se alcuni Autori mettono in evidenza un'eventuale anticipazione dell'esercizio della discrezionalità, ciò non esclude, come sottolineato da altri, che vi sia effettivamente una inevitabile riduzione del potere discrezionale, posto che la digitalizzazione dei processi decisionali dell'amministrazione ha come necessaria conseguenza «la sostituzione di procedure automatizzate e standardizzate al tradizionale modo di formazione delle decisioni pubbliche e dunque, in parte, anche alle attività di scelta e ponderazione dei fatti e degli interessi generalmente compiute dai funzionari pubblici»<sup>214</sup>.

Occorre, a questo punto, rilevare come attenta dottrina abbia recentemente offerto importanti spunti ricostruttivi circa il processo di cambiamento dei poteri discrezionali, individuando varie direttrici entro le quali il mutamento della discrezionalità si realizzerebbe, e

---

preparatoria delle elaborazioni: la valutazione degli interessi e la composizione dell'interesse pubblico concreto avviene attraverso la composizione delle banche dati da analizzare, la costruzione delle istruzioni per l'algoritmo».

L'Autore aggiunge anche la verifica della correttezza dei risultati algoritmici tra i momenti in cui si estrinseca la discrezionalità amministrativa, cfr. *Ivi*, p. 278.

<sup>212</sup> G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 132-133.

<sup>213</sup> Giulia Avanzini evidenzia come restino, così, esclusi i casi di *machine* o *deep learning*, in cui «il processo decisionale non si origina e non può collocarsi esclusivamente a monte della decisione algoritmica in quanto costituisce qualcosa di più della semplice esecuzione di istruzioni date», cfr. *Ivi*, p. 133.

<sup>214</sup> B. MARCHETTI, *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 34.

In questo settore, spesso il fenomeno di anticipazione e quello di riduzione del potere discrezionale vanno di pari passo, unitamente, in alcuni casi, al differimento di quest'ultimo in una fase successiva. Nel descrivere il modello «metadocumentario» di teleamministrazione, che riproduce i processi mentali umani, si parla, infatti, di «possibili fenomeni di standardizzazione e spersonalizzazione dei processi decisionali, cui conseguono – da un lato – la riduzione dello spazio di discrezionalità nella fase di conclusione di ogni singolo procedimento, ma – dall'altro – lo spostamento della scelta a una fase anteriore, vale a dire la fase della selezione dello strumento tecnico che consente tale meccanismo, o anche a una fase successiva, che è quella della lettura del dato tecnico», cfr. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 156-157.

selezionando alcune caratteristiche attraverso le quali sarebbe possibile delineare compiutamente il potere discrezionale<sup>215</sup>.

Riassumendo, secondo tale impostazione: la discrezionalità è sempre più «interstiziale» (situandosi negli spazi lasciati liberi da un altissimo numero di norme, di diverso tipo, adottate a diversi livelli e da più organi); di minore qualità (poiché «*fast-track*», dati i limitati tempi di esercizio del potere); asimmetrica (ridotta in alcuni settori, in altri permane o si amplia); elitaria (rispetto all'individuazione degli interessi da tutelare, vengono lasciati fuori interessi che meriterebbero protezione); delegata (a consulenti esterni, a fronte della carenza di competenze tecniche dei funzionari pubblici); rifiutata (derivante dalla c.d. paura della firma)<sup>216</sup>.

Il carattere interstiziale della discrezionalità – a cui si è fatto riferimento anche in altri studi<sup>217</sup> – è determinato, peraltro, da un aumento di norme di varia natura, anche tecnica, ed erode il potere discrezionale (il cui azzeramento, si sottolinea, costituisce tuttavia una illusione)<sup>218</sup>, costretto a «operare negli interstizi [...] poiché l'amministrazione, per decidere, è chiamata a mettere ordine tra le diverse regole, interpretare le stesse, a convivere con crescenti aree a elevata tecnicità»<sup>219</sup>.

Ancora, è il carattere asimmetrico della discrezionalità quello che si ritiene di maggior rilievo e che, a seconda del settore di riferimento, fa sì che essa possa ampliarsi, ridursi o rimanere invariata.

Ebbene, secondo tale impostazione, il diverso atteggiarsi della discrezionalità dipende, sostanzialmente, «dall'influenza del diritto europeo e dagli obiettivi economico-finanziari perseguiti dalla disciplina europea»<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> Attraverso una lettura attenta ai cambiamenti che interessano il tema, Aldo Sandulli offre una prospettiva ricostruttiva particolarmente interessante e omnicomprensiva con riferimento ai nuovi caratteri acquisiti dalla discrezionalità: v. A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 13 ss.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 361 ss.

<sup>218</sup> A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 13.

<sup>219</sup> *Ivi*, p. 13-14.

<sup>220</sup> *Ivi*, p. 14.

Nello stesso senso, attenta dottrina ha da tempo messo in evidenza questo fenomeno, rilevando che se, da un lato, l'ordinamento euro-unitario (a cui il diritto nazionale dà attuazione) ha come obiettivo la promozione delle quattro libertà di circolazione, dall'altro lato il potere discrezionale determina limitazioni e condizionamenti all'accesso al mercato e, dunque, al raggiungimento di tale obiettivo; l'erosione del margine di scelta consente, pertanto, di garantire le libertà economiche europee in modo uniforme e prevedibile<sup>221</sup>.

Perciò, il diritto dell'Unione europea presenta, innanzitutto, la tendenza ad apporre vincoli al potere amministrativo e, in particolare, alla componente discrezionale di tale potere, comprimendolo in funzione del completamento del processo di integrazione europea<sup>222</sup>.

Nell'analizzare sia il modello erosivo, sia il modello espansivo della discrezionalità, la predetta dottrina fa riferimenti specifici a vari settori, particolarmente esemplificativi dei mutamenti che interessano il potere discrezionale nelle diverse direzioni suindicate.

Con particolare riferimento ai casi di compressione della discrezionalità, si può mettere in evidenza: la Direttiva n. 2006/123/CE, in cui il potere autorizzatorio delle amministrazioni è ammesso solo se giustificato da motivi imperativi di interesse generale chiari e oggettivi; il settore delle comunicazioni elettroniche, prima con la direttiva 2002/20/CE che aveva previsto un sistema di autorizzazione generale, poi con il Codice europeo delle Comunicazioni elettroniche (Dir. 2018/1972), liberalizzando maggiormente il settore attraverso una ulteriore riduzione dei margini di regolamentazione *ex ante*; le linee guida e gli orientamenti in materia di vigilanza bancaria e finanziaria (c.d. *option and discretion*) predisposti dalla BCE e rivolti alle autorità degli Stati membri; la crescente digitalizzazione e informatizzazione delle procedure decisionali amministrative, che comportano una sostituzione della tecnologia all'attività discrezionale della p.a.<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> B. MARCHETTI, *Al di là dello Stato: la europeizzazione e la globalizzazione dell'amministrazione italiana*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, p. 277-278: «le fonti europee condizionano anche il contenuto e l'ampiezza dei poteri amministrativi nazionali. L'intento liberale che guida il diritto dell'Unione, infatti, ha comportato in taluni casi una contrazione del potere discrezionale quando la sua dilatazione condizionava l'esercizio delle libertà protette dall'Unione europea»; B. MARCHETTI, *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 27: «visto nella prospettiva europea, tale compressione del margine di scelta e ponderazione degli interessi pubblici è necessaria per assicurare prevedibilità e uniformità nel modo in cui le libertà economiche sono garantite nel mercato unico europeo» (il riferimento è alla sottoposizione a vincoli e condizioni il più possibile prevedibili del sistema di autorizzazioni e concessioni nazionali, con tendenziale erosione del potere discrezionale, cfr. *Ivi*, p. 26-27).

<sup>222</sup> Per una difesa della discrezionalità come essenza irrinunciabile del potere amministrativo, che consente di modulare e adattare l'esercizio del potere alla fattispecie concreta, v. A. PAJNO, *Amministrazione e ricostruzione dopo il Coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2020.

<sup>223</sup> *Ivi*, p. 28 ss.

Tale impostazione giunge ad alcune conclusioni significative, rilevando che, qualora incida negativamente sulle libertà economiche europee, il potere discrezionale: può essere ritenuto incompatibile con il diritto europeo; può essere ridotto attraverso la predeterminazione delle condizioni del suo esercizio; oppure tali condizioni possono essere uniformate, come avviene nel sistema di vigilanza bancaria dell'UE<sup>224</sup>.

Con riguardo, invece, alle ipotesi di espansione del potere discrezionale che si registrano nel nostro ordinamento, in relazione alle quali gli interessi economici e di mercato devono essere bilanciati con interessi non economici, la dottrina in commento individua: il settore dei contratti pubblici, in cui si assiste alla marginalizzazione del criterio di scelta dell'offerta basato sul solo prezzo, per favorire il criterio della qualità/prezzo, al fine di perseguire la tutela ambientale, la tutela sociale dei lavoratori e lo sviluppo sostenibile; il settore del diritto dell'immigrazione, in cui la normativa europea prevede che la protezione internazionale sia rilasciata dalle autorità di frontiera competenti facendo una valutazione di tutti gli elementi rilevanti rispetto al Paese di origine e alla posizione individuale dello straniero; l'attuazione del *Green Deal* per affrontare il cambiamento climatico, con particolare riferimento alle misure contenute nel Pacchetto *Fit for 55* (nello specifico, la Direttiva sulla efficienza energetica n. 2023/1791, recentemente approvata), oltre alla legge sul clima (Reg. UE n. 2021/1119), che lascia agli Stati membri la decisione sugli strumenti e le modalità per raggiungere gli obiettivi di de-carbonizzazione<sup>225</sup>.

Giova sottolineare come tale impostazione giunga a conclusioni particolarmente interessanti e significative rilevando, da un lato, che «tale contenimento del potere discrezionale ha effetti immediati anche sul fronte della giustiziabilità delle decisioni, giacché un sindacato del giudice che possa impiegare parametri oggettivi e chiari di conformità non potrà che tradursi in più elevate possibilità di successo del ricorso»<sup>226</sup>.

Dall'altro lato, però, l'espansione della discrezionalità che caratterizza alcuni settori può andare in senso contrario a quanto appena affermato, sicché «se l'erosione della discrezionalità produce, sul versante della tutela, una maggiore giustiziabilità delle decisioni ed è suscettibile di assicurare, al tempo stesso, più efficacemente l'effettività del diritto dell'Unione, l'incremento della discrezionalità appena osservato si tradurrà in tali ambiti in

---

<sup>224</sup> *Ivi*, p. 32.

<sup>225</sup> *Ivi*, p. 35 ss.

<sup>226</sup> *Ivi*, p. 33.

una minore prevedibilità dell'azione amministrativa e in una minore controllabilità delle scelte in sede giurisdizionale»<sup>227</sup>.

Si ritiene, peraltro, necessario avanzare una ulteriore precisazione.

La precedente impostazione non manca di considerare, infatti, come per raggiungere gli obiettivi europei di neutralità climatica le misure prese dagli Stati, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, siano vincolate – oltre che alla necessità di garantire partecipazione democratica nella assunzione delle proprie decisioni – al rispetto delle evidenze scientifiche più recenti, evidenze la cui incidenza è in costante aumento in ragione dei processi di trasformazione sociale e dalla molteplicità degli interessi coinvolti: l'effetto è la parziale compressione o limitazione dei poteri discrezionali, che comunque risultano connotati da una tendenziale espansione in questo settore<sup>228</sup>.

Infine, una ulteriore lettura proposta da parte della dottrina offre un tentativo di parziale ripensamento della discrezionalità amministrativa. La scelta discrezionale – accomunata, in questa prospettiva, alla scelta determinata da parametri economici – viene intesa come una scelta razionale: la razionalità della decisione implica che una eventuale diversa soluzione non sia in grado di raggiungere i medesimi fini senza comprimere gli altri interessi in gioco<sup>229</sup>.

Nell'operare un ripensamento dell'istituto, siffatta scelta, «volta alla massimizzazione della cura dell'interesse pubblico e alla sua ottimizzazione dal punto di vista sociale [...]», va adottata «sulla base di presupposti attendibili, scegliendo tra le alternative decisionali quella che arreca il minore sacrificio possibile agli interessi secondari»<sup>230</sup>.

In questa prospettiva, questa dottrina sottolinea come la riconfigurazione del parametro entro cui effettuare il controllo giudiziale della discrezionalità, sostituendo il principio di ragionevolezza con il principio di razionalità mira, «attraverso una più chiara rappresentazione della struttura della scelta discrezionale, a confinare il giudizio di valore in un'area più circoscritta e soprattutto esterna alla scelta, così da incrementare lo spazio in cui il controllo può aversi sulla base di parametri sufficientemente definiti» (quello di

---

<sup>227</sup> *Ivi*, p. 46.

<sup>228</sup> *Ivi*, p. 41-42.

<sup>229</sup> A. ZITO, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 83 ss.

<sup>230</sup> *Ivi*, p. 91.

razionalità), che consentirebbero di sindacare in maniera più efficace l'esercizio del potere discrezionale<sup>231</sup>.

Quanto appena rilevato appare particolarmente significativo, poiché lascia intravedere come vi sia una tendenziale compressione dell'area afferente, in particolare, al merito amministrativo.

Peraltro, giova precisare come il nucleo della scelta di merito debba ricondursi alla scelta di opportunità politica<sup>232</sup>: tale istituto può essere definito come «l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, è l'area del provvedimento non direttamente regolata, è l'area delle scelte di opportunità, è la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità»<sup>233</sup>.

È possibile, quindi, osservare come nell'ambito di un complessivo disegno di tendenziale riduzione dell'area discrezionale del potere, diversi fattori siano la causa di una progressiva compressione dell'area del merito<sup>234</sup>, quindi limitatamente al profilo di potere discrezionale connotato da insindacabili giudizi di opportunità effettuati dalla p.a.

Al riguardo, si condivide l'impostazione di chi individua una progressiva riduzione delle scelte di opportunità della p.a., dovute innanzitutto alla costante espansione dell'area della legittimità, che assorbe progressivamente il merito attraverso il recepimento in disposizioni di legge dei principi generali dell'azione amministrativa, ovvero le regole di «buona amministrazione», desumibili sia dal diritto nazionale, sia dal diritto europeo<sup>235</sup>.

Tra i fattori che contribuiscono a tale fenomeno ritroviamo, altresì, la imposizione di oneri procedurali (principalmente la motivazione dell'atto amministrativo), la proliferazione dei modelli consensuali, la crescente rilevanza della ricostruzione e cognizione del fatto oltre, naturalmente, alla costante espansione della tecnica in ambito giuridico<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> L'Autore parla di «addomesticare» il potere discrezionale, cfr. *Ivi*, p. 96-97.

<sup>232</sup> Peraltro, parte della dottrina muove dall'impostazione secondo cui il merito mantiene un nucleo di politicità (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 326), per restringere il concetto di merito alle ipotesi in cui la scelta di opportunità politica sarebbe funzionale solo alla tutela degli interessi della comunità, quindi solo rispetto agli interessi strettamente riferibili alla collettività, cfr. F. D'ANGELO, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e la loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 148-150.

<sup>233</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 212.

<sup>234</sup> A. POLICE, *Vincoli procedurali e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 164-165.

<sup>235</sup> F. D'ANGELO, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e la loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 144 ss.

<sup>236</sup> *Ibid.*

Tutti questi elementi contribuiscono, dunque, al proliferare di parametri oggettivi che restringono il merito e vincolano il controllo giudiziario ad elementi certi e prevedibili.

La tecnicizzazione del diritto (oltre ai fattori già menzionati) contribuisce notevolmente a erodere il potere discrezionale dell'amministrazione; si determina, così, un ampliamento del segmento relativo alla valutazione tecnica (opinabile, o meno) della p.a. e, correlativamente, si riduce parzialmente l'ambito di scelta discrezionale, soprattutto con riferimento all'area libera di opportunità, quindi al merito amministrativo insindacabile.

Quanto affermato convive con la contraddizione per cui «anche nei provvedimenti per cui si richiede l'utilizzo di criteri tecnici per decidere può esserci sempre una sfera di scelte il cui criterio informatore è solo ed esclusivamente l'interesse pubblico; in altri termini, può sempre esserci una sfera riservata di merito»<sup>237</sup>.

A questo punto, una precisazione si rende – tuttavia – necessaria.

Si osserva, infatti, che nell'ambito del merito viene talvolta ricondotta anche «l'opinabilità che residua dall'applicazione di regole tecniche», considerando merito «non solo l'opportunità, ma anche il contenuto sostanziale del provvedimento, comprensivo in tal caso dell'opportunità, delle valutazioni tecniche e delle qualificazioni giuridiche applicate»<sup>238</sup>.

Questa soluzione non può essere ammissibile: come già ricordato, il merito afferisce alla politicità e quindi alla mera opportunità della scelta, non dovendosi confondere opinabilità che residua dall'applicazione di criteri tecnico-specialistici, con l'opportunità (insindacabile) della scelta amministrativa. Difatti, condivisibile è l'affermazione secondo cui «il merito coincide solo ed esclusivamente con le scelte il cui criterio informatore è l'interesse pubblico»<sup>239</sup>.

In conclusione, il merito va inquadrato nell'ambito dell'opportunità, da tenersi ben distinto dal carattere soggettivo e opinabile delle valutazioni tecniche, queste ultime non riconducibili alla scelta politica tipicamente caratterizzante il merito amministrativo.

Tale aspetto, pacifico in dottrina, deve essere il presupposto logico da cui la costruzione giuridica del fenomeno della discrezionalità deve muovere, in modo da poter individuare e sistematizzare alcuni tratti comuni di siffatto potere.

Ebbene, va evidenziato come la dottrina assuma posizioni variegata nell'interpretare il potere discrezionale oggi.

---

<sup>237</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 211-212.

<sup>238</sup> *Ivi*, p. 218.

<sup>239</sup> *Ivi*, p. 219.

Nel tentativo di riassumere il fenomeno, il rischio è di fornire una lettura esclusivamente parziale dello stesso, che non può essere incardinato in formule prestabilite, posto che il settore di riferimento spesso incide nel modellarne la fisionomia.

Un dato costante che, però, sembra emergere nell'inquadramento del tema, è il processo di erosione del potere discrezionale da parte delle valutazioni tecniche, processo che da tempo la dottrina più attenta ha messo in evidenza<sup>240</sup>, e sul quale vi è una costante attenzione tra gli studiosi<sup>241</sup>.

Rispetto ai diversi mutamenti che interessano la discrezionalità, la riduzione sembra quello più rilevante: tale fenomeno – di cui la tecnica resta una delle principali cause – genera altresì risvolti positivi in termini di maggiore giustiziabilità della decisione della p.a. sulla base di parametri certi ed oggettivi.

Va, tuttavia, evidenziato come alla base di questa progressiva erosione del merito vi sia una crisi della politica e una inarrestabile rilevanza della tecnica nella struttura della decisione pubblica.

Tali aspetti verranno successivamente esaminati in una dimensione applicativa<sup>242</sup>; in questo momento è comunque possibile concludere che, data la tendenza della tecnica a occupare lo spazio della politica, quest'ultima non appare in grado di servirsi della prima senza spogliarsi delle proprie competenze e prerogative, mettendo in crisi la corretta individuazione dei ruoli e delle relative responsabilità degli attori istituzionali.

---

<sup>240</sup> «Se un rilievo è possibile trarre, dall'esperienza degli ultimi due decenni, è che la discrezionalità amministrativa tende a trasformarsi in discrezionalità tecnica, ossia non è più scelta discrezionale in senso proprio ma scelta fatta sulla base di regole delle tecniche scientifiche o applicate, che si esprime in giudizi tecnici», cfr. M. S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, luglio 1984, p. 109.

<sup>241</sup> M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 99 ss.; più recentemente, v. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2023, p. 411.

<sup>242</sup> Cfr. Cap. IV.

## 9. *Considerazioni conclusive*

L'analisi dell'apporto della tecnificazione nella decisione amministrativa è stata svolta muovendo dal rapporto tra scienza, tecnica e diritto, e passando per quello intercorrente tra tecnica e politica; nel percorso seguito sono state esaminate le possibili distorsioni di un sistema che trova un progressivo (e, per certi versi, legittimante) fondamento nella tecnicità, e messe in evidenza quale dovrebbe essere la – auspicabile – soluzione per una convivenza pacifica e ottimale fra le due istanze a livello istituzionale.

Successivamente, è stata osservata l'incidenza della tecnica sulla decisione pubblica, con particolare riferimento all'attività di valutazione tecnica della p.a. e alla attività amministrativa che comporta esercizio del potere discrezionale della p.a.

Il modello di potere discrezionale che emerge, sintetizzando quanto fin qui rilevato, risulta particolarmente composito, e dà l'idea di come la discrezionalità abbia ormai i caratteri di un potere multiforme.

Riassumendo, possono essere svolti due ordini di considerazioni.

In primo luogo, è stato osservato da parte della dottrina come si assista a una anticipazione del potere discrezionale: nell'ipotesi della decisione informatizzata, infatti, tale potere si dislocherebbe in una fase diversa, rappresentata dalla predisposizione dei sistemi algoritmici, nella selezione delle banche dati e, in generale, nella elaborazione algoritmica.

In secondo luogo, non mancano studi che fanno emergere come in vari campi la discrezionalità tenda ad ampliarsi, seppur sia fondamentale riscontrare, anche in tali settori, il proliferare di elementi di natura tecnica che tendono comunque a contenere la scelta discrezionale (tra le quali figura, come visto, l'attinenza alle migliori e più recenti evidenze scientifiche in materia ambientale).

Le riflessioni che attengono ai profili tecnici in relazione al potere discrezionale scontano senz'altro la particolare incertezza e rapida propensione al mutamento che caratterizza il contesto tecnologico odierno, il quale determina un impatto significativo sulle dinamiche giuridiche tradizionali.

Ad ogni modo, sembra possibile affermare come in varie fattispecie il potere discrezionale tenda a ridursi progressivamente a causa dei numerosi fattori evidenziati, tra i quali spicca in particolare la crescente tecnificazione del diritto. Il profilo che tra gli altri risulta maggiormente coinvolto è il merito amministrativo, che tende ad essere assorbito dai profili

di legittimità; la tendenza è quella all'espansione dei profili valutativi tecnici della pubblica amministrazione – in coincidenza con la crescente incidenza della tecnica sul piano giuridico –, che sono portati a prendere il posto, nei settori ad elevata tecnicità, dello spazio propriamente discrezionale della scelta.

Questo risultato comporta, in conclusione, un ampliamento dei criteri e parametri oggettivi su cui basare la decisione amministrativa, con l'effetto positivo di renderla maggiormente sindacabile in sede giurisdizionale.

## CAPITOLO II

### IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE VALUTAZIONI TECNICHE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La prima fase evolutiva del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica. Dall'insindacabilità alla genesi del controllo giudiziario delle decisioni amministrative. – 3. Il cambio di rotta. La sentenza n. 601/1999 del Consiglio di Stato e gli orientamenti giurisprudenziali successivi. – 4. Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti. – 4.1. Premessa. – 4.2. La progressiva estensione del perimetro del controllo sulle valutazioni tecniche attraverso la giurisprudenza sugli atti delle *Authorities*. – 4.3. Il sindacato di *full jurisdiction* sulle sanzioni amministrative. – 5. Gli argomenti a sostegno dell'ampliamento del sindacato sulle valutazioni tecniche. – 5.1. Presupposti teorici della piena sindacabilità delle valutazioni tecniche – 5.2. La sostituzione giudiziale: un falso problema? I limiti di una sostituzione ammissibile. – 5.3. Brevi considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. – 6. Il controllo sulle valutazioni tecniche nella recente giurisprudenza amministrativa. – 6.1. Il sindacato di maggiore attendibilità. Il caso *Roche-Novartis*. – 6.2. La giurisprudenza della VI Sezione del Consiglio di Stato. – 6.3. Le forme più evolute del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche nell'analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali. – 6.3.1. La giurisprudenza amministrativa e la pandemia da Covid-19. – 6.3.2. I concetti giuridici indeterminati tra discrezionalità e valutazioni tecniche. – 6.3.3. Ulteriori applicazioni del sindacato di maggiore attendibilità. – 6.3.4. Il modello di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle commissioni valutatrici. Profili critici. – 7. L'onere della prova e i mezzi istruttori. La consulenza tecnica d'ufficio al cospetto delle decisioni tecniche della p.a. – 8. Riflessioni conclusive sui rapporti tra tecnica, politica e controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche. Il caso della sperimentazione animale.

## 1. *Considerazioni introduttive*

La riflessione dogmatica rispetto alla discrezionalità amministrativa e alla c.d. discrezionalità tecnica non può dirsi completa senza affrontarne il corollario più complesso e dibattuto: i limiti del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

Ci si concentrerà, nelle pagine che seguono, sul controllo del giudice in una prospettiva che tiene in considerazione il rapporto tra valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa, nel tentativo di mantenere assieme le due istanze.

Non è, infatti, possibile scindere la trattazione dei due istituti: il sindacato sulle valutazioni tecniche della p.a. si interseca inevitabilmente con quello sul potere discrezionale, posto che sussiste il problema di individuare a che punto il giudice deve arrestarsi nell'esercitare le sue prerogative, per non sconfinare in un potere che non gli spetta.

Inoltre, il dibattito sulla discrezionalità amministrativa appare principalmente incentrato sulla discrezionalità tecnica anche – e proprio – in virtù del processo di tecnificazione del diritto trattato nelle pagine precedenti<sup>1</sup>.

Peraltro, come già accennato, il trattamento giurisprudenziale della decisione discrezionale è stato lungamente associato a quello della discrezionalità tecnica, intendendo quest'ultima una forma della prima, sicché, a livello sistematico, la dottrina tende tradizionalmente ad associarne l'esame.

Verranno, così, tracciate alcune linee generali rispetto ai passaggi più significativi dell'evoluzione del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, per arrivare a individuare le forme in cui oggi la giurisprudenza amministrativa articola tale controllo.

Il modello di sindacato che i giudici amministrativi hanno elaborato non appare compatibile con le premesse teoriche che sono state esposte nel capitolo precedente, e su cui la dottrina maggioritaria continua a basare la propria impostazione dogmatica.

Come è stato correttamente messo in evidenza, infatti, le limitazioni poste dalla giurisprudenza amministrativa all'ampiezza del controllo sulle valutazioni tecniche non trovano alcun fondamento né teorico né di diritto positivo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Lo evidenziano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119.

Tra gli ultimi lavori sulla tecnificazione del diritto, si richiama C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008.

<sup>2</sup> F.G. COCA, *Sulla effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. COCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 3368.

Se si ammette che le valutazioni tecniche si presentano come una categoria concettualmente separata dalla discrezionalità amministrativa, da cui non consegue alcuna valutazione dell'interesse pubblico, non è possibile giustificare, dal punto di vista metodologico, il *self restraint* che la giurisprudenza amministrativa adotta nel sindacare tali valutazioni.

Inoltre, nel diritto vivente si è da tempo consolidata una netta separazione tra *opportunità* e *opinabilità*<sup>3</sup>, ove la prima implica esercizio di potere amministrativo, mentre la seconda consiste in attività di applicazione del sapere specialistico (tendenzialmente esercitata attraverso l'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati) che conduce ad un risultato discutibile e incerto (in una parola, opinabile).

La valutazione tecnica svolta in applicazione di criteri opinabili non implica una valutazione sull'interesse pubblico, o una attività di ponderazione e bilanciamento di detti interessi, elemento che qualifica, invece, il potere discrezionale. Se, dunque, la ponderazione viene fatta a livello legislativo, non residuano margini di discrezionalità c.d. pura esercitabili dall'autorità amministrativa; se, invece, la norma attributiva del potere lascia alla amministrazione il compito di ponderare gli interessi nell'assunzione della decisione, l'attività discrezionale sarà, invece, presente.

Il fulcro del problema è proprio l'*interpretazione* della norma attributiva del potere: bisogna verificare, rispetto al concetto giuridico indeterminato che viene in rilievo, se è presente o meno una attribuzione discrezionale – che si esprime nella cura dell'interesse pubblico – o se l'attività demandata all'Autorità amministrativa implica una mera attuazione dei presupposti di legge, quindi un apprezzamento di carattere tecnico<sup>4</sup>.

Se queste coordinate teoriche sembrano lineari, il quadro si complica esponenzialmente a livello pratico, e i problemi in fase interpretativa e applicativa si moltiplicano.

---

<sup>3</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, n. 601/1999, su cui si tornerà nel par. 3.

<sup>4</sup> Evidenzia molto bene la centralità assunta dall'interpretazione nel trovare una soluzione alla questione, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. Amm.*, IV, 1984, p. 494 e 495: «Il problema che si presenta in tali casi all'interprete è quello di analizzare caso per caso le norme attributive di poteri amministrativi nei diversi settori per stabilire se la legge ha inteso conferire all'amministrazione un vero e proprio potere discrezionale [...] ovvero ha inteso semplicemente assegnare ad essa un'attività di adempimento che si estrinseca in accertamenti e connessi apprezzamenti di ordine tecnico». E ancora: «si tratta dunque in ogni caso di una questione di interpretazione. Occorre insomma, *guardare alla norma* istitutiva del potere, se e in quali limiti essa ha affidato all'autorità amministrativa in un caso concreto la cura di uno specifico interesse pubblico ovvero dei meri compiti di adempimento e di attuazione della legge [...]. Spesso è semplice, sul piano interpretativo, stabilire se in un caso concreto all'amministrazione è conferita o meno discrezionalità. A volte si tratta invece di un'operazione più delicata e perplessa, che richiede talora all'interprete di compiere scelte che appaiono opzioni. Ma tale evenienza non sposta i termini della questione: si tratta di problemi interpretativi, sia pure delicati, consueti all'opera del giurista».

Ciò non toglie, tuttavia, che il punto di partenza dovrebbe essere un sindacato giudiziario coerente con queste premesse dogmatiche.

Da un lato, al giudice non è consentito sostituirsi alla amministrazione rispetto a valutazioni di opportunità, ovvero nell'esercizio di discrezionalità amministrativa; dall'altro, non è precluso e risulta, anzi, doveroso per l'autorità giudiziaria assicurare una tutela effettiva al privato tramite un pieno sindacato sulle valutazioni tecniche opinabili.

A tal fine, il giudice può accedere integralmente al fatto, avvalendosi di tutti i mezzi istruttori necessari a svolgere il proprio controllo, al fine di assicurare una piena tutela giudiziale.

Il consolidato principio di parità delle parti nel processo, quale corollario del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, oltre che i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 113 Cost., pongono esattamente sullo stesso piano il privato e l'amministrazione durante il giudizio.

Dunque, esistono elementi di diritto positivo, per lo più di rango costituzionale e sovranazionale, che verrebbero elusi e disapplicati se il giudice si rifiutasse – come spesso accade – di esercitare un controllo pieno sulle valutazioni tecniche della p.a.

Tali norme garantiscono, infatti, una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, principio la cui applicazione si esprime nella piena verifica giudiziale della soluzione tecnica adottata dalla amministrazione, e, ammettendo il c.d. sindacato di *maggiore attendibilità*, nella possibilità di preferire la prospettazione del privato se maggiormente corretta sotto il profilo tecnico, con conseguente annullamento del provvedimento amministrativo viziato.

Molto dipende, ad ogni modo, dal comportamento processuale delle parti: se il privato riuscisse a fornire una soluzione al problema tecnico che può essere ritenuta maggiormente corretta sotto il profilo specialistico, non vi sarebbero ostacoli giuridici che impediscono al giudice di aderirvi.

Non si ritiene, in definitiva, possibile accontentarsi di una verifica giudiziale di ragionevolezza o attendibilità tecnica della valutazione, ma si ritiene che, nel rispetto del principio dell'onere della prova, il giudice possa effettivamente spingersi ad esercitare un siffatto sindacato.

Vanno superate, peraltro, le resistenze della giurisprudenza che, trincerandosi dietro al rischio di una asserita violazione del principio di separazione dei poteri, non applica pienamente i principi costituzionali e sovranazionali che impongono di assicurare ai ricorrenti una tutela giurisdizionale effettiva.

Come si avrà modo di vedere, l'applicazione di un pieno sindacato giudiziale non porterebbe ad alcuna inammissibile sostituzione del giudice, posto che siffatto controllo non invaderebbe il merito, ma rimarrebbe relegato nell'area della legittimità.

Difatti, solo una valutazione di opportunità, che implica la ponderazione degli interessi in gioco, potrebbe determinare una – inammissibile – sostituzione giudiziale, perché solo in quel caso il giudice sconfinerebbe, questa volta sì, in un potere che non gli appartiene, ma che spetta all'amministrazione esercitare.

Ad ogni modo, al di là della soluzione prescelta, ci si limita a segnalare che non è giuridicamente sostenibile separare concettualmente discrezionalità e valutazioni tecniche, da un lato e, dall'altro, esercitare un timido controllo su queste ultime.

È pertanto necessario cambiare le premesse o le conseguenze di tale relazione, al fine di ristabilire una coerenza teorica.

Se non altro, modificare il sindacato nella direzione accennata appare maggiormente coerente con gli obiettivi di tutela giurisdizionale piena ed effettiva imposti dall'ordinamento.

## 2. *La prima fase evolutiva del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica. Dall'insindacabilità alla genesi del controllo giudiziario delle decisioni amministrative*<sup>5</sup>

Rappresentando come linee immaginarie lo sviluppo del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica, entrambe troverebbero la propria origine nello stesso punto, coinciderebbero per buona parte del segmento corrispondente al XX secolo e si biforcerebbero nell'ultima fase, preludio di una definitiva separazione.

Questo tragitto è riassumibile – in estrema sintesi – in una prima fase di insindacabilità dei provvedimenti espressione di discrezionalità amministrativa e tecnica, entrambe concepite

---

<sup>5</sup> Nel ripercorrere gli sviluppi del controllo giurisdizionale sul potere discrezionale e sulle valutazioni tecniche della p.a. si rimanda alle riflessioni già svolte sull'evoluzione dell'istituto della discrezionalità e del relativo sindacato, a partire dalle teorie dottrinali di Cammeo e Presutti, in poi.

come forme del potere discrezionale; in una fase intermedia, caratterizzata da un unico trattamento giurisprudenziale per entrambe, attraverso il sindacato per eccesso di potere; in una fase finale, connotata dalla evoluzione del controllo giudiziale della discrezionalità tecnica in netta antitesi col passato, sviluppando un sindacato intrinseco, attraverso un controllo dall'interno della decisione tecnica dell'amministrazione.

Per tali ragioni, il quadro ricostruttivo che segue muoverà da una premessa iniziale relativa alla mera elaborazione del sindacato sulla discrezionalità per eccesso di potere, per poi seguire spostando totalmente l'analisi sugli sviluppi del sindacato sulle valutazioni tecniche, che rappresenta più propriamente il tema del presente Capitolo.

Ebbene, la riflessione dogmatica sulla discrezionalità è sempre stata caratterizzata (e preceduta) da una prospettiva di carattere processuale sul tema<sup>6</sup>.

Analogamente a quanto avvenuto per la situazione giuridica di interesse legittimo protetta dall'ordinamento, infatti, lo studio dei profili processuali riferiti agli aspetti patologici dell'atto amministrativo (quindi legati alle tecniche di tutela giurisdizionale rispetto agli atti espressione di discrezionalità) ha tradizionalmente preceduto quello della discrezionalità e dei suoi limiti dal punto di vista sostanziale.

Tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo, il processo di formazione dello Stato di diritto fondato sul principio di separazione dei poteri porta la dottrina – che muove dal dato normativo impreciso o assente – a concepire la discrezionalità pura come attività libera dell'amministrazione rispetto alla legge e rispetto al giudice<sup>7</sup>.

In questa fase, la sostanziale caratterizzazione del potere discrezionale in senso negativo, e gli speculari limiti nel delinearne la relativa fisionomia in senso positivo, fanno emergere la necessità di prospettare la discrezionalità come «carattere distintivo dell'agire amministrativo», configurandola come elemento di legittimazione della amministrazione stessa<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Lo evidenzia molto bene A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 8 ss.

<sup>7</sup> Cfr. *Ivi*, p. 4.

<sup>8</sup> Cfr. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2023, p. 402 ss., in cui l'Autore sottolinea che il potere amministrativo discrezionale, nel senso legittimante appena descritto, viene contrapposto nettamente alla funzione giurisdizionale di applicazione del diritto da parte dei giudici.

Come già osservato, le conseguenze in termini di sindacato sono riassumibili nella sostanziale insindacabilità non solo delle scelte che implicavano esercizio di discrezionalità amministrativa pura (in assenza del dato normativo), ma anche nelle scelte più precisamente riconducibili alla c.d. discrezionalità tecnica (in presenza di fatti complessi o attributi presenti in un certo grado)<sup>9</sup>: la dottrina ricomprendeva, infatti, entrambe le decisioni nel *merito* amministrativo, non soggetto al controllo giudiziario<sup>10</sup>.

Dunque, seppure la verifica del corretto esercizio del potere discrezionale fosse un tema che gli studi di questo periodo iniziavano in qualche modo ad affrontare<sup>11</sup>, il sindacato di legittimità sul provvedimento era in questa fase limitato ad una verifica dei presupposti di fatto, solo nella misura in cui non fossero fatti complessi, o non fossero presenti attributi o caratteri dei presupposti normativi da accertare in una certa misura o in un certo grado<sup>12</sup>.

Parallelamente, si è osservato che nel caso di fatti imprecisi – che richiedevano un apprezzamento soggettivo da parte dell'autorità amministrativa – la prima giurisprudenza della IV Sezione del Consiglio di Stato riteneva fisiologicamente incompatibile un controllo di legittimità sul provvedimento, posto che difettava un parametro normativo prefissato sulla base del quale potesse essere realizzato il sindacato<sup>13</sup>.

Bisognerà aspettare fino agli anni '30 del Novecento perché si possa iniziare a parlare di un vero e proprio controllo sul potere discrezionale<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Si rimanda, anche per le considerazioni che seguono, al Cap. I e ai riferimenti alla dottrina già analizzata di Cammeo e di Presutti.

<sup>10</sup> A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2023, p. 403.

<sup>11</sup> Si veda, sul punto, O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 172 ss.: «il giudizio di legittimità dinanzi alla giurisdizione amministrativa (Cons. di Stato, Giunta prov. Amm.) deve ritenersi ammesso anche contro gli *atti discrezionali* della pubblica amministrazione. E conseguentemente il giudice amministrativo, in tali giudizi, può, nei limiti della legittimità, sindacare l'uso che gli organi amministrativi hanno fatto del potere discrezionale loro lasciato dalla legge. [...] Si può, perciò, bene affermare che *soprattutto e propriamente* contro gli atti discrezionali della pubblica amministrazione, di fronte alla pretesa individuale deve ritenersi istituito il giudizio amministrativo di legittimità. In questo giudizio, quindi, si può sindacare, come abbiamo detto, lo stesso esercizio, che gli organi amministrativi hanno fatto del potere discrezionale loro lasciato dalla legge. Ciò è confermato dalla maggior parte delle figure di eccesso di potere, per le quali si ammette il ricorso alla giurisdizione amministrativa, come lo sviamento di potere [...]; poiché il sindacato di tali vizi dell'atto amministrativo importa una revisione dell'uso, che l'amministrazione ha fatto del proprio potere discrezionale».

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. Cap. I, par. 7.

<sup>13</sup> N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2000, p. 221.

<sup>14</sup> La fase che precede questo cambio di rotta è stata definita da Aldo Sandulli come «l'età della limitazione», cfr. A. SANDULLI, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 4.

Il tentativo, in questa fase, è quello di ricondurre la discrezionalità al rispetto del principio di legalità, quindi alla generale sottoposizione dell'amministrazione alla legge. Tali esigenze emergono, in particolare, dagli studi di Zanobini, che evidenziano come l'amministrazione – nel realizzare l'interesse pubblico – debba perseguire i fini individuati dalla legge sia quando esercita attività vincolata, sia quando esercita attività discrezionale<sup>15</sup>.

L'impostazione di stampo positivista dell'epoca contribuisce, riassumendo, a delineare una nozione di discrezionalità caratterizzata in senso normativo, ovvero di integrale sottoposizione dell'istituto alla legge.

Vi è di più. La legge non costituisce solamente un limite alla discrezionalità, ma diventa «fonte di legittimazione del potere stesso»<sup>16</sup>.

Sorge, in questo contesto, la necessità di controllare il potere discrezionale, tracciando il perimetro legale entro cui la p.a. poteva scegliere discrezionalmente.

In definitiva, dovevano essere individuate le regole che l'amministrazione era tenuta a rispettare nell'esercizio della discrezionalità, risultato che verrà raggiunto solamente attraverso il sindacato per eccesso di potere<sup>17</sup>. Questo vizio, tipico dell'atto amministrativo discrezionale<sup>18</sup>, può essere oggi definito come «lo strumento che aspira a rendere

---

<sup>15</sup> G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1, 1924, p. 381 ss. ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 205 ss.: «la pubblica amministrazione non è un soggetto distinto dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il proseguimento dei suoi fini. Come per i soggetti estranei questi fini sono determinati dalla rispettiva loro volontà, così per lo Stato sono determinati da quel potere che è l'organo della sua volontà: il potere legislativo. I fini, così determinati dal legislatore, s'impongono per l'obbligo della loro attuazione al potere, cui questo compito appartiene per l'organizzazione stessa dello Stato, al potere amministrativo. E questa imposizione dei fini avviene [...] per tutta l'attività amministrativa, senza possibilità di distinzione fra quell'attività che dicesi esecutiva e quella che dicesi discrezionale».

<sup>16</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 58-59, in cui si evidenzia che «si assiste così alla trasformazione, non del tutto cosciente, da una concezione arcaica della discrezionalità, la cui presenza è caratterizzata da una corrispondente assenza di diritto oggettivo e di situazioni soggettive protette, ad una nuova concezione, la cui presenza scaturisce dalla legge e dalla facoltà del privato di rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere il rispetto in proprio favore di tale disciplina positiva».

<sup>17</sup> L'espressione «eccesso di potere» deriva dall'istituto francese dell'*excès de pouvoir*, v. P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 124 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo – teoria generale)*, in *Dig. Disipl. Pubbl.*, V, I agg., 2012.

<sup>18</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 3-4: «la giurisprudenza, infatti mediante il sindacato sul vizio in esame, che è uno stato patologico ed esclusivo dell'atto amministrativo discrezionale, ha definito le regole alle quali l'amministrazione deve conformare l'esercizio del proprio potere».

L'Autrice ricostruisce, altresì, il dibattito sull'ambito di applicazione dell'eccesso di potere evidenziando come la dottrina largamente maggioritaria lo ritenga un vizio tipico degli atti discrezionali, unici atti che costituiscono espressione del potere amministrativo, vincolato nel fine (si rimanda a G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1983, p. 240).

Viene, tuttavia, dato conto anche della posizione minoritaria di F. M. NICOSIA, secondo cui le due tipologie di attività, seppur concettualmente distinte, finiscono talvolta per confluire in una zona intermedia: da un lato, la discrezionalità può essere in concreto assente, con completa compressione del margine di scelta per la p.a.;

controllabile l'esercizio della discrezionalità, senza però consentire al giudice (almeno in astratto) di entrare nel nucleo della scelta riservata»<sup>19</sup>.

Senza volere in questa sede ricostruire compiutamente l'evoluzione di detto istituto, ci si soffermerà solamente su alcuni elementi necessari a fornirne un quadro generale, per poi passare all'esame del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica.

Partendo dal dato normativo, l'eccesso di potere viene introdotto nel nostro ordinamento dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato<sup>20</sup> come vizio dell'atto amministrativo<sup>21</sup>, e riportato senza alcuna modifica nelle leggi successive, a cominciare dal T.U. 17 agosto 1907, n. 638<sup>22</sup>, fino alla l. 7 agosto 1990, n. 241<sup>23</sup>.

Nei testi di legge non si ritrova, tuttavia, una definizione normativa dell'istituto, la cui evoluzione e il cui significato va ricercato a livello teorico-dottrinale<sup>24</sup>.

Riassumendo, l'eccesso di potere viene in un primo momento ricompreso dalla dottrina nella violazione di legge, e solamente grazie all'apporto del Consiglio di Stato verrà ricondotto nell'ambito dello sviamento di potere, ponendo le basi per l'elaborazione della teorica della invalidità del provvedimento amministrativo<sup>25</sup>. In questo senso, muovendo dall'invalidità come difformità del provvedimento dallo schema legale dell'atto, si arriverà in un secondo momento ad un sindacato sul corretto esercizio del potere, o sul corretto esercizio della

---

dall'altro, la vincolatezza può essere a sua volta ridotta per effetto del carattere non univoco della attività interpretativa (cfr. ID., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, Jovene, 1991, p. 98).

<sup>19</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 7.

<sup>20</sup> Si riporta l'art. 3 della l. 31 marzo 1889, n. 5992, che così recitava: «spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazioni di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali».

<sup>21</sup> Cfr. *Ivi*, p. 11, nota n. 17.

<sup>22</sup> L'art. 22 del T.U. 17 agosto 1907 riporta integralmente il sopracitato art. 3 della legge istitutiva della IV Sezione.

<sup>23</sup> L'art. 21 *octies*, comma 1 della legge sul procedimento amministrativo (n. 241/1990), attualmente in vigore, così recita: «È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza».

La dottrina evidenzia, inoltre, che non vi è stata nessuna modifica nemmeno nella riformulazione dell'art. 29 c.p.a., che codifica i tradizionali vizi di legittimità, tra cui figura l'eccesso di potere («l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni»), v. E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo – teoria generale)*, in *Dig. Disipl. Pubbl.*, V, I agg., 2012.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Richiama la dottrina di De Valles, A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in S. TORRICELLI (a cura di) *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 48 ss.

funzione amministrativa: la devianza del provvedimento non si misura più, quindi, sullo schema legale dell'atto, ma sullo svolgimento della funzione, ovvero sul ragionevole perseguimento dell'interesse pubblico<sup>26</sup>.

Inizialmente<sup>27</sup>, infatti, l'eccesso di potere si assimila al c.d. straripamento di potere, ovvero all'ipotesi in cui fosse esercitato un potere spettante ad un ente diverso, fattispecie attualmente riassunta nell'incompetenza assoluta; successivamente, invece, l'istituto si riconduce al c.d. sviamento di potere, ove il potere amministrativo viene esercitato per un fine diverso da quello previsto dalla legge.

Sono state, poi, elaborate dalla giurisprudenza le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, elementi indiziari rispetto alla esistenza stessa del vizio.

In questa fase, parte della dottrina riteneva che tali elementi sintomatici fossero tutti indice dello sviamento di potere, e questo nel tentativo di recuperare l'unitarietà che l'istituto dell'eccesso di potere stava nel frattempo smarrendo a causa della frammentazione data dal proliferare delle figure sintomatiche.

Altra dottrina, invece, riteneva che l'eccesso di potere costituisse un vizio di un elemento dell'atto amministrativo, ovvero della volontà, della causa, dei motivi o del contenuto.

Peraltro, mentre alcuni ritenevano che le figure sintomatiche avessero valenza processuale, quindi indiziaria o probatoria dello sviamento, altri sostenevano invece che le medesime avessero valenza sostanziale, quindi autonomamente idonee (rispetto all'ipotesi di sviamento) a configurare il vizio di eccesso di potere del provvedimento.

La questione, particolarmente controversa, troverà alcuni punti fermi grazie al contributo fornito dagli studi di Benvenuti<sup>28</sup>: secondo questa teoria, l'eccesso di potere viene considerato un vizio della funzione amministrativa e non più un vizio dell'atto amministrativo, e le figure sintomatiche come autonome rispetto allo sviamento di potere, entrambi idonei e sufficienti a determinare l'illegittimità del provvedimento.

Va osservato, peraltro, che considerare l'eccesso di potere come vizio della funzione consente di elevare l'interesse pubblico a canone di validità del provvedimento «non solo perché esige che il provvedimento sia compatibile con il fine legale del potere, ma anche

---

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 49.

<sup>27</sup> Per le considerazioni che seguono si è fatto riferimento alla puntuale ricostruzione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 11 ss.

<sup>28</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1, 1950, p. 1 ss.

perché diviene il riflettore che solo rende visibili le violazioni di tutte le regole sull'esercizio della discrezionalità»<sup>29</sup>, tra cui i più recenti canoni di ragionevolezza e logicità.

Tali principi vanno a loro volta rapportati all'interesse pubblico: in questo senso, la decisione ragionevole è quella che risulta con esso compatibile.

Senza soffermarsi ulteriormente sugli sviluppi del sindacato per eccesso di potere, basti rilevare come risulti oramai pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, considerarlo come strumento idoneo a sindacare la discrezionalità amministrativa che, attraverso l'applicazione dei criteri di congruità, logicità e ragionevolezza, consente al giudice di annullare l'atto amministrativo incongruo, illogico e irragionevole<sup>30</sup>.

Concludendo, il sindacato di legittimità per eccesso di potere sull'atto discrezionale è passato da un controllo sulla conformità dell'atto allo schema legale, a un controllo dell'atto rispetto all'utile perseguimento del fine pubblico a cui la funzione amministrativa è orientata: l'elasticità di quest'ultimo criterio di validità ha, peraltro, lasciato un margine di valutazione particolarmente ampio per il giudice, permettendo di ampliare l'applicazione del sindacato per eccesso di potere e portando la giurisprudenza a spostarsi da un sindacato formale, a un sindacato sostanziale sul provvedimento.

Seguendo tale percorso, si è giunti alla definitiva e consolidata acquisizione da parte del giudice amministrativo, ovvero quella «di fare impiego del vizio di eccesso di potere per assicurare al novero dei parametri del sindacato di legittimità il principio, o meglio, la generale clausola di ragionevolezza»<sup>31</sup>.

Giova, a questo punto, soffermarsi sul sindacato giurisdizionale della c.d. discrezionalità tecnica, fornendo una panoramica del relativo percorso dottrinale e giurisprudenziale nel corso del Novecento<sup>32</sup>.

Innanzitutto, è utile definire il significato delle categorie in cui vengono ricondotte le forme di sindacato giurisdizionale elaborate dalla dottrina.

In primo luogo, il sindacato può essere estrinseco o intrinseco.

---

<sup>29</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 25-26.

<sup>30</sup> Si veda per le considerazioni che seguono A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in S. TORRICELLI (a cura di) *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 52 ss.

<sup>31</sup> V., ancora, *Ivi*, p. 55.

<sup>32</sup> Si veda la attenta ricostruzione del tema in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 133 ss.

Il sindacato *estrinseco* si esercita senza applicare conoscenze tecniche, è un controllo sostanzialmente assimilabile a quello sulla discrezionalità amministrativa ed è finalizzato a individuare alcuni vizi del provvedimento, tra cui l'illogicità, la contraddittorietà, il difetto di istruttoria, il difetto di motivazione, ecc.

Il sindacato *intrinseco*, invece, implica l'uso di cognizioni tecniche, necessarie per rilevare vizi che, altrimenti, non emergerebbero; in altre parole, comporta una valutazione di attendibilità del criterio tecnico adottato e della sua corretta applicazione.

In secondo luogo, la dottrina ha classificato il sindacato intrinseco in quello *debole*, che sfrutta tali cognizioni specialistiche per verificare la ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione, e in quello *forte*, finalizzato a far prevalere la diversa soluzione tecnica opinabile. In terzo luogo, il sindacato può essere diretto o indiretto.

È *diretto* se ha ad oggetto la valutazione tecnica intesa come prodotto (o giudizio tecnico finale), in cui il giudice realizza autonomamente la propria verifica tecnica (eventualmente utilizzando mezzi di indagine propri), mentre è *indiretto* se verte sulla valutazione tecnica intesa come procedimento intellettuale, ossia come ragionamento, o *iter* logico seguito dalla amministrazione.

L'impostazione che si seguirà, tuttavia, va di pari passo con la frequente denominazione, da parte della dottrina, del sindacato indiretto in "estrinseco", e del sindacato diretto in "intrinseco".

Verrà, tuttavia, seguita la frequente semplificazione che parte della dottrina svolge sul tema, attraverso cui si riconduce al sindacato estrinseco o intrinseco un controllo, rispettivamente, indiretto o diretto<sup>33</sup>.

Nel primo caso, entrambe le figure vengono riunite nel sindacato estrinseco, inteso come controllo giudiziale svolto ripercorrendo l'*iter* logico seguito dell'amministrazione nell'elaborare la scelta tecnica che si risolve, di fatto, in una verifica di ragionevolezza; nel secondo caso, esse vengono risolte nel sindacato intrinseco, inteso come controllo giudiziale svolto direttamente sul problema tecnico.

Va premesso che il sindacato sulle valutazioni tecniche presenta una evoluzione che segue, di fatto, quella del sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

---

<sup>33</sup> F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 119 e 121.

Inizialmente, la discrezionalità amministrativa – o pura – non era sindacabile: per raggiungere il risultato di applicare il medesimo regime processuale anche alla discrezionalità tecnica, quest'ultima veniva ricondotta al merito amministrativo<sup>34</sup>.

Seguendo questa impostazione, la scelta tecnica opinabile comportava una valutazione di pubblico interesse che, come la discrezionalità amministrativa, non era dappprincipio sottoposta ad alcuna forma di controllo giudiziario.

Sviluppatosi, in seguito, il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, anche alla discrezionalità tecnica viene progressivamente applicato lo stesso modello di sindacato.

Invero, fino agli anni '60 e '70 del Novecento la dottrina continuava ad associare il trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica a quello della discrezionalità amministrativa, sindacabile attraverso l'eccesso di potere<sup>35</sup>.

Da quel momento in poi, parte della dottrina inizierà a considerare necessario esercitare un controllo maggiormente incisivo sulla discrezionalità tecnica della p.a., ritenendola estranea – nel suo contenuto più intimo – al potere discrezionale (inteso come ponderazione comparativa degli interessi in gioco).

Difatti, muovendo verso la considerazione delle valutazioni tecniche non più come espressione del potere discrezionale, ma come mera attività di giudizio o di apprezzamento di elementi fatto, la dottrina comincia a ritenere che l'opinabilità delle valutazioni non possa in alcun modo giustificare una riserva sulla ammissibilità del sindacato giudiziario<sup>36</sup>.

Sviluppando questa impostazione, vengono affermati principi importanti, che segneranno definitivamente il modello di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: in particolare, la definitiva fisionomia del controllo di attendibilità tecnica della decisione, da

---

<sup>34</sup> In particolare, si veda A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1989, p. 595; si può risalire, per questa impostazione, a O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro Editore, 1912, p. 365 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1, 1957, p. 100 ss.

<sup>35</sup> Si veda, sul punto, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 65 ss.

<sup>36</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato sulla p.a.*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 313 ss. Questa affermazione da alcuni è stata ritenuta una petizione di principio svuotata nel suo significato, perché lo stesso Autore poi afferma che «l'intervento del giudice deve essere contenuto entro i comuni limiti del sindacato sull'attività e sull'atto», cfr. F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2000, p. 1062, nota n. 58.

Va, comunque, sottolineata la innovatività di tale impostazione dottrinale, soprattutto per la netta distinzione tra valutazione di opportunità e valutazione tecnica opinabile, con conseguente esclusione, per quest'ultima, dei tradizionali limiti in termini di controllo giudiziario.

svolgersi attraverso una verifica della correttezza del criterio tecnico e della sua esatta applicazione<sup>37</sup>.

Ad ogni modo, il panorama dottrinale risulta, come molto spesso accade, particolarmente variegato.

Si è già accennato, innanzitutto, come alcuni studi ritengano la discrezionalità tecnica un potere di valutazione tecnica riservato alla amministrazione, diverso dal potere discrezionale e, quindi da valutazioni del pubblico interesse<sup>38</sup>; similmente, altri studi lo qualificano come un potere che occupa uno spazio intermedio tra il potere discrezionale e quello vincolato<sup>39</sup>: in questi casi, la dottrina reputa coerente, con i presupposti teorici elaborati, un controllo giurisdizionale non sostitutivo, dovendo rispettare la scelta – rimessa alla autorità amministrativa – tra soluzioni tecniche ugualmente attendibili<sup>40</sup>.

Parte della dottrina è favorevole, invece, ad un sindacato giudiziario che coinvolge la generalità degli accertamenti tecnici, escludendo solamente gli accertamenti caratterizzati dalla «soggettività assoluta del momento valutativo e dalla irripetibilità del giudizio»<sup>41</sup>.

Ancora, altra parte della dottrina apre le porte ad una maggiore sindacabilità della discrezionalità tecnica, valorizzando la necessità di rispettare il principio di tutela giurisdizionale effettiva<sup>42</sup> e, in alcuni casi, proponendo come soluzione un innovativo controllo pieno e sostitutivo<sup>43</sup>.

Da ultimo, è interessante notare come già in questo periodo diversi studi dottrinali – la cui impostazione si condivide – ritengono che l'attività valutativa tecnica sia riconducibile alla qualificazione e all'accertamento dei fatti e risulti *integralmente ripercorribile* in sede

---

<sup>37</sup> F. LEDDA, *op. cit.*, p. 313 ss.

<sup>38</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 227 ss.

<sup>39</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, p. 243 ss.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 410-411.

<sup>41</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. Amm.*, IV, 1984, p. 496-498.

L'Autore porta alcuni esempi di tali accertamenti richiamando i concorsi, gli esami e le valutazioni mediante scrutini degli studenti nell'ambito dell'istruzione pubblica e privata.

<sup>42</sup> F. G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 14, 1981, p. 1376 ss.; F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2000, p. 1066: «ogni area di apprezzamento tecnico, che sia riservata all'amministrazione, e non sia quindi verificabile in giudizio, comporta una lesione (o una compressione) del principio della piena e generale tutela giurisdizionale, fissato in via generale dall'art. 24, e ribadito, con riferimento puntuale all'azione delle amministrazioni pubbliche, dall'art. 113 della Costituzione».

<sup>43</sup> G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. 3, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, p. 1587 ss.

processuale: residua, come unica scelta non sindacabile giudizialmente, quella di opportunità o inopportunità<sup>44</sup>.

Non solo si sostiene che non è accettabile un sindacato sulla discrezionalità tecnica modellato sul sindacato estrinseco applicato alla discrezionalità amministrativa, ma si evidenzia come il controllo del giudice non possa limitarsi a vagliare l'*iter* logico seguito, dovendo il giudizio avere direttamente ad oggetto il «problema tecnico»<sup>45</sup>.

In conclusione, «acquisita definitivamente la differenza profonda fra discrezionalità (vera e propria) e c.d. discrezionalità tecnica», si è «ritenuto insostenibile che quest'ultima fosse trattata processualmente alla stregua della prima»<sup>46</sup>.

Dal canto suo, la maggior parte della giurisprudenza amministrativa italiana non si poneva molti dei problemi che erano da tempo emersi a livello dottrinale.

Oltre alla deferenza giudiziale verso un controllo incisivo sulle valutazioni tecniche della p.a., anche l'assenza di mezzi istruttori che consentissero di ricostruire i fatti oggetto del giudizio giocava un ruolo particolarmente rilevante nel frenare una evoluzione del controllo in tale direzione.

Per queste ragioni, negli ultimi decenni del Novecento, i giudici amministrativi si assestano su posizioni tendenzialmente accomunate da un sindacato sulla discrezionalità tecnica

---

<sup>44</sup> N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 2, 1996, p. 413 ss.; F. G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 112.

Nel criticare la posizione della giurisprudenza amministrativa in materia, Scoca riassume molto efficacemente il problema utilizzando, altresì, l'argomento citato relativo al principio di effettività della tutela: «La verità è che, probabilmente per ragioni di semplificazione, la giurisprudenza amministrativa, dinanzi ad una graduazione di possibili giudizi, che contempla giudizi di esistenza e inesistenza, giudizi di esattezza e inesattezza, giudizi di congruità e incongruità e, in ultimo, giudizi di opportunità e inopportunità, non ha operato una differenziazione sulla base dell'oggetto (o del criterio) del giudizio, ma ha preferito porre in essere una differenziazione meno analitica, separando i giudizi di esistenza semplici da tutti gli altri giudizi: giudizi complessi secondo criteri obiettivi, giudizi complessi secondo criteri opinabili, giudizi complessi anche secondo criteri soggettivi (quali, ad esempio, possono essere considerati quelli in materia di vincoli archeologici, storici e in senso lato culturali e ambientali).

Tutti questi giudizi, non perché siano giudizi in ordine all'interesse pubblico, ma semplicemente perché sono giudizi complessi (quindi non giudizi semplici) sono dalla giurisprudenza ritenuti riservati dall'amministrazione. Il che, peraltro, non è a mio avviso consentito dalla nostra Carta costituzionale: l'affermazione del principio della pienezza e dell'effettività della tutela, infatti, comporta che non possano ritenersi esclusi dalla verifica giurisdizionale tutti quei giudizi che non impingono nell'unica scelta riservata all'amministrazione, che è quella di opportunità/inopportunità.

Tutti gli altri giudizi devono poter essere ripercorsi dal giudice, quale che esso sia», cfr. *Ivi*, p. 115.

<sup>45</sup> F. G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 121.

<sup>46</sup> F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2000, p. 1062.

piuttosto limitato, e per questo non risparmiati da critiche da parte della dottrina di quel periodo<sup>47</sup>.

Sul punto, è possibile individuare tre principali indirizzi pretori<sup>48</sup>.

Un primo orientamento giurisprudenziale riconduce la discrezionalità tecnica al merito amministrativo, escludendo qualunque forma di sindacato sulle valutazioni dell'amministrazione eseguite applicando criteri tecnico-specialistici<sup>49</sup>.

Una secondo orientamento giurisprudenziale – che assieme al precedente costituivano la giurisprudenza maggioritaria – ritiene, invece, applicabile alla discrezionalità tecnica lo stesso trattamento giurisdizionale riservato alla discrezionalità amministrativa<sup>50</sup>.

Infine, un terzo orientamento giurisprudenziale si fa portatore di un esame più approfondito sulle valutazioni tecniche della p.a.

Questo filone interpretativo minoritario – che muove nella direzione di un controllo intrinseco – inizia, in definitiva, ad allargare le maglie rispetto alla revisione giudiziale della discrezionalità tecnica realizzata applicando criteri specialistici; purtuttavia, siffatto controllo resta ancora limitato all'esame della correttezza dell'*iter* logico seguito dalla p.a.<sup>51</sup>, oppure è circoscritto alle ipotesi in cui l'applicazione delle regole tecniche conduce a risultati normalmente e tendenzialmente univoci, cosicché il giudice possa verosimilmente ripetere il giudizio dell'amministrazione per controllare il rispetto della fattispecie legale<sup>52</sup>.

Nell'ambito di questo indirizzo giurisprudenziale, il T.A.R. Lombardia anticiperà in qualche misura la svolta pretoria successiva alla sentenza n. 601/1999 del Consiglio di Stato, aprendo all'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio, mezzo istruttorio che risulterà cruciale nel definire l'ampiezza dei poteri di cognizione del giudice rispetto ad una decisione tecnica complessa<sup>53</sup>.

Al riguardo, il legislatore estende l'utilizzo della c.t.u. – prima limitato a specifici settori – a tutte le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per

---

<sup>47</sup> F. G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 1985, p. 284.

<sup>48</sup> Si fa riferimento alla analisi di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2, 2000, p. 427 ss., a cui si rinvia per un approfondito esame della giurisprudenza precedente alla sentenza del Consiglio di Stato n. 601/1999.

<sup>49</sup> Si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato sez. II, 15 marzo 1995, n. 1963, in *Cons. St.*, 1996, I, p. 116.

<sup>50</sup> Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. IV, 08 luglio 1999, n. 1196; Cons. St., sez. IV, 30 aprile 1999, n. 757; Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 1998, n. 106, reperibili in *www.dejure.it*.

<sup>51</sup> Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1992 n. 1047, in *Foro Amm.*, 2, 1992, p. 2261 ss.

<sup>52</sup> In questi termini, v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 1° aprile 1988 n. 90, in *I Tar*, II, 1988 p. 1594.

<sup>53</sup> Sul punto, v. L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 434-435, in cui si fa riferimento a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio 1997 n. 586. Per un commento critico alla sentenza, v. A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e App.*, 11, 1997, p. 1262 ss.

mezzo dell'art. 35, comma 3 del d.lgs. n. 80/1998; sarà, poi, solamente con la l. n. 205/2000 (art. 16) che si renderà applicabile il mezzo istruttorio in questione alla generalità delle controversie ricomprese nella giurisdizione generale di legittimità<sup>54</sup>.

Rispetto alle accennate modifiche normative, la dottrina ha efficacemente osservato come dall'introduzione della c.t.u. nel nostro ordinamento possano individuarsi alcuni punti fermi, che anticipano principi che di lì a poco saranno fatti propri dalla giurisprudenza: *a)* l'esclusione dell'automatismo per cui le valutazioni tecniche vengono fatte confluire nel merito amministrativo, consentendo al giudice di rifiutare di svolgere una approfondita verifica processuale; *b)* il potere del giudice di accertare i presupposti di fatto del rapporto controverso, rientrando, dunque, nella sua cognizione «tutto il procedimento logico che presiede alla sussunzione del rapporto controverso nella norma, ivi compresa la valutazione tecnico-specialistica»; *c)* il carattere definitivamente intrinseco del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica<sup>55</sup>.

### 3. *Il cambio di rotta. La sentenza n. 601/1999 del Consiglio di Stato e gli orientamenti giurisprudenziali successivi*

Il percorso di riflessione giuridica descritto culmina con la sentenza n. 601/1999 della IV sezione del Consiglio di Stato, decisione che può essere definita come lo spartiacque nel panorama del sindacato giurisprudenziale sulle valutazioni tecniche<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Sul punto, si veda F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 915. Viene ricordato, al riguardo, che la c.t.u. era già stata estesa alla materia edilizia dall'art. 16 della l. n. 10/1977, mentre con riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego l'applicabilità di tale mezzo istruttorio era stata affermata da Corte Cost., 23 aprile 1987, n. 146.

Sulla c.t.u. nel processo amministrativo si veda, altresì, G. SAPORITO, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in *Ivi*, p. 941 ss.; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2002.

<sup>55</sup>F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 917 ss.

<sup>56</sup> Per un commento alla sentenza si veda D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. Amm.*, 12, 1999, p. 1179 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2000, p. 185 ss.; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Id.*, p. 212 ss.; L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2, 2000, p. 422 ss.

Innanzitutto, giova ripercorrere i tratti salienti di questa pronuncia, che apre la strada ad una maggiore incisività del controllo realizzato dall'autorità giudiziaria sulla discrezionalità tecnica.

La sentenza in commento – riguardante il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità di un magistrato – supera la riconduzione della discrezionalità tecnica al merito amministrativo sostenuta, come visto, da quel filone giurisprudenziale che riteneva insindacabile la discrezionalità tecnica.

Quest'ultima, afferma il giudice, «è altra cosa del merito dell'atto amministrativo», che coinvolge «la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato»<sup>57</sup>.

La discrezionalità tecnica rimanda invece a quei casi in cui l'Amministrazione «deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta»<sup>58</sup>. Tale norma tecnica, poi, può richiedere degli apprezzamenti opinabili o contenere concetti giuridici indeterminati.

Ma comunque, e qui il giudice amministrativo è lapidario, «una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità»<sup>59</sup>.

A tale proposito, il Consiglio di Stato fa chiarezza, affermando esplicitamente che l'opinabilità di una questione di fatto (anche se antecedente o successiva alla scelta di merito) non ne determina la trasformazione in una questione di opportunità<sup>60</sup>.

Il Collegio supera definitivamente un controllo sulla discrezionalità tecnica di tipo estrinseco, avente ad oggetto la tenuta del ragionamento seguito dall'amministrazione, e passa ad applicare un modello di sindacato intrinseco, volto a vagliare internamente la decisione tecnica dell'amministrazione, spingendosi a menzionare espressamente la possibilità per il giudice di sostituirsi alla amministrazione<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, punto 1.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*, corsivo aggiunto.

<sup>60</sup> Motivando la sentenza, il Consiglio di Stato cita la Corte di Cassazione, che afferma che «con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, 3° comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato», cfr. Cass., 5 agosto 1994, n. 7261.

<sup>61</sup> La giurisprudenza successiva, tuttavia, non ha applicato un sindacato sostitutivo nemmeno per i medesimi casi, ossia in materia di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità al fine

Riprendendo le parole del Consiglio di Stato, viene definitivamente precisato, infatti, che «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, 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. 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»<sup>62</sup>.

Sul punto, parte della dottrina ha evidenziato che la possibilità di sostituzione giudiziale è limitata all'ipotesi di inattendibilità, in tal modo salvaguardando uno spazio riservato alla amministrazione qualora le valutazioni fossero opinabili, ma comunque attendibili<sup>63</sup>.

Altra parte della dottrina ha sottolineato come la portata della sentenza in commento non vada sopravvalutata, posto che il giudice ha censurato l'atto amministrativo «non sulla base della ripetizione della valutazione secondo le regole del sapere tecnico, ma sulla scorta di un ragionamento giuridico»<sup>64</sup>.

Ad ogni modo, il ruolo avuto dalla pronuncia esaminata nel modificare l'orientamento giurisprudenziale sul sindacato del giudice rispetto alle valutazioni tecniche è stato innegabile e, sebbene parte della giurisprudenza successiva non sia dello stesso tenore<sup>65</sup>, essa ha fornito un contributo essenziale nella direzione di una verifica intrinseca e piena sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

Le pronunce di maggiore rilievo in materia dopo la sentenza n. 601/1999 del Consiglio di Stato riguardano principalmente le controversie che coinvolgono gli atti delle Autorità

---

di ottenere un equo indennizzo, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il Provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 160.

<sup>62</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, punto 1.2., corsivo aggiunto.

<sup>63</sup> Escludendo la sostituzione integrale da parte del giudice in caso di mera opinabilità della valutazione (ed evitando, così, la piena controllabilità dei concetti giuridici indeterminati) si ritiene, quindi, che la portata della sentenza non sia così dirompente, cfr. D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. Amm.*, 12, 1999, p. 1182.

<sup>64</sup> L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2, 2000, p. 440; v., altresì, M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2000, p. 211, che evidenzia, da un lato, come la riserva delle valutazioni tecniche in capo all'autorità amministrativa non sia un principio generale e, dall'altro, come i principi derivanti da tale sindacato (diretto e sostitutivo, dal carattere «altamente innovativo nelle sue modalità») non siano poi stati applicati nel dispositivo della sentenza che si commenta.

<sup>65</sup> La dottrina sottolinea come accanto a sentenze che hanno tempestivamente recepito tali principi, se ne sono affiancate altre in cui i giudici si sono dimostrati più restii ad ammettere un sindacato maggiormente stringente sulle valutazioni tecniche, cfr. L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2014, p. 1387-1388.

amministrative indipendenti<sup>66</sup> e, soprattutto, gli atti dell'Autorità *Antitrust* (AGCM); tale giurisprudenza presenta la particolarità di risultare, da un lato, rappresentativa e, dall'altro lato, anticipatrice degli indirizzi giurisprudenziali in fase di formazione<sup>67</sup>.

È soprattutto a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002 – relativa all'accertamento di intese anticoncorrenziali tra imprese operanti nel settore assicurativo – che si inizia a parlare di sindacato «debole», in contrapposizione ad un sindacato «forte» sulle valutazioni tecniche dell'Amministrazione<sup>68</sup>.

La distinzione richiama il potere sostitutivo del giudice, assente nel primo caso e presente nel secondo, da cui deriva, rispettivamente, un sindacato che risulta limitato alla verifica giudiziale della ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione, oppure un sindacato che ammette la prevalenza della soluzione tecnica emersa nel processo.

Si osserva, peraltro, come tale categorizzazione del sindacato sulle valutazioni tecniche fosse già stata avanzata, in precedenza, dalla IV Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5287/2001, probabilmente nel tentativo di temperare gli effetti derivanti dal riferimento ad un controllo sostitutivo nel proprio precedente giudiziale<sup>69</sup>.

Ebbene, con sentenza n. 5287/2001 in materia di vincolo idro-geologico, la IV Sezione esclude un controllo «forte» sulle valutazioni tecniche complesse: la ragione sottesa viene individuata nella difficoltà, talvolta presente in siffatti casi, di distinguere il piano dell'opinabilità da quello dell'opportunità, con frequente sovrapposizione o fusione degli stessi in un procedimento logico unitario; da ciò deriva un potere amministrativo tendenzialmente riservato, con conseguente esclusione di un sindacato di tipo sostitutivo per il giudice amministrativo<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Per un approfondimento, v. A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2004, p. 617 ss.

<sup>67</sup> In questi termini, R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, 2006, Torino, Giappichelli, p. 252.

<sup>68</sup> Per un commento alla sentenza, v. R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2, 2003, p. 170 ss. Anche le sentenze successive dello stesso giudice hanno confermato questo orientamento. Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, con commento di F. LIGUORI, *Il sindacato «debole» sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6, 2003, p. 597 ss.

<sup>69</sup> Come già evidenziato con riferimento a Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

<sup>70</sup> «È, invero, frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell'interesse pubblico, insieme con l'interesse del ricorrente e degli altri interessi in gioco. Non solo tra di essi è spesso apprezzabile contestualità cronologica, ma addirittura parziale sovrapposizione concettuale sul piano logico. Accade, insomma, che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario; e la difficoltà di separare i due momenti è in larga misura accentuata dallo sviluppo della tecnica e dai mutamenti organizzativi e funzionali dell'azione amministrativa. La stretta

In seguito, con sentenza n. 2199/2002, il Consiglio di Stato richiama il sindacato «debole», seppur mantenendosi nell'ambito di un controllo intrinseco caratterizzato dall'applicazione delle conoscenze specialistiche del settore di riferimento<sup>71</sup>.

In questo senso, si sottolinea come il passaggio da un giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto controverso abbia determinato l'abbandono definitivo dell'orientamento giurisprudenziale che negava l'accesso diretto al fatto, e come l'introduzione dello strumento della c.t.u. abbia eliminato quegli ostacoli processuali che venivano posti a fondamento dei limiti al controllo del giudice amministrativo<sup>72</sup>.

Si è reso, tuttavia, necessario un ulteriore intervento giurisprudenziale per arrivare al definitivo superamento della distinzione tra sindacato «forte» e «debole», particolarmente foriera di equivoci nei termini di una possibile riduzione del potere di accertamento dei fatti oggetto del giudizio.

Ebbene, il Consiglio di Stato chiarirà che «in realtà, con l'espressione sindacato 'di tipo debole' la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata»<sup>73</sup>, confermando come essa fosse stata elaborata per «porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere»<sup>74</sup>.

Viene, dunque, precisato che il giudice amministrativo deve verificare se il potere sia stato correttamente esercitato dall'Autorità *Antitrust*, senza che possa a sua volta esercitarlo; in questo contesto, l'ammissibilità della c.t.u. come strumento di verifica dei fatti e delle valutazioni complesse effettuate dall'Autorità depone a favore del raggiungimento di una tutela giurisdizionale effettiva.

---

connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito è un indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservata all'amministrazione, non già nel senso della preclusione del controllo giurisdizionale, ma nel senso che non è concesso un sindacato con poteri sostitutivi», cfr. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, punto n. 9.

<sup>71</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, punto 1.3.1.

<sup>72</sup> In questo senso, cfr. *Ibid.*

<sup>73</sup> Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926.

<sup>74</sup> *Ivi*, punto 3.3.

È proprio valorizzando questo ultimo aspetto che il Consiglio di Stato supererà definitivamente la antinomia – ormai «sclerotizzata»<sup>75</sup> – tra sindacato forte e debole: ciò che realmente rileva è «l'esercizio di un sindacato comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità [antitrust] sia stato correttamente esercitato»<sup>76</sup>.

#### 4. *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*

##### 4.1. *Premessa*

La giurisprudenza sugli atti delle *Authorities* ha avuto un ruolo determinante nel superare le limitazioni del controllo giudiziale sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione, non solo con riferimento agli atti delle Autorità di Regolazione, ma anche – e soprattutto – con riferimento agli atti dell'Autorità *Antitrust*<sup>77</sup>.

Al di là delle definizioni che è possibile elaborare rispetto al controllo giurisdizionale, è stato, infatti, correttamente sostenuto che tutte le anzidette forme di sindacato che si sono

---

<sup>75</sup> Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, punto 3.6.: «il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e, vien fatto di dire, soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, “le regole del gioco”».

<sup>76</sup> Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595.

<sup>77</sup> Con riferimento al sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti si veda, ad esempio, C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 24 luglio 2018; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, p. 749 ss.; F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti e il giudice amministrativo*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 231 ss.; in prospettiva comparata, si veda F. BORRIELLO, *Judicial review of administrative decisions based on complex technical evaluations. A comparative study between Italy and the United States*, in *Federalismi.it*, 12, 2021.

Per una panoramica della giurisprudenza in materia, si veda M. FILICE, *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6, 2018, p. 787 ss.

succedute hanno, di fatto, avuto la funzione di «aprire una breccia nella insindacabilità» delle valutazioni tecniche<sup>78</sup>.

L'ampio contenzioso che riguarda questi temi deriva, in particolare, dall'alto tasso tecnico che accompagna i provvedimenti delle Autorità indipendenti<sup>79</sup>, e continua a permettere un affinamento delle tecniche di sindacato impiegate dalla giustizia amministrativa<sup>80</sup>.

Non è questa la sede per fornire una ricostruzione, sotto il profilo sostanziale, delle Autorità indipendenti; tuttavia, si rendono necessarie alcune brevi considerazioni preliminari, solo limitatamente ai profili che presentano una connessione con il tema – oggetto del presente capitolo – relativo al sindacato giurisdizionale<sup>81</sup>.

Innanzitutto, gli atti delle Autorità indipendenti a cui si riferisce il sindacato esprimono, semplificando, due funzioni, quella di regolazione e quella sanzionatoria<sup>82</sup>: la prima ha carattere ibrido, si pone tra attività normativa e attività amministrativa, e consiste nel fissare le regole idonee a soddisfare le esigenze del mercato regolato, indirizzando i comportamenti degli operatori economici; la seconda, invece, presuppone un mercato già operante e consiste nella vigilanza sul rispetto delle regole poste, irrogando sanzioni a tutela del mercato ed

---

<sup>78</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, 6 giugno 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 6.

<sup>79</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>80</sup> Parte della dottrina ha sollevato alcuni dubbi rispetto all'assoggettamento degli atti delle *Authorities* al sindacato giurisdizionale, evidenziando che «se le autorità indipendenti, in Italia, non nascono in opposizione ai giudici ci si può chiedere, tuttavia, perché venga attribuito il compito di decidere questioni di interesse collettivo ad autorità dotate di indipendenza, i cui membri vengono scelti con criteri particolarmente selettivi e sottoposti a incompatibilità ben superiori a quelle dei giudici, per assoggettare, poi, la loro attività all'ordinario sindacato giurisdizionale», cfr. 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 nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 221-222.

In risposta a tali obiezioni può osservarsi, in primo luogo, che «secondo l'opinione più diffusa, gli atti adottati dalle autorità in questione sono soggettivamente e oggettivamente amministrativi e ricadono quindi *de plano* in un meccanismo di tutela giurisdizionale consolidato»; in secondo luogo, va rilevato che esiste il diritto a ricorrere contro gli atti della pubblica amministrazione, oltre a «un sistema integrato di rimedi tale per il quale neppure gli atti del legislatore sfuggono al controllo di un giudice, sia pure *sui generis*, come la Corte costituzionale»; in terzo luogo, si sottolinea che «ogni potere ha un giudice, ed a tale regola, proprio per la sua generalità, non possono certo sfuggire le autorità indipendenti anche qualora si ammettesse che le stesse non ricadono in alcuna delle caselle tradizionali dell'organizzazione statale», cfr. R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 167.

<sup>81</sup> Per un inquadramento generale del tema, v. M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Milano, Wolters Kluwer, 2019.

Il particolare impatto avuto dalle autorità indipendenti è stato messo in evidenza da A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997.

<sup>82</sup> Sul punto, v. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2013.

esercitando una attività – vincolata – di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie<sup>83</sup>.

Al riguardo, è senz'altro vero che le tecniche di sindacato applicate dal giudice possono cambiare a seconda della tipologia di attività che viene in rilievo, in quanto il potere esercitato e le situazioni giuridiche soggettive possono a loro volta cambiare; tuttavia, la dottrina ha comunque ritenuto utile un tentativo di sistematizzare la materia, adattando i risultati ottenuti sulla base delle specificità dell'amministrazione indipendente<sup>84</sup>.

Un primo tratto distintivo attiene alla dimensione strutturale delle *Authorities*, caratterizzate, da un lato, per competenze tecniche specifiche e, dall'altro, per il tipico difetto di legittimazione democratica. In particolare, l'indipendenza deriva dalla frattura di qualsiasi rapporto strutturale e funzionale con il Governo, che non rende le Autorità riconducibili ad alcun dicastero, collocandole, pertanto, al di fuori del circuito della responsabilità politica<sup>85</sup>. Tali peculiarità strutturali, è stato osservato, possono incidere sulle relazioni con il potere giurisdizionale, che possono non essere pienamente coincidenti con l'ordinario rapporto tra giudice e pubbliche amministrazioni<sup>86</sup>.

Un secondo tratto distintivo riguarda la qualificazione giuridica dei poteri esercitati dalle Autorità indipendenti<sup>87</sup>.

Sul punto, parte della dottrina ritiene che vadano ricondotti alle potestà discrezionali, di bilanciamento degli interessi in gioco<sup>88</sup>; altra parte della dottrina ritiene che tale

---

<sup>83</sup> R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*; cfr., altresì, F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, p. 761-762.

<sup>84</sup> Difatti, viene messo in evidenza che «di fronte a un quadro così frastagliato, è forte il rischio che un ragionamento giuridico che tratti delle autorità indipendenti in modo unitario si attagli meglio ad alcune e peggio ad altre; qualunque sia la soluzione ricostruttiva proposta, essa dunque non per forza dovrebbe valere per tutte e per tutto. Emerge allora la necessità di prescindere da una disamina analitica delle forme sfumate in cui le autorità si presentano, per ragionare su un paradigma astratto di amministrazione tecnico indipendente che possa portare a conclusioni da verificare e modulare poi in relazione alle molte variabili con le quali esso si concretizza», cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, p. 99.

<sup>85</sup> F. MERUSI, M. PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, p. 175; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, p. 99.

<sup>86</sup> S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, p. 99; riprende queste considerazioni anche F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, p. 758.

<sup>87</sup> S. TORRICELLI, *op. cit.*, 1, 2020, p. 99.

<sup>88</sup> Si rileva, da un lato, l'impostazione di Manetti, secondo cui l'attività delle *Authorities* consiste nella mediazione tra interessi non definiti, ma definibili attraverso la sua stessa attività, la quale «non può non ritenersi [...] di natura politica», cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 197.

bilanciamento sia già stato svolto dal legislatore ed esclude la discrezionalità, qualificando, pertanto, i poteri delle autorità indipendenti come attività valutativa tecnica, di accertamento, ovvero attività che «non è affatto diversa da quella che viene comunemente svolta dal giudice civile o penale allorché sia chiamato a qualificare e sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa [...]»<sup>89</sup>.

Secondo altra dottrina, ancora, il carattere di indipendenza dal Governo, che sottrae le *Authorities* ai meccanismi di legittimazione democratica, porta a ritenere che esse debbano – di regola – ispirare le proprie scelte a parametri tecnici: esisterebbe, secondo questa impostazione, un vincolo di tecnicità, che impone alle Autorità indipendenti di esercitare attività valutativa tecnica, salvo il caso in cui vi sia una deroga del legislatore – esplicita e univoca – a tale vincolo<sup>90</sup>.

Queste considerazioni si ricollegano al ruolo del controllo giurisdizionale come fattore di compensazione del menzionato difetto di legittimazione democratica delle autorità indipendenti: riprendendo il tema già esaminato della tecnicizzazione del diritto<sup>91</sup>, è stato osservato dalla dottrina che, nonostante il netto predominio della tecnica, si assiste a un recupero di terreno del diritto su quest'ultima, data la massiccia giuridificazione dei rapporti tra Stato e cittadino che si esprime attraverso l'espansione delle competenze e del ruolo dei

---

Infatti, l'Autrice rileva che la disciplina di riferimento non realizza direttamente un bilanciamento di valori e interessi, cfr. *Ivi*, p. 186.

Secondo una diversa impostazione, Merusi sottolinea che la funzione principale delle Autorità indipendenti consiste nel garantire la concorrenza nel mercato, assicurando la parità degli operatori economici.

F. MERUSI, M. PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, p. 167-168: «Al di là delle differenze modali di intervento, il compito fondamentale delle autorità indipendenti è quello di tutelare la concorrenza in presenza di mercati almeno formalmente aperti [...]. In definitiva, quali che siano i tempi (*ex ante*, *ex post*) e le modalità di intervento (tutela o promozione), la finalità delle autorità indipendenti (appartengano al tipo delle autorità garanti o di regolazione) è sempre la stessa: assicurare la pari opportunità a tutti i soggetti operanti nei mercati»; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 151 ss.

<sup>89</sup> Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *op. cit.*, p. 115 ss. e, in particolare, p. 130.

Esclude che l'attività sia qualificabile come amministrativa o come giudiziaria, dato che le Autorità non vengono inquadrare nella tradizionale tripartizione dei poteri, S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 220 ss.

Viene, invece, ricollegata ad una attività tecnico-amministrativa, poiché ritenuta la soluzione più compatibile coi principi costituzionali, tra cui la tutela giurisdizionale effettiva contro gli atti della p.a., da P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001, p. 99.

<sup>90</sup> Si veda, sul punto, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 75 ss.

Cfr. *Ivi*, p. 77: «proprio in quanto indipendenti, le autorità devono di regola evitare di porre in essere scelte politico-discrezionali e devono invece ispirare le loro scelte esclusivamente a parametri tecnici».

<sup>91</sup> Cfr. Cap. I.

giudici: tale fenomeno si traduce nell'aumento dei poteri di sindacato giurisdizionale, innanzitutto sugli atti di regolazione dei mercati emessi dalle amministrazioni indipendenti<sup>92</sup>.

L'ampliamento dei limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche è stato ritenuto, da parte della dottrina e della giurisprudenza, un elemento potenzialmente idoneo a compensare il *deficit* di legittimazione democratica che caratterizza le *Authorities*<sup>93</sup>.

Seguendo questa impostazione, il tema di fondo si può riassumere nella decisione di affidare l'ultima parola su tematiche tecniche al giudice invece che all'Autorità, la quale, data l'indipendenza che la caratterizza, non ne risponderebbe politicamente<sup>94</sup>.

Così, se una parte della dottrina mette in evidenza che il sindacato giurisdizionale diventa «un surrogato del difetto di rappresentatività che attanaglia l'ente, perché la copertura del giudice assicura che la decisione ultima sulla correttezza della scelta tecnica si innesti su un soggetto che ha una sua legittimazione ordinamentale, peraltro sempre di tipo tecnico», la stessa dottrina ritiene che tale lettura pecchi di eccessivo formalismo, perché nelle ipotesi in cui si dovessero rendere necessarie competenze tecniche diverse da quelle giuridiche, il

---

<sup>92</sup> Si veda G. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2011, p. 137, che richiama S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

<sup>93</sup> Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2016, nn. 162 e 165.

Al riguardo, si mette in evidenza che la complessità dei criteri tecnici che stanno alla base delle scelte regolatorie rende difficile la comprensione dell'*iter* logico motivazionale: «tale scarsa intelligibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione. Ciò ancor di più in considerazione del fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost.», cfr. *Ivi*, punto 10.

<sup>94</sup> Lo spiega bene Fracchia, evidenziando i problemi legati a questa soluzione: «la tematica complessiva è condizionata – più o meno consapevolmente – dalla tentazione di operare una sorta di «compensazione» tra indipendenza politica (e il correlativo *deficit* di legittimazione democratica) e maggior controllo giurisdizionale sull'Autorità. Essa è criticabile in quanto coinvolge elementi non omogenei, ma non vi è dubbio che al fondo occorre pur decidere dove collocare la “chiusura del sistema”: preservare la riserva di valutazione in capo alle autorità, ponendo, in forza di una qualche specificità istituzionale di siffatte amministrazioni, una quota della loro attività al riparo dal controllo del giudice e dei c.t.u. (ma allora l'autorità dovrebbe rispondere politicamente delle proprie valutazioni!), ovvero garantire una piena possibilità di sindacato al giudice. In altri termini, si tratta di comprendere a chi attribuire l'ultima parola relativamente a tematiche molto specifiche e tecniche: all'amministrazione, che però dovrebbe fornire alcune garanzie e rispondere per ciò che decide, o al giudice, che, con tutta evidenza, agisce in una prospettiva diversa, anche se le sue decisioni ben possono incidere, anche pesantemente, sugli assetti di un mercato», cfr. F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il Gas*, in *www.giustamm.it*, 10, 2007.

giudice sarebbe costretto ad affidarsi alla valutazione di un consulente tecnico, senza poterle a sua volta controllare<sup>95</sup>.

#### 4.2. *La progressiva estensione del perimetro del controllo sulle valutazioni tecniche attraverso la giurisprudenza sugli atti delle Authorities*

In linea con quanto appena affermato, rispetto all'ampiezza del sindacato sulle valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti è possibile, in via generale, individuare una tensione nella direzione di una maggiore incisività del controllo, che porterà, da una prevalente deferenza giudiziale<sup>96</sup> (riscontrata nella generalità delle decisioni aventi ad oggetto la c.d. discrezionalità tecnica), ad un controllo particolarmente incisivo, soprattutto con riferimento agli atti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Se la giurisprudenza non si esprime sempre in senso univoco, parte della dottrina ha comunque ritenuto che i principi espressi dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 926/2004 non trovassero significative eccezioni nelle pronunce successive<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> «È una tesi, questa, che rischia però di peccare di eccessivo formalismo, per una ragione già prima evocata: la legittimazione tecnica del giudice passa attraverso la competenza garantita dalle procedure per la sua selezione; nel momento in cui si stia discutendo di un sindacato molto molto intrusivo su un sapere non giuridico, il rischio vero è che il giudice altro non possa fare che delegare le valutazioni al consulente, con scarsa capacità di controllo, e che la competenza che fonda il suo ruolo non possa essere un elemento rilevante o anche solo congruente che consenta di giustificare su una base razionale la estensione», S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, p. 113.

<sup>96</sup> La dottrina ha osservato, specie con riguardo agli atti sanzionatori delle *Authorities*, che uno dei fattori che può aver contribuito, anche in Italia, a circoscrivere il relativo sindacato è stata la sentenza *Chevron* della Corte Suprema americana (cfr. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)), che ha affermato il principio secondo cui l'interpretazione della legge delle *Agencies* può essere disattesa dal giudice solo qualora non sia ragionevole oppure sia contraria alla volontà chiara ed espressa del legislatore; in tal senso, l'interpretazione dei concetti normativi indeterminati viene lasciata all'autorità amministrativa, mentre quelli determinati possono essere pienamente sindacati dal giudice.

Al riguardo, si segnala il recente superamento di tale indirizzo attraverso l'overruling della Corte Suprema con il caso *Loper Bright*, cfr. *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. (2024).

Sul punto, si veda G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, CEDAM, 2010, p. 97 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2013.

<sup>97</sup> G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2015, p. 705 ss.

In realtà, come si vedrà nelle pagine seguenti, un consolidato filone giurisprudenziale è riscontrabile proprio a partire dalla sentenza sopracitata, nell'ambito della VI Sezione del Consiglio di Stato, e fisserà i presupposti per il sindacato di *maggior attendibilità* che verrà introdotto solo a partire dalla sentenza n. 4990/2019<sup>98</sup>.

Ad ogni modo, è possibile in questo momento osservare che la giurisprudenza maggioritaria fa tendenzialmente riferimento a un sindacato intrinseco, a cognizione piena e con accesso integrale al fatto, ma non sostitutivo: il giudice, infatti, non potrebbe esprimere autonome scelte, dovendosi limitare alla verifica (applicando regole tecniche) del corretto esercizio del potere, che si traduce in un controllo di attendibilità, correttezza, ragionevolezza e proporzionalità delle valutazioni dell'Autorità<sup>99</sup>.

Nella dottrina e nella giurisprudenza successiva al superamento del c.d. sindacato *debole*, si può, in definitiva, individuare un ampio consenso circa i limiti del controllo giurisdizionale, non solamente rispetto al caso specifico degli atti delle *Authorities*, ma riferibili alla generalità delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione: tale modello di sindacato viene efficacemente riassunto nel principio di diritto espresso nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1013/2014, in materia di provvedimenti *Antitrust*: «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini»<sup>100</sup>.

Se questi sono i termini generali della questione, la giurisprudenza successiva ha ulteriormente precisato che «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione

---

<sup>98</sup> Cfr. *Infra*, par. 6.1.

<sup>99</sup> Lo riassume anche F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 120 ss.

<sup>100</sup> Cfr. Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto 4.3.

amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l’Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all’esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell’Autorità, dovendosi piuttosto limitare 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»<sup>101</sup>; tale sindacato è stato, così, definito di *attendibilità tecnica e non sostitutivo*<sup>102</sup>.

Da ultimo – prima di esaminare l’evoluzione della giurisprudenza rispetto agli atti sanzionatori dell’AGCM, con particolare riferimento all’applicazione del canone di *full jurisdiction* – le suggestioni circa una espansione del sindacato giudiziale possono ravvisarsi in taluni casi in cui il controllo sugli atti delle *Authorities*, nello specifico sugli atti di regolazione, arriva ad essere particolarmente incisivo, andando a lambire il merito amministrativo, da cui è possibile qualificare tale controllo come *quasi sostitutivo*<sup>103</sup>.

Ciò avviene, ad esempio, quando il Consiglio di Stato – con sentenza n. 1856/2013<sup>104</sup> – verifica la coerenza del modello economico che costituisce il fondamento delle scelte regolatorie, rispetto ai fini perseguiti dall’attività di regolazione<sup>105</sup>.

Nello specifico, il giudice chiarisce come un modello economico – relativo alla vendita dei servizi di accesso fisico e virtuale alla rete fissa – orientato ai costi, anche a detta della Commissione Europea, sarebbe stato adeguato al caso di specie.

Secondo il Consiglio di Stato l’Autorità di Regolazione – nella controversia in questione l’Autorità Garante per le Comunicazioni (AGCOM) – non avrebbe dato peso al modello

---

<sup>101</sup> In questi termini, Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, punto 1.4. (corsivo aggiunto). In senso conforme, si veda Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 2019, n. 5558; Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6025; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943; Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2020, n. 3501; Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4737; Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2020, n. 4778; Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5373.

<sup>102</sup> Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, punto 1.4.

<sup>103</sup> Il giudice amministrativo, si sottolinea, «pare in alcuni casi propenso addirittura all’esercizio di poteri quasi sostitutivi nei confronti dei provvedimenti emessi dalle autorità di regolazione», cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 161. Si veda, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 17 febbraio 1999, n. 601.

<sup>104</sup> Cons. St., sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.

<sup>105</sup> La Delibera 731/09/CONS dell’AGCOM aveva ad oggetto la «Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell’accesso alla rete fissa (mercati 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione 2007/789/CE)».

menzionato, che «non è stato adeguatamente considerato dall'AGCOM», «anche solo per escluderne l'opportunità in raffronto al modello [...] prescelto»<sup>106</sup>.

Il giudice sostiene quindi che il peso e la valutazione dell'Autorità circa un modello economico alternativo, e che si sarebbe adattato meglio alla situazione trattata, non sarebbe stato sufficiente, avendo invece l'AGCOM adottato una soluzione economica in maniera acritica e, soprattutto, «senza una valutazione comparativa della sua preferibilità rispetto al modello dell'orientamento al costo»<sup>107</sup>.

Il controllo giurisdizionale svolto ha l'obiettivo, in questo caso, di verificare la compatibilità del modello economico con le finalità che la scelta regolatoria mira a perseguire<sup>108</sup>, mescolando l'applicazione di regole tecniche con le scelte discrezionali<sup>109</sup>.

Da ultimo, parte della giurisprudenza amministrativa in materia di atti di regolazione, nel sottolineare la particolare incisività del sindacato sulle valutazioni tecniche, chiarisce che la necessità di un controllo intrinseco funge da garanzia non solo per il privato, ma anche per la stessa Autorità, «onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile comprensione»<sup>110</sup>.

#### 4.3. *Il sindacato di full jurisdiction sulle sanzioni amministrative*

Per completare il quadro giurisprudenziale di riferimento, occorre esaminare la giurisprudenza in tema di sanzioni *Antitrust*, che ha assunto un ruolo determinante nell'aprire ulteriormente le maglie del controllo giurisdizionale<sup>111</sup>.

Al riguardo, va preliminarmente osservato come le controversie in materia di sanzioni pecuniarie comminate dalle Autorità indipendenti e, in particolare, dell'AGCM, per pratiche anticoncorrenziali (quali intese restrittive della concorrenza o abuso di posizione

---

<sup>106</sup> Cons. St., sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856, punto 4.11.

<sup>107</sup> *Ivi*, punto 4.11. (corsivo aggiunto).

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 162.

<sup>110</sup> Cons. St., Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 162 e 165, punto 10; conf. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 18 aprile 2019, n. 884.

<sup>111</sup> Tra tutte, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1013/2014.

dominante), rientrano nell'ambito della giurisdizione amministrativa estesa al merito, ex art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a.<sup>112</sup>.

La giurisprudenza tende ad ammettere, tuttavia, un sindacato sostitutivo solo rispetto al *quantum* della sanzione, escludendone l'*an* e, quindi, limitando il potere giudiziale alla rimodulazione dell'importo della sanzione, non ammettendo un controllo sostitutivo sul provvedimento sanzionatorio<sup>113</sup>.

Rispetto alle sanzioni pecuniarie, va messo in evidenza come il diritto CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, ne abbia sancito il carattere *penale*, da cui deriva l'applicazione delle garanzie del giusto processo. Particolare rilievo assume, a questi fini, l'interpretazione dell'art. 6 CEDU data dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha consentito di introdurre il canone di *full jurisdiction*<sup>114</sup> all'interno del nostro ordinamento,

---

<sup>112</sup> Restano esclusi i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della CONSOB, ai sensi di quanto disposto dalla Corte Costituzionale, cfr. Corte Cost. 27 giugno 2012, n. 162; Corte Cost., 15 aprile 2014, n. 94.

<sup>113</sup> Come osserva F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 142, richiamando, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104, punto 4.5.

<sup>114</sup> I contributi in materia di *full jurisdiction* e di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni *Antitrust* sono numerosissimi. Senza pretesa di completezza, si veda M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012, p. 1602 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, p. 546 ss.; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 133 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, III ed., 2018, p. 117 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. Amm.*, 1, 2018, p. 1 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 25 ss.; L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2019, p. 731 ss.; M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020, p. 23 ss.; M. ALLENA, F. GOISIS, "Full Jurisdiction" under Article 6 ECHR: *Hans Kelsen v the Principle of Separation of Powers*, in *European Public Law*, 26, 2020, p. 287 ss.; C. FELIZIANI, *Art. 6 CEDU, full jurisdiction e giustizia amministrativa*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020, p. 45 ss.; L. LAMBERTI, *Effettività della tutela e sindacato giurisdizionale sugli atti sanzionatori delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 2889 ss.; P. CHIRULLI, *Provvedimenti sanzionatori antitrust e sindacato giurisdizionale: è davvero tempo di una svolta?*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 781 ss.; F. GOISIS, "A de novo review of all factual and legal issues" v. un esame "point by point [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities". *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2021, p. 3 ss.; F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021, 29 ss.; M. CAPPALÀ, *Chi è il guardiano della full jurisdiction? Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti antitrust, tra ricorso per cassazione e ricorso per revocazione. A proposito di alcune recenti pronunce*, in *Il Processo*, 1, 2022, p. 127 ss.; F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 231 ss.

applicandolo alle controversie in materia di sanzioni comminate dalle Autorità indipendenti<sup>115</sup>.

Questo risultato è stato, peraltro, possibile grazie all'intervento della Corte Costituzionale, che ha stabilito che la violazione da parte della legge di una norma CEDU integra una violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., e ha riconosciuto alle norme della Convenzione, come interpretate dalla Corte EDU, il valore di norme costituzionali «interposte»<sup>116</sup>.

Ebbene, l'art. 6 CEDU disciplina il diritto al giusto processo, e prevede che «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, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi *diritti e doveri di carattere civile* o sulla fondatezza di ogni *accusa penale* formulata nei suoi confronti».

Sebbene dalla formulazione testuale della norma appaiano esclusi i rapporti di diritto amministrativo, da tempo la Corte EDU applica l'art. 6 CEDU anche ai rapporti di diritto amministrativo e, in particolare, ai provvedimenti sanzionatori<sup>117</sup>.

Difatti – a partire dal *leading case Engel e altri c. Paesi Bassi*, dell'8 giugno 1976 – la Corte EDU ha elaborato i c.d. *Engel criteria*, alternativi e non cumulativi, che consentono di ricomprendere le sanzioni amministrative nella nozione CEDU di *accusa penale*, tra cui figurano: la qualificazione giuridica della legislazione nazionale; la natura sostanziale della sanzione; la severità della sanzione<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Sul tema, si veda A. CARBONE, *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2012, p. 569 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

<sup>116</sup> Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

<sup>117</sup> Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; Corte EDU, 10 febbraio 1983, caso n. 7299/75, *Albert and Le Compte v. Belgium*; Corte EDU, Plenaria, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*.

Cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2012, p. 582 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. Amm.*, 1, 2018, p. 1 ss.; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 135; A. CARBONE, *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020, p. 4.

<sup>118</sup> Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, punti 81 e 82.

Sul punto, v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, p. 507 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. Amm.*, 1, 2018, p. 1 ss.

Successivamente, con la sentenza *Menarini*, la giurisprudenza CEDU ha ritenuto che anche le sanzioni *Antitrust* fossero riconducibili alla materia penale considerando, pertanto, applicabile l'art. 6 CEDU<sup>119</sup>.

Ebbene, la *full jurisdiction*, o piena giurisdizione, è stata definita dalla dottrina come lo «strumento principe» per l'attuazione del principio del giusto processo ex art. 6 CEDU<sup>120</sup>.

La *ratio* che legittima il canone di *full jurisdiction* è compensatoria<sup>121</sup>: se le garanzie del giusto processo non sono rispettate in fase procedimentale, è possibile recuperarle nella fase processuale. Pertanto, il giusto processo ha ad oggetto non solo il processo, ma anche il procedimento<sup>122</sup>, realizzando – come sottolineato dal Consiglio di Stato – «un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale», sicché «quando le garanzie del giusto processo non siano assicurate in sede procedimentale, esse devono essere necessariamente soddisfatte in sede processuale ove il giudice [...] deve agire come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi in gioco»<sup>123</sup>.

Tale modello di sindacato giurisdizionale consente, dunque, di formulare un giudizio «*point by point*», «*both for questions of fact and for questions of law*»<sup>124</sup>, esteso al merito della decisione<sup>125</sup>.

Sul punto, una parte della dottrina ritiene che il pieno, diretto e sostitutivo accesso ai fatti in sede processuale debba essere assicurato anche in caso di valutazioni tecniche riconducibili alla c.d. discrezionalità tecnica<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> Corte EDU, sez. II, 7 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*.

Cfr. F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 95 ss.

<sup>120</sup> F. GOISIS, “*A de novo review of all factual and legal issues*” v. un esame “*point by point* [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities”. *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2021, p. 4.

<sup>121</sup> F. GOISIS, *op. cit.*, p. 5 ss.; G. MARTINI, *Il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio: dal deficit di garanzie al giudice deus ex machina*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 3466; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 136 ss.

<sup>122</sup> F. GOISIS, *op. cit.*, p. 5 ss.

<sup>123</sup> Cfr., in materia di sanzioni Consob, Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, punto 18.

<sup>124</sup> Corte EDU, 10 febbraio 1983, caso n. 7299/75, *Albert and Le Compte v. Belgium*, par. 29; Corte EDU, 4 marzo 2014, ricorso 18640/10, *Grande Stevens and other v. Italy*, par. 139; Corte EDU, sez. V, 16 dicembre 2008, caso n. 23510/02, *Vitrenko e altri c. Ucraina*.

<sup>125</sup> Corte EDU, 8 luglio 1987, caso 9749/82, *W v. the United Kingdom*, par. 82.

<sup>126</sup> M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2012, p. 629-630.

Ciò implica, quindi, la possibilità di riesaminare i presupposti tecnico-discrezionali che integrano i concetti giuridici indeterminati, sostituendosi all’Autorità amministrativa ed esercitando, così, un sindacato diretto, intrinseco e forte<sup>127</sup>.

Non solo. La stessa teoria evidenzia, infatti, che la *full jurisdiction* deve consentire di sostituirsi integralmente all’amministrazione anche in presenza di valutazioni tecniche complesse, fino ad arrivare a sindacare la discrezionalità amministrativa: l’unico limite sarebbe rappresentato dalle scelte meramente politiche, che integrano scelte di *policy*, (o pianificatorie-politiche), «quelle cioè più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse»<sup>128</sup>.

Va, tuttavia, precisato che, secondo questa prospettiva, la *full jurisdiction* consentirebbe il riesercizio del potere di scelta dell’Amministrazione: nei limiti della domanda di parte, il giudice potrebbe realizzare una «sostituzione piena, estesa ai *profili di opportunità* e capace di fornire la regola sostanziale della relazione tra cittadino e Amministrazione», «ossia quella possibile, nel nostro ordinamento, esclusivamente in sede di giurisdizione di merito»<sup>129</sup>.

Questa impostazione non è meritevole di accoglimento, poiché non pienamente rispettosa del principio di separazione dei poteri, ritenendosi invece condivisibile la tesi che afferma criticamente l’impossibilità di ricavare le predette considerazioni dalla giurisprudenza CEDU, con ciò non escludendo che il controllo di *full jurisdiction* non abbia un impatto nel nostro ordinamento<sup>130</sup>.

Al riguardo, si ritiene più corretto che tale canone implichi l’esercizio di una *piena* giurisdizione di legittimità: in questo senso, l’art. 6 CEDU obbligherebbe il giudice a sindacare ogni profilo della decisione amministrativa attraverso un sindacato di tipo

---

<sup>127</sup> In questi termini, v. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, p. 564 ss.

<sup>128</sup> Così si esprime F. GOISIS, *op. cit.*, p. 572-573.

In altre parole, queste ultime sarebbero limitate a quelle scelte di merito «che in quanto democraticamente rilevanti (perché riguardanti questioni di governo della comunità quali, per es., le scelte di indirizzo, ovvero quelle pianificatorie o di regolazione in senso ampio) chiamino in causa il principio di sovranità popolare», cfr. M. ALLENA, *L’art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 30; v. anche M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 66 ss.

<sup>129</sup> F. GOISIS, *op. cit.*, p. 581 (corsivo aggiunto).

<sup>130</sup> Si fa riferimento all’impostazione di Follieri, che mette in evidenza che; a) le affermazioni della giurisprudenza della Corte EDU in materia possono intendere sia un sindacato sostitutivo, sia un sindacato meramente confutatorio con pieno accesso ai fatti; b) la eterogeneità dei sistemi di giustizia amministrativa a cui fanno riferimento le sentenze della Corte; c) l’approccio casistico della Corte, e la necessità di ridimensionare il contenuto delle pronunce in relazione all’ordinamento a cui si riferiscono.

Sul punto, cfr. F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 147.

confutatorio, criticando la decisione dell'amministrazione secondo le confutazioni avanzate dal ricorrente<sup>131</sup>.

Secondo questa impostazione, l'art. 6 CEDU e l'art. 113, co. 2, Cost. comportano l'obbligo in capo ai giudici amministrativi di superare il proprio *self-restraint* e, attraverso un controllo di *full jurisdiction*, rende possibile l'esercizio di una piena giurisdizione di legittimità<sup>132</sup>.

Da ultimo, il tema appena analizzato della *full jurisdiction* sconta la critica di essere applicabile a un ristretto campo di controversie, ovvero quello delle sanzioni amministrative: infatti, è proprio il carattere afflittivo di tali provvedimenti, da cui deriva la sostanziale natura penale, che determina l'applicabilità del principio del giusto processo ex art. 6 CEDU, rendendone complicata l'estensione alla generalità delle controversie.

Tuttavia, ciò non ha impedito alla dottrina più recente, che aderisce alla qualificazione della *full jurisdiction* come giurisdizione piena di legittimità, di ammettere l'applicazione di tale canone anche a settori diversi, tra cui rileva, ad esempio, la decisione algoritmica.

Al riguardo, infatti, si riafferma la distinzione tra momento tecnico e momento discrezionale anche in una decisione, come quella informatizzata, in cui l'esercizio della discrezionalità amministrativa tende a precedere l'attività tecnica di applicazione ed esecuzione dell'algoritmo stesso.

La separazione concettuale che connota, ancora una volta, la discrezionalità amministrativa e la c.d. discrezionalità tecnica, implica che «il giudice sarà tenuto a sindacare separatamente ciascuna di esse, entro i limiti concessi dall'ordinamento affinché il suo operare non sconfini nella sfera di valutazione esclusivamente affidata alla pubblica amministrazione medesima»<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> «Che l'art. 6 CEDU legittimi la giurisdizione di legittimità non significa tuttavia che quella norma legittimi anche come questa viene concretamente esercitata dal giudice amministrativo. Pur esercitando un sindacato confutatorio, il giudice deve infatti conoscere del provvedimento *«point by point»*, *«both for questions of fact and for questions of law»* e decidere *«the central issue in the dispute»*. Ciò implica che il giudice amministrativo debba sindacare in maniera confutatoria ogni profilo della decisione amministrativa, ossia debba ammettere qualunque motivo di ricorso, purché introduca un'asserzione potenzialmente confutatoria, e verificare la verità o la correttezza dell'asserzione potenzialmente confutatoria, anche quando il ricorrente censuri l'attendibilità di un giudizio "tecnico" o lo "squilibrio" nel bilanciamento degli interessi», cfr. *Ivi*, spec. p. 142 e 157.

<sup>132</sup> In questi termini, *Ivi*, p. 161.

<sup>133</sup> G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17, 2024, p. 15.

## 5. *Gli argomenti a sostegno dell'ampliamento del sindacato sulle valutazioni tecniche*

### 5.1. *Presupposti teorici della piena sindacabilità delle valutazioni tecniche*

Sospendendo per un momento l'esame della elaborazione giurisprudenziale del sindacato sulle valutazioni tecniche, verranno, a questo punto, messi in ordine alcuni ulteriori elementi a sostegno dell'incremento dell'incisività del controllo su siffatte valutazioni, che si vanno ad aggiungere al controllo di *full jurisdiction* già analizzato.

Si muoverà, dunque, dai presupposti teorici elaborati dalla dottrina, passando per i problemi legati alla sostituzione giudiziale, concludendo con alcuni riferimenti all'eccesso di potere giurisdizionale.

Quella che, ad avviso di chi scrive, è la migliore dottrina, afferma risolutivamente che «la pretesa insindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione, alla quale, nonostante formali prese di posizione in senso contrario, la giurisprudenza è tuttora in larghissima prevalenza legata, non ha alcuna giustificazione né teorica né di diritto positivo»<sup>134</sup>.

Come osservato, invece, la giurisprudenza amministrativa largamente maggioritaria si rifiuta di sindacare la discrezionalità tecnica, oppure afferma di esercitare un sindacato pieno, ma lo realizza solo a livello formale<sup>135</sup>; specularmente, anche quando il controllo giudiziale svolto è particolarmente incisivo, per non incorrere in critiche rispetto a un possibile sconfinamento nel merito, si tenta di mascherarlo con formule che non lasciano emergere la profondità del sindacato effettivamente esercitato<sup>136</sup>.

Circa il sindacato giudiziale sulle valutazioni tecniche, la dottrina rileva, dal canto suo, che l'attività di qualificazione e di interpretazione dei fatti dovrebbe essere tendenzialmente ripetibile dal giudice, qualora non sconfini in valutazioni discrezionali, proprio perché il nucleo dei poteri riservati dell'amministrazione non viene toccato<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> F. G. SCOCA, *Sull'effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, F. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 3368 ss.

<sup>135</sup> *Ivi*, p. 3370-3371.

<sup>136</sup> C. E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 244.

<sup>137</sup> Per l'impostazione in commento si veda N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 2, 1996, p. 413 ss.; F. G. SCOCA, *Sul trattamento*

In questo senso, il giudice può sempre valutare i fatti, la cui qualificazione (o valutazione) non è espressione dell'esercizio di potere amministrativo, ma si traduce in una funzione conoscitiva, di giudizio<sup>138</sup>.

Al riguardo, si precisa definitivamente che «le valutazioni tecniche non sono in genere che fatti (più o meno complessi) di causa»<sup>139</sup>; pertanto, a fronte delle premesse viste, anch'esse dovrebbero rimanere soggette alla piena cognizione del giudice amministrativo<sup>140</sup>.

In presenza di una valutazione opinabile non si configura, quindi, esercizio di volontà tipico della discrezionalità, ma la funzione esercitata resta conoscitiva e interpretativa del diritto, che compete, in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo<sup>141</sup>.

Dunque, nell'ipotesi in cui l'attività è priva della ponderazione degli interessi tipica della discrezionalità, ma consiste in una mera valutazione tecnica, in cui rilevano solo profili di fatto, si osserva che «il cittadino ha il sacrosanto diritto che l'incertezza sia risolta dal giudice anziché dall'amministrazione»<sup>142</sup>.

Il *self restraint* del giudice amministrativo esprime una tesi che, secondo questa impostazione, non ha fondamento giuridico: da un lato, non sussiste nessuna disposizione di legge che impedisce al giudice di sindacare le valutazioni tecniche della p.a., disposizione

---

*giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 112; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2000, p. 422-423; S. COGNETTI, *Legge, amministrazione, giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 125 ss.; N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. Amm.*, 2, 2024, p. 541.

<sup>138</sup> N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. Amm.*, 2, 2024, p. 541; C. E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 251.

<sup>139</sup> F. G. COCA, *Sull'effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. COCA, A. RUGGERI, F. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 3375.

<sup>140</sup> Scoca evidenzia che la posizione della giurisprudenza amministrativa rispetto al sindacato sulle valutazioni tecniche complesse si attesta in un semplice rifiuto, con conseguenze non accettabili: «il giudice amministrativo è convinto che, mentre l'accertamento della esistenza dei fatti (c.d. semplici) rientra nei suoi poteri, la loro (dei fatti c.d. complessi) valutazione ne resti fuori, salva la rilevabilità di macroscopici errori identificabili *ictu oculi*. Questa consolidata posizione della giurisprudenza amministrativa equivale ad affermare che: - un dipendente pubblico ha diritto all'indennizzo, non se la sua infermità dipende da causa di servizio, ma se la causa di servizio è riconosciuta dall'amministrazione [...]», cfr. *Ivi*, p. 3371-3372.

<sup>141</sup> Ancora, v. N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. Amm.*, 2, 2024, p. 541.

<sup>142</sup> F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, p. 749 ss.

che, se esistesse, sarebbe incostituzionale; dall'altro lato, invece, esistono norme costituzionali e legislative che lo impongono<sup>143</sup>.

Il riferimento è agli art. 24 e 113 Cost., oltre che all'art. 1 del Codice del processo amministrativo, disposizioni che prevedono le garanzie del giusto processo e implicano la realizzazione di una piena ed effettiva tutela giurisdizionale.

Va, infine, osservato come, dalle premesse teoriche viste, derivi la scorrettezza del sindacato svolto attraverso l'eccesso di potere, vizio tipico del potere discrezionale: nell'applicare un controllo intrinseco che verifica l'attendibilità della valutazione tecnica, sarebbe, invece, doveroso annullare *per violazione di legge* il provvedimento viziato, proprio in quanto si va a censurare la valutazione di un presupposto legale, generando, come sottolineato da tempo dalla dottrina, una deviazione dal modello normativo<sup>144</sup>.

## 5.2. *La sostituzione giudiziale: un falso problema? I limiti di una sostituzione ammissibile*

Prima di esaminare come si orienta il sindacato giudiziale e in che termini la giurisprudenza amministrativa esercita il potere di controllo che le viene affidato per legge, si ritiene

---

<sup>143</sup> Al riguardo, si richiama nuovamente l'impostazione di Scoca, che afferma altresì come il principio di separazione dei poteri non si opponga alla piena sindacabilità delle valutazioni tecniche, poiché tale principio, nella sua accezione moderna, sta a significare separazione delle funzioni, in cui all'amministrazione spetta amministrare, e al giudice giudicare, ad entrambi senza limitazioni che derivino dalle competenze dell'altro potere, cfr. F. G. SCOCA, *Sull'effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, F. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 3372.

Anche Saitta lo esclude, rilevando che «l'indeterminatezza del precetto normativo non attrae nella fattispecie un momento di discrezionalità amministrativa insindacabile, ma richiede al giudice quella ricerca dei valori che attiene all'interpretazione della norma, quella scelta, opinabile nei risultati, che il legislatore gli ha affidato e che lui non può lasciare ad altri. Il principio di separazione dei poteri e la c.d. riserva di amministrazione non dovrebbero, pertanto, ostare alla sostituzione del giudice all'amministrazione ogniqualvolta si tratti di interpretare la norma, ancorché definita attraverso clausole generali che richiamano nella fattispecie concetti giuridici indeterminati suscettibili di diventare intellegibili solo mediante la scelta di una tra le numerose soluzioni, tutte scientificamente valide, ritenute possibili dalla tecnica in una determinata ipotesi», cfr. F. SAITTA, *op. cit.*, p. 749 ss.

<sup>144</sup> G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. 3, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, p. 1590: «L'errore commesso dall'amministrazione nella valutazione tecnica di un presupposto legalmente necessario dell'atto dovrebbe, dunque, essere ricondotto al vizio di violazione di legge. Invero, tutte le volte in cui la norma giuridica recepisce norme tecniche o ad esse rinvii, l'inosservanza dei criteri tecnici assunti nella norma o da essa richiamati si risolve in una deviazione dal modello normativo».

necessario cambiare prospettiva, e partire dal risultato potenzialmente foriero di criticità, ovvero dalla sostituzione giudiziale, per stabilire se e in che misura essa si configuri come un risultato potenzialmente accettabile.

Preliminarmente, al fine di sgombrare il campo da dubbi, vanno forniti alcuni parametri definitivi.

È stato evidenziato, da parte della dottrina, come la sostituzione giudiziale presenti una duplice accezione<sup>145</sup>.

Da un lato, la sostituzione può significare la ripetizione dei giudizi svolti dalla amministrazione nella decisione amministrativa, ovvero in relazione alla valutazione dei presupposti, alla scelta degli effetti e al bilanciamento degli interessi che vengono perseguiti dal provvedimento (identificati, rispettivamente, come momento conoscitivo, dispositivo e teleologico).

Dall'altro lato, la sostituzione può riferirsi alla produzione degli effetti giuridici riservati alla p.a., ovvero all'esercizio dei poteri che vengono affidati all'amministrazione una volta che il giudice ritiene fondato il ricorso, quindi l'annullamento, la riforma o la modifica del provvedimento.

Se, dunque, nella prima accezione la sostituzione attiene alla fase di cognizione, nella seconda afferisce a un momento successivo al giudizio sulla fondatezza della domanda, quindi seguente alla decisione sull'accoglimento del ricorso.

Fatta questa premessa, si ritiene opportuno distinguere tra sostituzione giudiziale *ammissibile*, da un lato, e *inammissibile*, dall'altro.

Nel primo senso, la ripetizione della valutazione amministrativa si ritiene consentita se non sconfina nel nucleo intimo della discrezionalità che attiene all'opportunità della valutazione non sindacabile e, quindi, non ripetibile dal giudice; diversamente, si vedrebbe invasa la sfera di competenze riservate della p.a., con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri, configurando una *inammissibile* sostituzione giudiziale.

Analizzando il dato normativo è possibile determinare – entro certi limiti – quando si configura un sindacato sostitutivo *ammissibile* all'interno del nostro ordinamento: ad esso si farà riferimento, nei termini che si andranno precisando.

---

<sup>145</sup> Per la ricostruzione che segue, v. F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 138 ss.; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, CEDAM, 2017, p. 417 e ss., spec. p. 540 ss.

Ebbene, da un lato, l'art. 7, comma 6, c.p.a. prevede che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della giurisdizione di merito di cui all'art. 134 c.p.a.<sup>146</sup>

Da una prima interpretazione *a contrario* della norma<sup>147</sup>, si potrebbe desumere che, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, non sarebbe in alcuna misura possibile la sostituzione.

Tuttavia, l'attività sostitutiva viene prevista con l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, disciplinata dal Codice del processo amministrativo agli art. 31, comma 3 e 34, comma 1, lett. c).

In particolare, l'art. 31, comma 3 c.p.a. prevede che: «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»<sup>148</sup>.

Innanzitutto, la possibilità di sostituirsi deriva dal fatto che non sia presente o sia esaurito il potere discrezionale, quindi dal carattere vincolato, in astratto o in concreto, del provvedimento<sup>149</sup>: in tal senso, non si deve realizzare alcun bilanciamento degli interessi in gioco, che integrerebbe l'esercizio di discrezionalità pura.

---

<sup>146</sup> L'art. 7, comma 6 del c.p.a. così recita: «Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione».

Per un commento alla norma, v. G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, *Commentario breve al Codice del Processo Amministrativo*, Art. 7, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 46 ss.; R. CHIEPPA, *Codice del Processo Amministrativo*, Art. 7, Milano, Giuffrè, 2022, p. 54 ss.

<sup>147</sup> Ancora, si veda F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 144 ss.

<sup>148</sup> Per un commento alla norma, v. G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, *Commentario breve al Codice del Processo Amministrativo*, Art. 31, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 335 ss.; R. CHIEPPA, *Codice del Processo Amministrativo*, Art. 31, Milano, Giuffrè, 2022, p. 257 ss.

<sup>149</sup> Non è possibile in questa sede soffermarsi sull'esaurimento del potere discrezionale, perché verrebbe ampliato eccessivamente il tema di indagine.

Giova solamente evidenziare come tradizionalmente il potere amministrativo veniva considerato inesauribile dalla dottrina, mentre recentemente il tema è stato oggetto di rivisitazione, condizionata soprattutto dagli sviluppi della giurisprudenza sul punto.

Si rimanda, con riferimento agli studi più recenti, a A. ZITO, *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 65 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Sull'esaurimento della discrezionalità tecnica, si veda la sentenza Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321, con nota di F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 4, 2019, p. 499 ss.

Accertare la fondatezza della pretesa consiste nell'accertare la spettanza del bene della vita, attività che va ricondotta a un sindacato sostitutivo *ammissibile*, che implica la valutazione giuridica dei presupposti per l'emissione del provvedimento amministrativo.

Si osserva, quindi, che se si ammette la sostituzione giudiziale nell'ambito dell'azione di condanna (dato il potere di accertamento della fondatezza della pretesa), allora non vi sono ragioni per escludere la possibilità di sostituirsi in caso di mera domanda di annullamento formulata dal ricorrente, come sottolineato dalla dottrina più attenta.<sup>150</sup>

Inoltre, secondo parte della giurisprudenza, il legislatore avrebbe, con questa norma, avvalorato la distinzione tra discrezionalità in astratto e discrezionalità in concreto, ammettendo che possa verificarsi la riduzione o, addirittura, l'annullamento del potere discrezionale dopo l'acquisizione degli elementi istruttori; in altri termini, sarebbe possibile che dopo l'attività istruttoria «la scelta, originariamente discrezionale, diventi vincolata perché una sola è la decisione possibile tra tutte quelle originariamente consentite dalla legge»<sup>151</sup>.

Giova, a questo punto, soffermarsi sul potere di sostituzione giudiziale richiamato dalla giurisdizione di merito, da cui deriva una importante conferma di quanto appena affermato. Come già evidenziato, il giudizio sostitutivo rispetto alla giurisdizione di legittimità è ammissibile sia per azioni di condanna, sia per azioni di annullamento, sempre per controversie in cui venga in rilievo potere vincolato o in cui la discrezionalità si è esaurita. Tali limiti non sussistono nella giurisdizione di merito che, per dettato legislativo, si caratterizza per un sindacato sostitutivo ai sensi dell'art. 7, comma 6 c.p.a.

La sostituzione giudiziale, in questo caso, è presente in due accezioni: la ripetizione del giudizio della p.a. nella fase di cognizione che precede l'accoglimento del ricorso, e la sostituzione dell'amministrazione rispetto agli effetti della sentenza.

---

<sup>150</sup> «Il divieto di sostituzione trova dunque un'eccezione: per i provvedimenti vincolati in astratto o vincolati in concreto e rispetto ai quali non sia previsto l'esperimento di mezzi istruttori riservati alla p.a., la giurisdizione di legittimità include il potere di sostituirsi all'amministrazione – sia per la pronuncia di condanna, sia per la pronuncia di annullamento», cfr. F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 145; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 544 e ss.

Richiama tali studi anche G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17, 2024, p. 17: «stando al diritto positivo vigente, un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo è ammissibile solo in caso di giurisdizione nel merito (tassativa) ed in caso di attività vincolata o per la quale, comunque, sia esaurita ogni attività istruttoria della pubblica amministrazione».

<sup>151</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 12 dicembre 2013, n. 929, punto 5.1.

Difatti, l'art. 34, comma 1, lett. d) c.p.a. prevede che il giudice, in caso di accoglimento del ricorso per controversie in cui la giurisdizione è estesa al merito, nei limiti della domanda «adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato».

Secondo una parte della dottrina, la giurisdizione di merito consisterebbe nella facoltà di sostituirsi, oltre che per i profili di legittimità, anche per i profili di opportunità e convenienza della decisione amministrativa, riesercitando potestà discrezionali<sup>152</sup>.

Viene, al riguardo, osservato come l'oggetto del giudizio non sarebbe l'atto amministrativo e la relativa validità, ma la stessa attività discrezionale: rispetto a tale giudizio, totalmente soggettivo, «non pare possibile negare che la nuova scelta operata dal giudice, attraverso la riforma o la sostituzione dell'atto, costituisca sostanzialmente esercizio di nuova attività amministrativa»<sup>153</sup>.

Si condivide, invece, la posizione di una diversa dottrina, che da tempo sostiene con argomenti efficaci come la giurisdizione di merito non consista in un sindacato di opportunità, ma ammetta sostanzialmente un controllo giurisdizionale di legittimità che garantisce un pieno accesso al fatto<sup>154</sup>.

Secondo questa impostazione, il giudizio di merito sarebbe riconducibile al giudizio di legittimità, non essendoci fra i due una reale differenza, risultando pienamente sovrapponibili; a tale proposito, l'unico elemento che permane e contraddistingue la giurisdizione di legittimità da quella di merito viene identificato nella sostituzione dell'attività provvedimentale con la sentenza<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> In questo senso, v. A. M. SANDULLI, *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963, p. 106: «la potestà del Consiglio di Stato di «decidere pronunciando anche in merito» [...] importa dunque una facoltà di ricorso estesa, oltre che ai profili di legittimità, anche ai profili extragiuridici dell'azione amministrativa, cioè al merito di essa, vale a dire ai giudizi tecnici, alle valutazioni di equità e di opportunità amministrativa, all'apprezzamento dei fatti suscettibili di varia valutazione tenuti presenti dall'Amministrazione nel provvedere»; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 216 ss.; G. B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1991, p. 369 ss.; la ammette parzialmente, soltanto rispetto ad alcune materie, V. OTTAVIANO, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 318 ss.

In giurisprudenza, cfr. ad esempio Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2017, n. 3559.

<sup>153</sup> G. B. GARRONE, *op. cit.*, p. 374-375.

<sup>154</sup> E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova Rass.*, 14, 1981, p. 1445 ss.; G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, 1981, p. 1604 ss.; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013.

Si vedano, altresì, le considerazioni di F. LIGUORI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità o giudizio di legittimità come giudizio di merito?*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 1059 ss. e spec. p. 1062, in cui l'A. si osserva, peraltro, come parte della dottrina, aderendo a una diversa impostazione, ritiene che vi sia piuttosto uno sconfinamento della giurisdizione di legittimità nella giurisdizione di merito.

<sup>155</sup> Così, F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 1, 2019, p. 18; nello stesso senso, v. F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2, 2008,

La progressiva sovrapposizione delle due tipologie di giurisdizione ha, inoltre, una rilevante conseguenza: il superamento di una visione caratterizzata da compartimenti stagni in cui sono presenti, da un lato, le controversie relative alla giurisdizione di merito e, dall'altro, le controversie relative alla giurisdizione di legittimità.

Infatti, è possibile eliminare uno degli ostacoli all'estensione dell'ambito di applicazione del sindacato pieno – nel senso già precisato – introdotto con riferimento ai provvedimenti sanzionatori della Autorità indipendenti ricompresi nella giurisdizione estesa al merito, ammettendolo anche per le controversie che ineriscono alla giurisdizione di legittimità.

Peraltro, la già menzionata limitazione del sindacato giurisdizionale ai profili del *quantum* delle sanzioni pecuniarie, con esclusione dell'*an*, non appare comunque giustificata, sia che si ritengano o meno presenti valutazioni di opportunità nell'ambito della giurisdizione di merito, dato che quest'ultima è caratterizzata da un accesso illimitato al fatto, e da pieni poteri sostitutivi.

Nell'analizzare i casi di giurisdizione estesa al merito di cui all'art. 134 c.p.a. alcuni osservano, poi, come nessuna delle categorie di controversie individuate dal legislatore lasci effettivamente spazio a valutazioni di opportunità<sup>156</sup>.

Al riguardo, sia le contestazioni dei confini degli enti locali, sia le controversie elettorali implicano un mero accertamento dei fatti di causa, senza che vengano in rilievo profili di valutazione del merito: nell'ambito delle prime, la domanda è funzionale all'accertamento dei rispettivi confini, mentre nell'ambito delle seconde il giudice deve verificare il corretto svolgimento delle operazioni elettorali.

Allo stesso modo, le controversie sulle sanzioni pecuniarie comportano mera attività di applicazione delle disposizioni di legge, e obbligano l'amministrazione a irrogare la sanzione, senza alcuna subordinazione a valutazioni di merito amministrativo.

---

p. 279; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, p. 749 ss.

<sup>156</sup> Si fa riferimento alla nozione di merito amministrativo per come è stata precisata precedentemente, cfr. Cap. I., par. 8.2.

Particolarmente interessanti sono gli studi di Filippo D'Angelo, a cui ci si riferisce per le considerazioni che seguono, cfr. F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 193 ss.; F. D'ANGELO, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e la loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 151 ss.; F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021, p. 58 ss.

Interessanti riflessioni attengono, ancora, alle controversie riguardanti il nulla osta cinematografico, che può essere negato se alcune sequenze dei film violano la clausola generale del «buon costume».

Si osserva, in merito, che dalla presenza di concetti indeterminati non deriva il potere del giudice di pronunciarsi in ordine all'opportunità della decisione, proprio perché la relativa attività di interpretazione e applicazione degli stessi andrebbe tenuta nettamente separata dalle valutazioni dell'interesse pubblico.

I concetti giuridici indeterminati imporrebbero quindi una approfondita valutazione dei fatti attraverso una operazione intellettuale che esclude qualsiasi valutazione di opportunità<sup>157</sup>.

Infine, il giudizio di ottemperanza, che prevede l'interpretazione della sentenza rimasta ineseguita, l'accertamento del comportamento della p.a. e la valutazione della conformità di quest'ultimo con il comportamento che l'amministrazione sarebbe stata tenuta a adottare<sup>158</sup>: il giudizio ha, quindi, ad oggetto l'effettività della tutela giurisdizionale, e non il merito amministrativo, non potendo essere decisa la controversia in base a una valutazione di opportunità<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Su questo punto si ritornerà in prospettiva comparata nel Cap. III.

Ad ogni modo, in questo senso si veda G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, CEDAM, 1989, p. 318 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, p. 318.

In senso contrario, si osserva che esistono casi in cui effettivamente il giudice esercita, in tali materie, un sindacato esteso al merito amministrativo in cui si ripetono valutazioni di opportunità.

Con sentenza n.139/1996, il Consiglio di Stato si pronuncia sul divieto di visione per i minori di diciotto anni del film "Pulp Fiction", dando una personale lettura della pellicola. Riformando la sentenza impugnata, il Consiglio di Stato esprime giudizi morali sul film, osservando che quest'ultimo, «pur nella crudezza delle immagini e del linguaggio, non costituisce, in massima parte, un attentato alla tutela morale del minore e un motivo di superamento della sensibilità evolutiva», cfr. punto 4.

Inoltre, il Collegio decide espressamente di eliminare una particolare sequenza del film, ritenendo che essa «potrebbe essere interpretata dal pubblico dei minori in modo inappropriato», cfr. *Ibid.*

<sup>158</sup> L'Autore, sul punto, richiama Cass., sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5058, punto 2.2.

<sup>159</sup> In senso conforme si veda, altresì, L. GALLI, *I poteri del giudice dell'ottemperanza tra esecuzione delle sentenze amministrative ed effettività della tutela. spunti dalla recente giurisprudenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2024, p. 384-385: «pure in sede di ottemperanza, il giudice (e, parimenti, il commissario *ad acta*) rimane organo giurisdizionale, chiamato a comportarsi come tale, dunque come soggetto terzo e imparziale, non investito del perseguimento di uno particolare scopo, come invece accade per l'amministrazione il cui intervento, nel caso specifico e a tutela di uno specifico interesse della collettività, è per l'appunto richiesto dal legislatore. Questa diversità d'azione, non finalizzata alla cura degli interessi della collettività, traspare proprio dall'attività che è richiesta al giudice in sede di ottemperanza, come espressione della sua giurisdizione estesa al merito, laddove si integrino i surrichiamati presupposti per la sostituzione al (mancato o scorretto) esercizio del pubblico potere. Al giudice, infatti, non è affidata una valutazione di opportunità, ossia di bilanciamento di interessi pubblico-privati analoga a quella cui è chiamata l'amministrazione, quanto piuttosto l'individuazione del modo migliore per eseguire il giudicato, in termini di soddisfazione dell'amministrato conciliata - se e per quanto possibile - con gli interessi fatti in valere in giudizio dall'amministrazione».

In senso contrario si veda, invece, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 168 ss., ove l'A., osserva che la natura "mista" del giudizio di ottemperanza consiste nella «compresenza di componenti esecutive affiancate a momenti di cognizione, le quali si fondono in un *unicum* peculiare e di difficile demarcazione dogmatica».

Sul punto sussistono, tuttavia, alcune incertezze, posto che, secondo voci autorevoli, la categoria dell'ottemperanza rimarrebbe l'unica nella quale si potrebbe ipotizzare una sostituzione giudiziale rispetto alle valutazioni discrezionali<sup>160</sup>. Ad ogni modo, viene osservato come l'art. 7, comma 6 c.p.a., prima parte, che prevede l'estensione della cognizione alle scelte discrezionali, sarebbe una norma inutile, proprio perché le ulteriori ipotesi di giurisdizione di merito non presenterebbero profili discrezionali<sup>161</sup>.

Secondo questa lettura resterebbe, invece, valida la seconda parte del comma 6 dell'art. 7 c.p.a., che prevede il potere di sostituirsi nella decisione finale dell'amministrazione, da intendersi esclusivamente limitato alle ipotesi di scelte riservate alla p.a., ovvero ai casi in cui vengono in gioco valutazioni di discrezionalità amministrativa, quale il giudizio di ottemperanza.

Insomma, buona parte della dottrina sostiene condivisibilmente che la categoria della giurisdizione estesa al merito – con l'unico dubbio rappresentato dal giudizio di ottemperanza – non consente al giudice di ripetere la ponderazione di interessi tipica della discrezionalità, ammettendo invece la possibilità di ripercorrere integralmente il fatto e di sindacarlo pienamente.

Ciò che resta della giurisdizione di merito, che permette di distinguerla da quella di legittimità, è il potere del giudice amministrativo di intervenire al posto dell'Amministrazione.

Nello specifico, si fa riferimento al potere giudiziale «di dettare la regola finale del rapporto controverso al posto dell'Amministrazione e in base a un giudizio a cognizione piena»<sup>162</sup>.

Se quanto precede è vero, va da sé che in tutte le ipotesi di giurisdizione di merito, in cui è ammessa la sostituzione giudiziale, il giudice può «conformare direttamente in sentenza il rapporto controverso» e «dettare il regolamento finale degli interessi appartenenti alla

---

<sup>160</sup> F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2020, p. 1110: «per le valutazioni realmente discrezionali il giudice amministrativo può sostituire le proprie a quelle dell'Amministrazione, secondo i principi costituzionali, solo in sede di ottemperanza, allo scopo di assicurare la pienezza della tutela, dopo che l'Amministrazione ha dato prova di non ottemperare correttamente al giudicato; non lo può fare in sede di giudizio di cognizione (art. 31, comma 3; art. 34, comma 2). Nè, a mio avviso, lo può fare fuori dal processo di ottemperanza: la giurisdizione di merito, se estesa ad altre materie, è a rischio di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di separazione dei poteri».

<sup>161</sup> A parziale conferma, dunque, di quanto appena sostenuto.

Anche per le considerazioni immediatamente seguenti, v. F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2020, p. 1110-1111.

<sup>162</sup> F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 171; F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021, p. 63, che richiama A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 123.

fattispecie»; tuttavia, «ciò può avvenire in un'unica occasione: quando gli interessi in gioco siano precisamente fissati nella loro effettiva fisionomia e la sostituzione sia consentita dal concreto andamento della vicenda su cui inizialmente è intervenuta la pubblica amministrazione, consumando il proprio potere»<sup>163</sup>.

La sostituzione giudiziale nell'ambito della giurisdizione di merito è ammessa, pertanto, solo qualora il bilanciamento degli interessi sia già stato fatto, e non residuino poteri amministrativi discrezionali.

Va, in definitiva, escluso il rischio di violazione del principio di separazione dei poteri, configurabile esclusivamente nel caso di sconfinamento giudiziale nell'area del merito amministrativo, conformemente all'impianto teorico dominante secondo cui la discrezionalità tecnica va scissa dal potere discrezionale<sup>164</sup>.

Per le ragioni esposte, non è possibile condividere l'impostazione del Consiglio di Stato quando afferma che «il sindacato giurisdizionale è volto a verificare se l'autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito al giudice amministrativo, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali»<sup>165</sup>, posto che non si configurerebbe alcuna violazione del principio di separazione dei poteri se si ripetessero in giudizio le stesse valutazioni tecniche, che restano separate dai profili di opportunità della decisione.

Sulla base di quanto osservato, si ritiene quindi possibile concludere che la sostituzione, sia nell'ambito della giurisdizione di legittimità, sia nell'ambito della giurisdizione di merito, risulta *ammissibile* sempre che l'assetto di interessi sia già definito dal legislatore; quindi, sempre che non residuino ulteriori margini di discrezionalità amministrativa<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021, p. 66-67.

<sup>164</sup> Come già visto, la distinzione tra merito e discrezionalità tecnica si afferma anche nel panorama giurisprudenziale a partire da Cons. St., n. 601/1999.

<sup>165</sup> Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097.

<sup>166</sup> «A ben vedere il presupposto perché il giudice si possa sostituire all'amministrazione, non solo in sede di giurisdizione di merito, ma anche nella giurisdizione di legittimità (o esclusiva), è sempre lo stesso: che gli interessi delle parti - del ricorrente, dell'amministrazione e di altri soggetti necessari o eventuali - emergano come entità processuali delineate nella loro fisionomia e non siano più soggetti al condizionamento dell'amministrazione che agisce come autorità. Ricorrendo tali condizioni l'intervento vicario del giudice, ove contenuto entro il tema della controversia, non determina l'assunzione diretta dell'interesse pubblico che è giustamente definito altrove in coerenza al dettato costituzionale: dalla legge anzitutto; oppure dalla stessa amministrazione che abbia concretamente neutralizzato i propri poteri nel corso del procedimento amministrativo. Difatti il limite che resta invalicabile dal giudice, anche in giurisdizione di merito, non può mutare e sempre consiste nella persistenza del potere amministrativo il cui «criterio informatore è l'interesse pubblico». Ma ove tale barriera non sussista l'esistenza di un potere sostitutivo, al di là della giurisdizione di

Vi è, poi, una ulteriore conferma data dal dettato normativo del Codice del processo amministrativo: oltre all'art. 31, comma 3 c.p.a., la sostituzione giudiziale (nei termini appena precisati) è altresì conforme all'art. 34, comma 2 c.p.a., norma che vieta al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati<sup>167</sup>.

L'assenza di discrezionalità, in definitiva, accomuna le ipotesi di sostituzione giudiziale e ne costituisce il presupposto: in primo luogo, la sostituzione ammessa nella giurisdizione di legittimità con l'azione di condanna, in caso di attività vincolata o di esaurimento della discrezionalità, ai sensi dell'art. 31, comma 3 c.p.a.; in secondo luogo, la sostituzione, appena vista, propria della giurisdizione di merito, interpretata escludendo la ripetizione di giudizi di opportunità.

È, pertanto, possibile concludere che, qualora da parte del giudice non vi sia invasione della sfera del merito, inteso come scelta discrezionale di opportunità o convenienza, non si pone alcun problema di inammissibile sostituzione giudiziale nell'esercizio del potere amministrativo, poiché tale *inammissibile* sostituzione, nei fatti, non si realizza.

### 5.3. *Brevi considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*

Il tema appena analizzato risulta particolarmente connesso all'eccesso di potere giurisdizionale, ove emergono ipotesi di inammissibile sostituzione giudiziale nei termini precedentemente precisati, fornendo, altresì, diversi elementi a sostegno della impostazione che ammette un sindacato maggiormente incisivo sulle valutazioni tecniche, rispetto al *self restraint* applicato dal giudice amministrativo<sup>168</sup>.

Senza ricostruire la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale<sup>169</sup>, cosa che esulerebbe dall'ambito della presente indagine, può comunque osservarsi come risulti ormai pacifico in

---

merito, si può ritenere in linea con la struttura attuale del processo amministrativo; in particolare con l'art. 34, co. 2 [...] e con l'art. 31, co. 3 [...] del Codice vigente», cfr. F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021, p. 70-71.

<sup>167</sup> *Ivi*, p. 71.

<sup>168</sup> Cfr. par. 5.1.

<sup>169</sup> In materia, ci si limita a richiamare, tra gli studi più recenti, C. BENETAZZO, *Eccesso di potere giurisdizionale e dialogo tra Corti*, Torino, Giappichelli, 2024; G. GRECO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2023, p. 269 ss.

dottrina e in giurisprudenza la proponibilità del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione *ex art. 111, comma 8 Cost.* quando il giudice amministrativo afferma la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o dell'amministrazione, oppure qualora si sconfini nella giurisdizione di un altro giudice, ordinario o speciale<sup>170</sup>.

Nel primo caso, si parla di difetto assoluto di giurisdizione, mentre nel secondo caso, di difetto relativo di giurisdizione.

Con riguardo al ricorso per *solis motivi di giurisdizione* di cui all'art. 111, 8 comma Cost., si osserva che la giurisprudenza tende a fare riferimento sia al difetto assoluto, sia a quello relativo di giurisdizione, sintetizzando la categoria in esame in una formula, quella dell'*eccesso di potere giudiziario*, chiara e immediata; la dottrina, invece, aderisce a una diversa impostazione, secondo la quale l'eccesso di potere del giudice – ricondotto alla invasione dei poteri del legislatore e dell'amministrazione – costituirebbe un sottoinsieme del più ampio insieme dei motivi inerenti alla giurisdizione<sup>171</sup>.

Venendo allo sconfinamento nelle prerogative riservate all'amministrazione, la dottrina osserva come sia particolarmente risalente la possibilità, affermata dalla giurisprudenza, di annullare la decisione del giudice amministrativo per sconfinamento nel merito riservato dell'amministrazione<sup>172</sup>.

Attualmente, la consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite configura l'eccesso di potere giurisdizionale «allorquando l'indagine del Giudice amministrativo non rimanga nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma [...] si riveli strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, oppure quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante sostitutiva di quella dell'Amministrazione, nel senso che, attraverso un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa»<sup>173</sup>.

---

Si rimanda, in particolare, al primo, per la ricostruzione dell'istituto.

<sup>170</sup> Sul punto, v. C. BENETAZZO, *Eccesso di potere giurisdizionale e dialogo tra Corti*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 67.

Peraltro, la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area del merito riservato emerge già a partire dalla risalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, cfr. *Ivi*, p. 46.

<sup>171</sup> Si veda, al riguardo, *Ivi*, p. 53 ss.

<sup>172</sup> Cfr., ancora, *Ivi*, p. 46, che richiama Cass. civ., sez. un., 21 gennaio 1928, in *La Corte di Cassazione. Raccolta della giurisprudenza delle Sezioni civili e delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del Regno*, Milano-Roma, 1928, 785 ss.

<sup>173</sup> Da ultimo, cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19253, punto 2.

Dunque, l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito amministrativo, ovvero nei poteri riservati all'amministrazione, si ricollega strettamente ai limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche.

Se, infatti, l'impostazione da cui si muove è corretta, ovvero l'assenza della ponderazione di interessi nell'attività valutativa tecnica, con esclusione dei profili di opportunità, il pieno controllo giurisdizionale su queste ultime non dovrebbe comportare alcuna invasione delle competenze della p.a., restando intatto il merito amministrativo.

Diversamente ragionando, se la distinzione tra opinabilità e opportunità non dovesse essere netta, con una conseguente commistione tra i profili discrezionali e quelli tecnico-valutativi della decisione, la sentenza che va a sindacare in forma piena la decisione tecnico-discrezionale della p.a. dovrebbe incorrere nell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione del merito amministrativo.

Tale commistione non si ritrova nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, invece, è consolidata nel primo senso precisato: essa fornisce una autorevole e significativa conferma delle premesse teoriche di riferimento, da cui si sviluppano le conseguenze sul sindacato pieno sulle valutazioni tecniche, anch'esse integralmente condivise dal supremo giudice di legittimità<sup>174</sup>.

In particolare, specialmente con riferimento alle valutazioni delle commissioni esaminatrici<sup>175</sup>, la Suprema Corte ha affermato che le valutazioni tecniche non sono espressione di discrezionalità, integrando una attività di accertamento dei requisiti di tipo attitudinale-culturale del candidato, da cui è esclusa la ponderazione degli interessi in gioco<sup>176</sup>.

Allo stesso modo, in tema di anomalia dell'offerta nelle gare di appalto, le Sezioni Unite hanno escluso che la valutazione della commissione di gara attenga al merito dell'azione amministrativa: pertanto, in questi casi, viene ritenuto che il controllo del giudice

---

<sup>174</sup> Anche per le considerazioni che seguono, l'autorevole impostazione a cui ci si riferisce è quella di F. G. SCOCA, *Sull'effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, F. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 3367 ss.

In tale sede, l'Autore richiama: Cass., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592; Cass., sez. un. 9 marzo 2020, n. 6691; Cass., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3562; Cass., sez. un., 28 maggio 2012, n. 8412; Cass., sez. un., 19 dicembre 2011, n. 27283.

<sup>175</sup> Sul punto, v. par. 6.3.4.

<sup>176</sup> Ancora, cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19253.

amministrativo sulla valutazione tecnica di anomalia dell'offerta non integri una ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale<sup>177</sup>.

Escludere il merito dall'ambito di queste valutazioni tecniche consente di confermare i presupposti di partenza, e legittimare un controllo pieno della c.d. discrezionalità tecnica, che costituisce un orientamento consolidato delle Sezioni Unite<sup>178</sup>, tale per cui la stessa Suprema Corte chiaramente statuisce 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, col solo ovvio limite del divieto di sostituzione diretta di una propria scelta a quella dell'autorità amministrativa»<sup>179</sup>.

## 6. *Il controllo sulle valutazioni tecniche nella recente giurisprudenza amministrativa*

### 6.1. *Il sindacato di maggiore attendibilità. Il caso Roche-Novartis*

Analizzato un primo gruppo di argomenti a favore di una maggiore incisività del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, occorre ora tornare sugli sviluppi del sindacato della giurisprudenza amministrativa, cominciando dagli ultimi arresti in materia *Antitrust* che introducono il sindacato di *maggior attendibilità*<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Si veda, sul punto, Cass., sez. un., 17 dicembre 2021, n. 40546; Cass., sez. un., 29 novembre 2019, n. 31267; Cass., sez. un., 25 settembre 2018, n. 22755; Cass., sez. un., 16 luglio 2014, n. 16239; Cass., sez. un., 10 agosto 2011, n. 17143; Cass., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28265.

<sup>178</sup> Cfr. F. G. COCA, *Sull'effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. COCA, A. RUGGERI, F. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 3367.

<sup>179</sup> Cfr. Cass., sez. un., 9 marzo 2020 n. 6691 punto 18, richiamata, altresì, in Cass., sez. un., 17 dicembre 2021, n. 40546, punto 1.2.3.

<sup>180</sup> La Sezione VI del Consiglio di Stato aderisce, in particolare, a quella dottrina che già da tempo aveva introdotto siffatta tipologia di sindacato all'interno del dibattito giuridico, cfr. F. G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2, 2008, p. 257 ss.

L'A. introduce le basi del c.d. sindacato di maggiore attendibilità, ragionando a partire da una sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato, n. 515/2007: «la cognizione giudiziale dei provvedimenti resi dall'AGCM deve essere tesa a ripercorrere le valutazioni tecniche dell'Autorità, e non essere limitata a verificare se esse sono corrette, o, se si vuole, ragionevoli, ma deve spingersi a stabilire se esse sono le più convincenti, alla luce del confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, introdotte dall'eventuale consulenza tecnica d'ufficio, o elaborate dallo stesso Giudice amministrativo. Il processo deve necessariamente rispondere

In particolare, un passaggio particolarmente significativo che non ha, tuttavia, avuto un corrispondente seguito nella giurisprudenza successiva, è rappresentato dalla sentenza n. 4990/2019 del Consiglio di Stato<sup>181</sup>.

La pronuncia riguarda una concertazione ritenuta anticoncorrenziale da parte dell'AGCM, tra due imprese operanti nel settore farmaceutico, «Roche» e «Novartis», a seguito della quale l'Autorità ha irrogato alle società elevatissime sanzioni amministrative pecuniarie.

L'intesa in questione era volta ad ostacolare l'acquisto del farmaco «Avastin» per la cura di patologie oculari e favorire, al contempo, l'acquisto del farmaco «Lucentis», dal prezzo estremamente più elevato.

Il Consiglio di Stato, prima di entrare nel merito della questione, ricostruisce il sindacato giurisdizionale sulle decisioni tecniche, introducendo alcune novità.

Al posto del sindacato giurisdizionale *non sostitutivo* e di *attendibilità tecnica*, come rappresentato in giurisprudenza fino a questo momento, e riconducibile ai principi (già esaminati) della sentenza n. 1013/2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, viene introdotto un sindacato pieno di *maggior attendibilità*.

Nell'argomentare l'introduzione di un sindacato più intenso, il giudice svolge alcune riflessioni sui rapporti tra discrezionalità e valutazioni tecniche, osservando che il legislatore non predetermina sempre l'assetto degli interessi, lasciando tale compito ai pubblici poteri; descrivendo, quindi, il potere propriamente discrezionale, si osserva che al giudice resta precluso «il giudizio di valore politico consistente nella conveniente ed opportuna scelta allocativa, distributiva e gestionale delle risorse pubbliche»<sup>182</sup>. Viene, pertanto, escluso che

---

all'esigenza che la decisione tenga conto di tutto ciò che è stato introdotto nel giudizio, *iusta alligata et probata partium*, per cui non basta affermare che la tesi posta a fondamento del provvedimento dell'AGCM risulta convincente, ma occorre spingersi sino a verificare che essa è la più convincente, tra quelle presenti in giudizio. [...] Per converso, l'unico limite che incontra il sindacato giurisdizionale è quello della sostituzione formale della sentenza del Giudice al provvedimento dell'Autorità, dato che il processo rimane un processo di solo annullamento», cfr. *Ivi*, p. 279.

Si veda, altresì, F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, 6 giugno 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 11, che evidenzia come tale sindacato stesse iniziando a prendere spazio nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

<sup>181</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2020, p. 740 ss.

In senso critico, v. altresì M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 21, 2019, p. 2 ss., in cui si elabora una proposta diversa per raggiungere comunque l'effettività della tutela giurisdizionale, valorizzando la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2 CEDU. Per una applicazione dei principi del sindacato di maggiore attendibilità in materia farmaceutica, v. G. PARODI, *Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Giur. It.*, 2, 2021, p. 241 ss.

<sup>182</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, punto 1.6.

possa essere sindacato il “nucleo intimo” della decisione discrezionale, mancando un parametro giuridico di valutazione (l’attività, in quanto esercizio di merito amministrativo, è giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo)<sup>183</sup>.

Diverso è il caso, evidenzia il Consiglio di Stato, in cui l’assetto di interessi è già determinato, e in tal caso al giudice è consentito definire la fattispecie sostanziale<sup>184</sup>.

In particolare, facendo riferimento alla norma attributiva di potere, si ritiene, in particolare che gli elementi valutativi complessi che vengono in rilievo siano “fatti storici”, e non “fatti mediati”, potendo così essere accertati in via diretta dal giudice.

Difatti, è centrale nel percorso motivazionale la qualificazione della attività di applicazione dei concetti giuridici indeterminati quali, ad esempio, il mercato rilevante: nello specifico, viene chiaramente precisato in sentenza che «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», da cui 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)»<sup>185</sup>.

L’applicazione dei concetti giuridici indeterminati non attiene, quindi, al merito amministrativo, ma va ricondotta all’attività interpretativo-applicativa dei presupposti normativi, anche qualora questi abbiano carattere opinabile.

L’elemento che emerge nuovamente è il profilo vincolato del potere, posto che, nel caso in esame, le sanzioni amministrative costituiscono esercizio «di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi»<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> Peraltro, il Consiglio di Stato indica che l’interpretazione dell’art. 31, comma 3 c.p.a., analizzato *supra*, dovrebbe essere realizzata a partire dai principi appena enunciati. L’assenza di margini di discrezionalità di cui alla disposizione citata andrebbe, pertanto, interpretata in tal senso, cfr. *Ibid.*

<sup>184</sup> «Ben diverso è il caso in cui l’ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti, ai cui interessi viene dunque assicurata, entro questi limiti, soddisfazione. In tali casi, nulla si oppone a che sia il giudice a “definire” la fattispecie sostanziale», cfr. *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> *Ivi*, punto 1.7.2.

La qualificazione del potere esercitato dall’AGCM come vincolato era già stata fatta, in precedenza, dal Consiglio di Stato, cfr. Cons. St., sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, punto 3.3.: «in tali fattispecie, il giudizio amministrativo resta, quindi, un giudizio di tipo impugnatorio, in cui al giudice spetta di verificare se il potere spettante all’Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato (si tratta di un potere vincolato, ma vincolato

L'assenza di discrezionalità caratterizza quella che il giudice ha definito come «attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa», dunque attività di accertamento e di qualificazione dei fatti, che può essere ricondotta alla sostituzione *ammissibile* come precedentemente descritta.

Anche il canone di *full jurisdiction* trova spazio nella motivazione, cosicché l'art. 6 CEDU, che garantisce il giusto processo, costituisce un argomento idoneo a giustificare un sindacato pieno che consenta di ripercorrere la decisione amministrativa sia in punto di fatto, sia in punto di diritto.

Al riguardo, va svolta una breve parentesi inerente alla disciplina del *private enforcement* introdotta con la Dir. UE 104/2014, attuata attraverso l'art. 7, comma 1 del d.lgs. n. 3/2017<sup>187</sup>.

In particolare, la disciplina prevede che la decisione dell'AGCM non più soggetta a impugnazione costituisce un accertamento definitivo ai fini di un successivo giudizio risarcitorio<sup>188</sup>.

Discussa è la seconda parte del primo comma della norma, che statuisce che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e 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».

---

da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, il cui esercizio comporta valutazioni complesse rimesse in prima battuta all'Autorità garante)».

<sup>187</sup> In materia, v. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2021, p. 469 ss.; F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 135 ss.; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 8, 2018, p. 16 ss.; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2018, p. 45; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art.7, co.1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, p. 199 ss.

<sup>188</sup> L'art. 7, comma 1 del d.lgs. n. 3/2017 così recita: «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 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. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e 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. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno».

Ad una prima lettura, la disposizione parrebbe circoscrivere il sindacato del giudice amministrativo, escludendolo per i profili tecnici opinabili, ovvero quelli afferenti alla c.d. discrezionalità tecnica.

Secondo una prima impostazione, pertanto, la norma citata confermerebbe che al giudice sarebbe precluso sostituirsi nella definizione dei concetti giuridici indeterminati qualora residuino margini di opinabilità: posto che il sindacato di legittimità non si estenderebbe al merito, la valutazione dell’Autorità non potrebbe essere sindacata se non in caso di inattendibilità tecnica o di illogicità, travisamento dei fatti e violazione di legge<sup>189</sup>.

Tale considerazione contrasta nettamente con quanto appena affermato circa la qualificazione dell’attività di definizione dei concetti giuridici indeterminati come attività interpretativo-applicativa di presupposti della fattispecie.

Ad ogni modo, secondo una diversa impostazione, tale risultato interpretativo non sarebbe compatibile con il diritto CEDU, con il canone di *full jurisdiction*, e con la giurisprudenza più recente in materia di sanzioni *Antitrust*<sup>190</sup>.

Il Consiglio di Stato fornisce, al riguardo, una interpretazione costituzionalmente orientata, della disposizione (*ex art. 24, 113 e 117 Cost.*), conformemente al principio di tutela giurisdizionale piena ed effettiva, evidenziando che essa 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 [...] dal contemporaneo dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria», sottolineando come sia «implausibile che il legislatore abbia voluto, con una espressione così incerta ed apodittica, revocare in dubbio il modello processuale invero consolidatosi da tempo e faticosamente nel diritto vivente»<sup>191</sup>.

Un ulteriore elemento addotto a sostegno della soluzione fornita dal Consiglio di Stato è il raffronto con l’azione c.d. *stand alone*, ovvero l’azione risarcitoria che, invece, non è preceduta da una decisione dell’Autorità, rispetto alla quale «il giudice civile - sia pure ai

---

<sup>189</sup> Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 927; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

<sup>190</sup> M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in *Federalismi.it*, 8, 2018, p. 20; F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2018, p. 78.

<sup>191</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, punto 1.5.

fini risarcitori – è chiamato a verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell'illecito, senza che occorra alcuna intermediazione di potere pubblico»<sup>192</sup>.

Sul punto, nel condividere la posizione della VI Sezione, e partendo dal presupposto che la condotta può integrare un illecito anticoncorrenziale indipendentemente da una precedente decisione dell'Autorità *Antitrust*, parte della dottrina rileva che quest'ultima non svolge alcuna funzione integrativa della fattispecie dell'illecito, che risulta normativamente predefinita: pertanto, si osserva che «se su tale condotta e sulla sua riconducibilità alla fattispecie normativa sussiste il sindacato pieno del Giudice ordinario, non si vede perché altrettanto non possa accadere per il Giudice amministrativo, una volta che, per legge (dell'Unione), quest'ultimo Giudice è stato chiamato a sostituire il primo, ai fini dell'accertamento dell'illecito nei rapporti tra le imprese»<sup>193</sup>.

La stessa impostazione sottolinea condivisibilmente che i presupposti per la qualificazione della condotta si ritrovano nella legge (non essendo necessario l'intervento dell'Autorità), e riconduce l'illecito anticoncorrenziale nell'ambito dello schema *norma-fatto-effetto*, restando escluso il *potere* da siffatta relazione<sup>194</sup>.

In conclusione, valorizzando la parità delle parti quale espressione del principio costituzionale di tutela giurisdizionale effettiva, il Consiglio di Stato giunge a ritenere che se la prospettazione del cittadino dovesse riuscire a mettere in crisi quella dell'Autorità risultando maggiormente attendibile, non vi sarebbe ragione per non prenderla in considerazione e aderirvi, non potendo rifugiarsi nel limite al sindacato precedentemente definito dalla giurisprudenza, che consisteva in una mera verifica della presenza della risposta data nell'insieme delle soluzioni plausibili.

---

<sup>192</sup> *Ivi*, punto 1.6.

<sup>193</sup> Cfr. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2021, p. 476. Inoltre, come sottolineato dall'Autore, restano esclusi i profili del nesso di causalità e dell'esistenza del danno, ai sensi della norma sopracitata.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che i casi siano differenti, poiché mentre il giudice civile decide in assenza di una decisione dell'Autorità, il giudice amministrativo sarebbe tenuto a vagliare la correttezza della decisione amministrativa, cfr. M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2020, p. 748.

<sup>194</sup> «[...] se lo stesso illecito può sussistere (o non sussistere) indipendentemente dall'intervento dell'Autorità, ciò significa che tale intervento non è necessario ai fini dell'integrazione della fattispecie e pertanto che i presupposti per la qualificazione della condotta sono tutti riconducibili alla legge. In altri termini, il parallelismo con la vicenda di competenza del Giudice civile dimostra che lo schema di qualificazione di un comportamento come illecito anticoncorrenziale non si articola nella sequenza norma-fatto-potere-effetto (o qualificazione giuridica), bensì nella sequenza norma-fatto-effetto (o qualificazione giuridica)», cfr. G. GRECO, *op. cit.*, p. 476, nota 15.

Ricapitolando, una soluzione tecnica considerata dal giudice maggiormente attendibile dovrebbe poter prevalere sulla prospettazione dell'AGCM.

È stato, tuttavia, ritenuto che risulta difficile capire quando l'attendibilità sarebbe minore e quando maggiore<sup>195</sup>.

Ciononostante, va considerato che il parametro di attendibilità tecnica resta sempre e comunque un giudizio opinabile, scevro da possibili certezze in merito.

Infatti, anche la valutazione che serve a ricondurre nella gamma di risposte plausibili la soluzione tecnica adottata nella decisione amministrativa oggetto di sindacato rimane un risultato incerto, ma non potrebbe essere altrimenti, poiché è connaturato alla intrinseca opinabilità di siffatte valutazioni che, per definizione, esclude margini di certezza rispetto alla soluzione del problema tecnico.

Con ciò non significa, tuttavia, che lasciare al giudice amministrativo la decisione in ordine alla maggiore o minore correttezza della valutazione dei presupposti della fattispecie possa riassumersi in una decisione arbitraria<sup>196</sup>: infatti, se parliamo di attività interpretativo-applicativa (e nel caso di specie di questo si tratta, con riguardo ai concetti giuridici indeterminati), la scelta ultima rispetto all'interpretazione dei presupposti normativi spetta solo ed esclusivamente al giudice, organo tenuto a fornire la definitiva interpretazione del diritto<sup>197</sup>.

## 6.2. *La giurisprudenza della VI Sezione del Consiglio di Stato*

Nell'analizzare l'impostazione giurisprudenziale della VI Sezione del Consiglio di Stato, si intende muovere dalle sentenze precedenti al *revirement* appena esaminato, evidenziando, innanzitutto, come i principi derivanti dal sindacato di maggiore attendibilità emergessero solo in sporadici casi.

Ad esempio, il giudice amministrativo aveva rilevato che nell'ambito di una asserita concertazione anticoncorrenziale tra più imprese, consistente nell'aumento generalizzato dei

---

<sup>195</sup> M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2020, p. 747.

<sup>196</sup> Come si evince, invece, da M. DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 747.

<sup>197</sup> Sul punto, v. anche Cap. III, par. 5.

prezzi per il servizio di trasporto marittimo, la spiegazione del parallelismo dei comportamenti basata sulla concertazione non era l'unica possibile, e come «l'Autorità non sia stata in grado di superare le spiegazioni alternative al riguardo avanzate dalle imprese originarie ricorrenti»<sup>198</sup>.

Tuttavia, da un consolidato (seppur minoritario) filone giurisprudenziale in materia *Antitrust* della medesima VI Sezione del Consiglio di Stato – anteriore alla sentenza n. 4990/2019 – emerge un controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche pieno e particolarmente penetrante, che va in una direzione simile a quella tracciata dalla giurisprudenza precedentemente analizzata in materia di atti delle Autorità di Regolazione.

A partire dalle pronunce che determinano il superamento definitivo della distinzione tra controllo forte e debole<sup>199</sup>, il giudice afferma esplicitamente come è possibile «sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità», per mezzo di una verifica che può estendersi alla scelta tecnica dell'amministrazione, oltre che ad «applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame»<sup>200</sup>.

Dunque, in epoca antecedente alla introduzione del sindacato di *maggiore attendibilità*, la giurisprudenza della stessa Sezione aveva già precisato come il giudice amministrativo potesse esprimere preferenza per una diversa (e più corretta) interpretazione dei concetti indeterminati (nel caso in esame, il mercato rilevante), rispetto a quella adottata dall'Autorità.

---

<sup>198</sup> Cons. St., sez. VI, 04 settembre 2015, n. 4123.

<sup>199</sup> In particolare, la già analizzata Cons. St., sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926.

<sup>200</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864 (corsivo aggiunto), in cui il giudice parla di analisi «economica o di altro tipo», che ricomprende, dunque, la categoria generale delle scelte tecniche della p.a. Giova riportare, per completezza, il passaggio della sentenza citata: «i provvedimenti dell'Autorità antitrust sono impugnabili davanti al giudice amministrativo, il quale, a differenza del giudice penale o di quanto avviene in sistemi antitrust adottati da altri Stati, non deve assumere una decisione, verificando le tesi dell'accusa e della difesa, ma deve verificare la correttezza della decisione assunta dall'Autorità. Come ormai chiarito dalla Sezione, in tale verifica il giudice amministrativo non incontra alcun limite, potendo sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità.

Infatti, con riferimento 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'amministrazione [...].

Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame», cfr. *Ivi*, punto 4.1.

Nello stesso senso, v. Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2009, n. 8175; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 597; Cons. St., sez. VI, 08 febbraio 2008, n. 424; Cons. St., sez. VI, 08 febbraio 2007, n. 515; Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

L'impostazione in commento viene, altresì, condivisa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (pronunciandosi anche su materie differenti, nelle quali vengono comunque in rilievo valutazioni tecniche della p.a.<sup>201</sup>): nell'argomentare la propria decisione, il Consiglio individua la questione problematica e la ricostruisce correttamente sotto il profilo sostanziale, precisando che l'attività che la giurisprudenza definisce come discrezionalità tecnica, sottolinea il giudice, «sarebbe più corretto qualificarla come attività inerente a “valutazioni tecniche” proprio perché relativa all'accertamento dei fatti sulla base di scienze non esatte e alla loro corretta qualificazione, laddove il termine discrezionalità dovrebbe essere riservato solo all'attività di comparazione degli interessi e, dunque, alla discrezionalità amministrativa»<sup>202</sup>.

Come accennato, tuttavia, l'impostazione in commento resta minoritaria, e una conferma può essere agilmente ritrovata attraverso una analisi della giurisprudenza della Sezione VI del Consiglio di Stato.

Innanzitutto, oltre ai principi summenzionati, in alcuni arresti precedenti la predetta Sezione aveva, infatti, affermato che «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»<sup>203</sup>.

Se, d'altro canto, in alcuni (limitati) casi, invece, il parametro di riferimento per il sindacato viene indicato come quello della *elevata attendibilità*, non siamo comunque di fronte a sostanziali differenze rispetto a un sindacato pieno che limita i poteri del giudice alla verifica dell'attendibilità tecnica della soluzione della p.a., dunque arrendendosi innanzi alla possibile

---

<sup>201</sup> In materia urbanistica, v. Cons. Giust. Amm. Sicilia, 09 dicembre 2008, n. 955.

<sup>202</sup> Cons. Giust. Amm., Sicilia, 15 settembre 2014, n. 541; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 12 dicembre 2013, n. 929.

<sup>203</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873; conf., Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050.

sostituzione giudiziale, per evitare la asserita violazione del principio di separazione dei poteri<sup>204</sup>.

In generale, comunque, il dato che spesso emerge analizzando la giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza n. 4990/2019, è il richiamo, da parte della Sezione, ai principi enunciati in relazione al sindacato non sostitutivo di *attendibilità tecnica*, non riferendosi invece alla *maggiore attendibilità*, che costituisce l'elemento veramente innovativo della sentenza<sup>205</sup>.

Nello stesso senso, può osservarsi come, da un lato, in diversi casi il giudice richiami il precedente della Sezione già esaminato, citando la nuova denominazione del sindacato, che risulta «declinabile in termini di “attendibilità”, o meglio della “maggiore attendibilità”»; dall'altro, invece, si continua ad escludere che si possa andare oltre la verifica della presenza della soluzione tecnica nell'ambito delle risposte attendibili tecnicamente<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4737: «Il supposto limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto a determinati concetti giuridici indeterminati - quali anche quelli che si connotano per la sussistenza di un elevato grado di discrezionalità tecnica - non costituisce in realtà un limite ai poteri del giudice suscettibile di risolversi in una minorata tutela della situazione giuridica sottostante, bensì la conseguenza del modo in cui è congeniata la fattispecie normativa sottostante, ovvero del parametro che il legislatore, in ragione della peculiare materia che viene in considerazione, ha inteso utilizzare per disciplinare il comportamento dei consociati.

Tale caratteristica non può non riflettersi sulla valutazione della conformità dei fatti alla relativa fattispecie astratta, che sarà declinabile, come già detto, in termini di elevata attendibilità - ed in questo senso la tutela apprestata dal giudice amministrativa non può non essere considerata piena ed effettiva - con la sola esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione, quale precipitato dal principio cardine di separazione dei poteri sui quali si basa il nostro ordinamento»; conf., Cons. St., sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5883.

<sup>205</sup> Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564: «In relazione alle modalità del sindacato, esso è volto ad accertare se [...] l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente - superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato “debole” e “forte” - ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che “l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare 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” (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990). Tale sindacato è stato definito di “attendibilità tecnica” e “non sostitutivo” (Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019, cit.); nello stesso senso, v. Cons. St., 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032, 6065; Cons. St., 23 settembre 2019, n. 6314, 6315; Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6565; Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7719; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943; Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2020, nn. 3501-3503; Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7991; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061.

<sup>206</sup> Cons. St. sez. VI, 11 marzo 2021, n. 2081; Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254; Cons. St., sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7499; si veda, altresì, Cons. St., sez. VI, 09 febbraio 2024, n. 1324.

Tale contraddizione si esteriorizza, in particolare, laddove il Collegio, ricostruendo il modello di sindacato da applicare, richiama sia i precedenti che circoscrivono il controllo della scelta tecnica alla verifica della relativa presenza all'interno della gamma di risposte plausibili, sia quelli che negano tale assunto, superandolo<sup>207</sup>.

Dunque, un elemento che caratterizza particolarmente la giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza n. 4990/2019, è il continuo riaffiorare dei principi che dovevano essere tendenzialmente superati dal *revirement* della Sezione.

In primo luogo, accade che il giudice amministrativo, pur citando tale pronuncia, si limiti a richiamarla parzialmente, solo rispetto al sindacato di *attendibilità tecnica*, perimetrando il controllo del giudice alla verifica della presenza della scelta tecnica della p.a. «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»<sup>208</sup>.

In secondo luogo, anche nei casi in cui non si faccia riferimento a tale precedente, la Sezione esprime un controllo sulle valutazioni tecniche della p.a. che è in linea con i principi appena visti, escludendo la sostituzione giudiziale, sebbene il controllo giurisdizionale sia intrinseco – con applicazione delle conoscenze specialistiche di riferimento e avvalendosi dei mezzi istruttori che il Codice mette a disposizione del giudice – e particolarmente incisivo: esso si estende, dunque, all'accertamento dei fatti sulla base di concetti giuridici indeterminati o regole scientifiche opinabili, con il consueto limite dell'accertamento dell'attendibilità tecnica della valutazione opinabile<sup>209</sup>.

In numerose ipotesi, invece, viene comunque fatto integrale riferimento ai principi di diritto enunciati nella sentenza n. 4990/2019: richiamando le parole del Consiglio di Stato, viene affermato che il giudice, nel sindacare la scelta tecnica della p.a., «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

---

<sup>207</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2023, n. 3793, spec. punti 14.2. e 14.3.

<sup>208</sup> Questo risultato è osservabile non solo nella giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza n. 4990/2019, richiamata nella nota n. 175, ma anche nelle pronunce più recenti della Sezione. Al riguardo, si fa riferimento a Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2021, nn. 3555-3566; Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2021, nn. 4009-4010; Cons. St. sez. VI, 02 luglio 2021, n. 5058; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2021, nn. 5372-5373-5374; Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2021, n. 8558; Cons. St. sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2118; Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2024, n. 2589.

<sup>209</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 22 dicembre 2020, n. 8225; Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2021, n. 2672; Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2021, n. 6696; Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2024, n. 4830; Cons. St., sez. VI, 28 giugno 2024, n. 5718; Cons. St., sez. VI, 31 luglio 2024, n. 6862.

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»<sup>210</sup>.

Analizzando i principi giurisprudenziali appena enunciati, va osservato come il Consiglio di Stato non espliciti le conseguenze logiche che deriverebbero da quanto statuito: dire che il giudice amministrativo *non deve* limitarsi a ricondurre la risposta tecnica nella gamma di risposte attendibili, implica qualcosa di più che la piena e diretta verifica della *questio facti*. La piena cognizione del fatto non è in realtà in discussione, risultando una conquista risalente della giurisprudenza amministrativa, e non può rispondere alla domanda già posta, ovvero fino a che punto può spingersi il controllo del giudice se non deve limitarsi a verificare l’attendibilità tecnica della decisione amministrativa.

La risposta, qualificando l’attività di concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati come attività interpretativa, non può che essere quella – già introdotta dalla Sezione – di preferire giudizialmente l’interpretazione del concetto che risulta maggiormente attendibile in applicazione di cognizioni tecnico-specialistiche delle scienze di riferimento, come avviene specularmente, del resto (e non potrebbe essere altrimenti), con qualsiasi attività interpretativa dei presupposti normativi della fattispecie, rispetto ai quali il giudice può aderire all’opzione interpretativa della parte processuale ritenuta più attendibile.

Quella descritta resta, tuttavia, una impostazione minoritaria anche all’interno della predetta Sezione, il cui orientamento giurisprudenziale in ordine alle valutazioni tecniche rimane, in ogni caso, caratterizzato dall’applicazione di più principi: sia quelli emersi dal *revirement* della Sezione, sia quelli che esprimono un maggiore e tradizionale *self restraint* del giudice.

---

<sup>210</sup> Cfr., in materia di intese anticoncorrenziali, Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2023, n. 3280-3282; nello stesso senso, v. Cons. St., sez. VI, 09 maggio 2022, n. 3570; Cons. St. sez. VI, 05 dicembre 2022, n. 10624; Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2023, n. 1944; Cons. St., sez. VI, 24 marzo 2023, nn. 3009, 3018, 3022; Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2023, n. 10914; Cons. St., sez. VI, 22 dicembre 2023, n. 11134.

### 6.3. *Le forme più evolute del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche nell'analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali*

#### 6.3.1. *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia da Covid-19*

Rispetto all'impostazione della giurisprudenza minoritaria precedentemente descritta, giova esaminare alcune pronunce che offrono utili spunti ricostruttivi in punto di sindacato giurisdizionale, traendo conclusioni coerenti con l'impostazione teorica che mantiene una netta distinzione tra la discrezionalità amministrativa e le valutazioni tecniche della p.a.

In particolare, lungi dal voler analizzare precisi settori di contenzioso<sup>211</sup>, ci si concentrerà su alcuni casi che esulano dalle controversie inerenti ai provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, per osservare l'atteggiarsi dei principi appena analizzati nell'ambito di fattispecie differenti, e per individuare i presupposti giurisprudenziali di partenza per un sindacato più incisivo sulle valutazioni tecniche.

Preliminarmente, però, alcuni riferimenti a precedenti giurisprudenziali legati all'emergenza pandemica consentiranno di anticipare alcune successive riflessioni.

Innanzitutto, con ordinanza n. 7097 del 2020, la Terza Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata sul ricorso proposto da alcuni medici avverso la nota del 22 luglio 2020 con cui l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) sospende l'autorizzazione inizialmente rilasciata per l'utilizzo *off label* dell'idrossiclorochina per il trattamento del *Covid-19*<sup>212</sup>.

La decisione viene presa a seguito delle raccomandazioni con cui l'*European Medicines Agency* (EMA) sottolineava l'incerta efficacia del medicinale e il rischio di tossicità cardiaca se somministrato ad elevati dosaggi.

Nel definire i limiti del proprio sindacato, il Consiglio di Stato riconosce, innanzitutto, che le decisioni dell'AIFA non sono sottratte al controllo giurisdizionale, in applicazione dei principi di cui agli artt. 24 e 113 Cost.: nel caso di specie, il controllo, intrinseco e non sostitutivo, è diretto a verificare che «le scelte siano assistite da una *credibilità*

---

<sup>211</sup> Su cui si rimanda al completo studio di A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021.

<sup>212</sup> Si fa riferimento a Cons. St., sez. III, 10 dicembre 2020, n. 7097.

Per un approfondimento, si rinvia al commento di A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2021, p. 398 ss.; G. STRAZZA, *Sull'uso off-label dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 (nota a Cons. St., sez. III, 10 dicembre 2020, n. 7097)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 13 gennaio 2021.

*razionale* supportata da valide leggi scientifiche e correttamente applicate al caso di specie», dovendo vagliare, pertanto, la ragionevolezza tecnica della decisione della p.a.<sup>213</sup>.

Entra in gioco, quindi, il riferimento alle evidenze scientifiche, posto che la decisione della sospensione del farmaco deve essere supportata da un solido o almeno plausibile fondamento scientifico<sup>214</sup>.

Il problema della legittimità della sospensione dell'autorizzazione all'uso *off label* dell'idrossiclorochina, secondo quanto precisato in motivazione, dipende da due condizioni: la *sicurezza* e l'*efficacia* del farmaco, da verificare sulla base delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali<sup>215</sup>.

Nell'individuare il nucleo della controversia, il giudice è molto chiaro, e rileva che va verificato se «il divieto di utilizzare *off label* l'idrossiclorochina per la cura del Sars-CoV-2 [...] in quanto farmaco ritenuto *non efficace* e *non sicuro* anche per i pazienti con stadio di malattia meno avanzata abbia un solido fondamento scientifico, [...] pur sulla base delle limitate evidenze allo stato disponibili»<sup>216</sup>.

Rispetto alla prima condizione, si osserva che non esistono evidenze sperimentali che dimostrino l'*inefficacia* della idrossiclorochina per il trattamento del *Covid-19*.

Vengono considerate, sul punto, le difficoltà derivanti dall'emergenza pandemica di realizzare studi che consentano di ottenere evidenze sperimentali attendibili; oltre a questo profilo, si dà rilievo ad alcune evidenze scientifiche prodotte dai ricorrenti, dalle quali sembrano emergere alcuni effetti positivi del farmaco, se somministrato nella fase iniziale della malattia<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> Cons. St., sez. III, 10 dicembre 2020, n. 7097, punto 9.1. e ss.

<sup>214</sup> *Ivi*, punto 8.

<sup>215</sup> *Ivi*, punto 7.

<sup>216</sup> *Ivi*, punto 10.

<sup>217</sup> «Molti dei dati delle ultime ricerche sull'attività di contrasto alla malattia svolta dall'idrossiclorochina sembrerebbero, peraltro, deporre a favore di un meccanismo immunomodulatorio-antiinfiammatorio della sostanza e, cioè, della capacità di ridurre la produzione delle citochine infiammatorie (c.d. tempesta citochinica), senza abolire risposte immunitarie protettive, più che convergere nel senso di una sua diretta attività antivirale, che non ha trovato ancora – se mai la troverà – una sicura conferma in vivo al di là della sua accertata efficacia in vitro [...].

A fronte di questo «*livello di incertezza*» così elevato sull'efficacia dell'idrossiclorochina nei pazienti non ospedalizzati, ammessa dalla stessa AIFA a chiare lettere, gli appellanti citano nella loro relazione di consulenza depositata il 7 dicembre 2020 diversi studi randomizzati controllati, condotti su coorti più ristrette di pazienti non ospedalizzati, e numerosi studi osservazionali, in particolare retrospettivi, che dimostrerebbero l'efficacia curativa del farmaco in una fase non avanzata dalla malattia, nonché un'esperienza clinica raccolta «*sul campo*» nei mesi precedenti, prima del divieto, da parte di molti medici, che avrebbero constatato l'efficacia della terapia con l'idrossiclorochina, a basso dosaggio e per pochi giorni, associata o meno all'azitromicina.», cfr. *Ivi*, punti 14.3. e ss.

Dopo queste osservazioni, il giudice si premura di sottolineare che i limiti al sindacato giurisdizionale escludono che spetti all'autorità giudiziaria determinare l'efficacia terapeutica dell'idrossiclorochina, rilevando che l'incertezza dell'efficacia «non è ragione sufficiente sul piano giuridico a giustificare l'irragionevole sospensione del suo utilizzo sul territorio nazionale da parte dei medici curanti in base ad una conclusione – la *totale definitiva inefficacia* del farmaco sotto ogni aspetto, anche immunomodulatorio – che, allo stato delle conoscenze e della ricerche tuttora parziali e provvisorie, sembra *radicale e prematura* già a livello scientifico»<sup>218</sup>.

Questa conclusione viene, altresì, tratta da un effettivo esame degli studi scientifici sul punto, mettendone in discussione diversi aspetti nevralgici, tra cui la metodologia e gli stessi risultati<sup>219</sup>.

Tuttavia, la valutazione tecnica sull'attendibilità degli studi scientifici si confonde, in motivazione, con l'aspetto discrezionale della decisione: l'applicazione del principio dell'*evidence based medicine*, che implicherebbe la scelta delle cure sulla base delle migliori prove di efficacia clinica<sup>220</sup>, va bilanciata con la situazione di emergenza epidemiologica, senza addivenire a un risultato irragionevole o sproporzionato<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> *Ivi*, punto 15.

<sup>219</sup> Ad esempio, v. *Ivi*, punti 13.2, 13.3., 13.4.: «Tale quadro delle evidenze sperimentali, viste anche le condizioni di urgenza nelle quali sono stati eseguiti i *trial* clinici, non sempre è stato fondato su un approccio metodologico irreprensibile che consentisse di preservare sia i requisiti di validità interna che esterna dell'analisi condotta rispetto alla finalità della ricerca che doveva e dovrebbe essere cioè, per quel che rileva nel presente giudizio, l'efficacia del farmaco sui pazienti paucisintomatici non ospedalizzati.

[...] Tra gli studi randomizzati controllati elencati da AIFA nella citata scheda aggiornata al 25 novembre 2020 su [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) figurano in particolare solo due *trial* – quello del 17/7/2000, *Skipper et al. 2020* e quello del 16/7/2020, *Mitjà O et al.* – eseguiti in un *setting* non ospedaliero su una popolazione con malattia lieve e, cioè, su pazienti sintomatici *non ospedalizzati* ed entrambi gli studi mostrano vistosi limiti, non solo relativi all'incidenza di confondimento con altri fattori causali, se si pensa, ad esempio, che nel primo la diagnosi certa è stata possibile solo nel 58% dei casi, le valutazioni sono state fatte *online* o telefonicamente, l'esito primario è stato modificato nel corso dello studio, come rileva AIFA, per consentire di concluderlo con una minore numerosità campionaria (c.d. *sample size*), mentre, sempre ad esempio, nel secondo la ricerca non era potenziata in modo da valutare *endpoint* più robusti da un punto di vista clinico, come ben sottolinea la stessa AIFA, quali l'ospedalizzazione o la risoluzione dei sintomi.

[...] Anche i più recenti studi pubblicati – come quello, ad esempio, del 9/11/2020, *Self Wh et al. JAMA 2000*, studio multicentrico, randomizzato, in doppio cieco, controllato vs. placebo, condotto in 34 ospedali degli Stati Uniti – è stato interrotto troppo precocemente e presenta un *endpoint* primario di difficile interpretazione clinica, come riconosce la stessa AIFA nella citata scheda sul farmaco aggiornata al 25 novembre 2020».

<sup>220</sup> In particolare, si tratta di «studi clinici a carattere sperimentale, randomizzati e controllati (RCT – *controlled randomized trial*), che costituiscono il c.d. *gold standard* della ricerca medica», cfr. *Ivi*, punto 11.4.

<sup>221</sup> *Ivi*, punto 17.1.

E infatti, si assiste a una ponderazione di interessi, sulla base di presupposti tecnico-scientifici, in cui la decisione dovrebbe essere orientata a realizzare il diritto alla salute nella dimensione personalistica e solidaristica, ai sensi degli art. 2 e 32 Cost.

Pertanto, il Consiglio di Stato conclude che il quadro relativo all'efficacia e alla sicurezza della terapia dimostra «che il rapporto tra *benefici/rischi*, sulla base delle conoscenze scientifiche attuali [...], non è ragionevolmente tale da precludere l'utilizzo *off label* dell'idrossiclorochina e la prescrizione del medico curante»<sup>222</sup>.

Sul punto, vanno svolte alcune considerazioni.

Da un lato, parte della dottrina rileva come la decisione esprima la difficoltà di separare la valutazione tecnica da quella discrezionale, prodotta dalla crescente pervasività della tecnica, da cui deriva la difficoltà di «assicurare un sindacato *strutturalmente* diverso tra le due valutazioni»<sup>223</sup>.

In questo senso, seppur si rilevi che i due profili restano «distinti sul piano logico», si osserva correttamente come gli stessi vengano trattati «in maniera sostanzialmente unitaria dal giudice per contestare la complessiva (ir)razionalità della decisione finale»<sup>224</sup>.

È senz'altro vero che il giudice ragiona in termini di discrezionalità amministrativa, mescolando i due profili; tuttavia, si ritiene necessario svolgere un esame più approfondito della questione, per esaminare se venga concretamente in rilievo un bilanciamento degli interessi in gioco, in quello che il giudice identifica come il rapporto tra *benefici/rischi*, che appare la questione centrale della controversia.

È con d.lgs. n. 219/2006 che viene regolata l'autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci, il cui art. 6, comma 1 prevede che nessun medicinale possa essere commercializzato senza una autorizzazione rilasciata dall'AIFA o senza una autorizzazione comunitaria, disciplinata dal regolamento (CE) n. 726/2004 in combinato disposto con il regolamento (CE) n. 1394/2007.

Al riguardo, il divieto di utilizzazione di un farmaco viene disciplinata dall'art. 142 del d.lgs. n. 219/2006 (rubricato «Divieto di vendita e di utilizzazione ritiro dal commercio e sequestro del medicinale»)<sup>225</sup>; tale norma richiama i requisiti previsti dal precedente comma 2 dell'art.

---

<sup>222</sup> *Ivi*, punto 20.

<sup>223</sup> A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2021, p. 421.

<sup>224</sup> *Ivi*, p. 422.

<sup>225</sup> L'art. 142, comma 1, d.lgs. n. 219/2006, così recita: «L'AIFA vieta la vendita e la utilizzazione del medicinale e dispone il ritiro dal commercio dello stesso, anche limitatamente a singoli lotti, se a giudizio motivato della stessa, ricorre una delle condizioni di cui al comma 2 dell'articolo 141 ovvero risulta che non

141 (rubricato «Sospensione, revoca e modifica d'ufficio di una AIC»), che prevede che: «la revoca, che comporta il definitivo ritiro dal commercio del medicinale, è disposta quando, a motivato giudizio dell'AIFA: [...] c) il rapporto rischio/beneficio non è favorevole nelle normali condizioni d'impiego [...]»<sup>226</sup>.

Ebbene, l'art. 1, lettera hh) del citato decreto legislativo, offre una definizione del rapporto rischio/beneficio che testualmente consiste in «una *valutazione* degli effetti terapeutici positivi del medicinale rispetto ai rischi definiti alla lettera gg), numero 1)»<sup>227</sup>.

Mentre, dunque, i benefici sono gli effetti terapeutici positivi, a loro volta, i rischi vengono definiti dalla lettera gg) dell'art. 1, e sono riassumibili nei «rischi connessi all'utilizzazione del medicinale», tra cui figurano: «1) ogni rischio connesso alla qualità, alla sicurezza o all'efficacia del medicinale per la salute del paziente o la salute pubblica; 2) ogni rischio di effetti indesiderabili sull'ambiente».

Unendo gli elementi appena visti, si può osservare come il rapporto rischi/benefici, che viene dal giudice impiegato per svolgere un sindacato di ragionevolezza, in cui si mescolano elementi discrezionali ed elementi valutativi tecnici, appare in realtà più simile, dalla lettura della normativa, ad una mera attività valutativa: il riferimento alla *valutazione*, nel definire il rapporto *rischio/beneficio*, farebbe propendere per ritenerla una scelta tecnica, senz'altro opinabile, ma non necessariamente un bilanciamento di interessi.

Ad ogni modo, anche ritenendo che tale rapporto sottenda una valutazione di interessi rimessa all'autorità amministrativa (in questo caso all'AIFA), dalla normativa analizzata si evince, comunque, che le valutazioni sui rischi e sui benefici integrano valutazioni tecniche, la prima relativa agli effetti indesiderabili sull'uomo e sull'ambiente, la seconda relativa agli *effetti terapeutici positivi* del medicinale<sup>228</sup>. Tali valutazioni restano, in ogni caso,

---

sono stati effettuati i controlli sul prodotto finito, o sui componenti e sui prodotti intermedi della produzione, o che non sono stati osservati gli obblighi e le condizioni imposti all'atto del rilascio dell'autorizzazione alla produzione o successivamente o che non sono stati osservati gli obblighi e le condizioni imposti all'atto del rilascio dell'AIC o all'atto dell'approvazione delle variazioni da parte dell'AIFA, o il medicinale presenta difetti di qualità potenzialmente pericolosi per la salute pubblica».

<sup>226</sup> Si riporta integralmente il testo dell'art. 141, comma 2 del d.lgs. n. 219/2006: «La revoca, che comporta il definitivo ritiro dal commercio del medicinale, è disposta quando, a motivato giudizio dell'AIFA:

- a) il medicinale è nocivo nelle normali condizioni di impiego;
- b) il medicinale non permette di ottenere l'effetto terapeutico o l'effetto per il quale è stato autorizzato;
- c) il rapporto rischio/beneficio non è favorevole nelle normali condizioni d'impiego;
- d) il medicinale non ha la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata».

<sup>227</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>228</sup> Peraltro, rispetto a quest'ultimi, nulla ostava a che fossero effetti minimi: nel caso di specie, infatti, il giudice ben poteva valorizzare gli studi scientifici prodotti in giudizio dagli appellanti, come in effetti è stato fatto, per rilevarne una possibile efficacia minima.

strutturalmente separate dal successivo bilanciamento dei due poli del rapporto, identificando due diversi segmenti decisionali: il primo, che consiste nella valutazione dei rischi e dei benefici, e il secondo, che, attraverso una ponderazione di interessi, demanda una scelta discrezionale all'amministrazione.

In definitiva, emerge dalla normativa come l'identificazione dei due segmenti decisionali consenta di sviluppare un sindacato diversificato sulle due attività, valutativa e discrezionale. Infatti, se, da un lato, è «proprio dalla chiarezza e univocità di tale distinzione che viene a dipendere la stessa *possibilità* – innanzitutto sul piano logico – di assicurare un sindacato *strutturalmente* diverso tra le due tipologie di valutazioni», dall'altro lato, le innegabili difficoltà, esemplificate dalla sentenza in commento, nell'individuare le due tipologie di attività<sup>229</sup>, non possono, a parere di chi scrive, giustificare un trattamento giurisdizionale sostanzialmente unitario.

Invero, le criticità nell'individuare la linea di demarcazione tra le due figure (dunque, tra discrezionalità e valutazioni tecniche, o tra opportunità e opinabilità), non è argomento idoneo a metterne in discussione la relativa natura giuridica che, fino a prova contraria della dottrina e della giurisprudenza (ad oggi non pervenuta), resta ontologicamente distinta.

In un caso diverso, invece, il giudice amministrativo qualifica come vincolato il provvedimento dell'autorità amministrativa basato su presupposti tecnico-scientifici, in quanto essi avrebbero ridotto, eliminandolo, il margine di scelta dell'amministrazione, escludendo così il potere della p.a. di ponderare gli interessi in gioco.

In particolare, il T.A.R. Basilicata si è pronunciato con ordinanza dell'11 marzo 2021, n. 227 sulla natura giuridica del potere di ordinanza attribuito al Ministro della Salute per il contenimento della pandemia da *coronavirus*, che permetteva all'autorità amministrativa di applicare sul territorio regionale misure più restrittive rispetto a quelle vigenti sul territorio nazionale.

Si tratta, nello specifico, del potere di istituire la c.d. *zona rossa* su tutto il territorio regionale, prevista dall'art. 1, comma 16 *bis* e ss. del D.L. n. 33/2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge del 14 luglio 2020, n. 74).

---

<sup>229</sup> A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2021, p. 421 ss.

Il giudice precisa che tali atti sono vincolati sotto il profilo dell'*an* (poiché dipendono da presupposti scientifici rigidamente prefissati)<sup>230</sup>, del *quid* (poiché la norma di legge predetermina le misure da applicare ad ogni "zona")<sup>231</sup>, e del *quando* (poiché la durata minima è prefissata in quindici giorni)<sup>232</sup>.

Invece, il T.A.R. evidenzia che la possibilità, prevista ai sensi dell'art. 1, comma 16 *bis* del predetto decreto-legge, di esentare specifiche parti del territorio regionale attraverso un provvedimento dal carattere co-decisorio assunto d'intesa con il Presidente della Regione, costituisce un provvedimento che esprime una potestà discrezionale.

In questo secondo caso, si osserva, «l'adozione dell'ordinanza di esenzione può avvenire soltanto "(...) in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico certificato dalla cabina di regia". Il che presuppone, a livello istruttorio, la disponibilità di dati, riferibili alle singole porzioni territoriali candidate all'esenzione, in grado di giustificare sotto il profilo tecnico-scientifico l'introduzione del regime derogatorio»<sup>233</sup>.

Anche nell'ipotesi in cui la decisione sia espressamente qualificabile come discrezionale, i presupposti tecnici necessari per fondare il successivo bilanciamento di interessi sono requisiti essenziali che determinano la natura *complessa* della decisione, nell'ambito della quale possono differenziarsi, a livello concettuale, i due momenti, quello tecnico, e quello discrezionale.

Pertanto, come si vedrà, altresì, nel seguente paragrafo, qualunque sia la qualificazione data ai poteri dell'autorità amministrativa, si ritiene che la decisione tecnica può presentare

---

<sup>230</sup> L'art. 1, comma 16 *quater* del citato D.L., così recita: «Il Ministro della salute, con propria ordinanza, secondo le procedure di cui ai commi 16-bis e 16-ter, applica alle regioni che, ai sensi del comma 16-bis, si collocano in una delle zone di cui alle lettere b), c) e d) del comma 16-septies, le misure individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, aggiuntive e progressive rispetto a quelle applicabili nell'intero territorio nazionale».

L'art. 1, comma 16 *septies*, dello stesso D.L., che disciplina i presupposti scientifici per le "zone", non lascia margini di opinabilità, come si evince dalla lettura della stessa norma, nella parte relativa alla c.d. *zona rossa*: «Sono denominate: [...] d) "Zona rossa": le regioni nei cui territori l'incidenza settimanale dei contagi è pari o superiore a 150 casi ogni 100.000 abitanti e si verificano entrambe le seguenti condizioni: 1) il tasso di occupazione dei posti letto in area medica per pazienti affetti da COVID-19 è superiore al 40 per cento; 2) il tasso di occupazione dei posti letto in terapia intensiva per pazienti affetti da COVID-19 è superiore al 30 per cento di quelli comunicati alla predetta Cabina di regia entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. La comunicazione può essere aggiornata con cadenza mensile sulla base di posti letto aggiuntivi, che non incidano su quelli già esistenti e destinati ad altre attività».

<sup>231</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 16 *quater* del menzionato decreto-legge, sono applicate le misure di contenimento tra quelle individuate con d.P.C.M. di cui all'articolo 1, comma 2, del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35.

<sup>232</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 16 *bis*, del citato decreto-legge.

<sup>233</sup> T.A.R. Basilicata, Potenza, 11 marzo 2021, n. 227, punto 7.2.

molteplici profili idonei a determinarne la natura complessa, i quali, tuttavia, vanno tenuti logicamente e, soprattutto, ontologicamente distinti, affiancandosi la valutazione tecnica dell'amministrazione, sindacabile mediante un controllo pieno, all'eventuale bilanciamento di interessi proprio della discrezionalità pura, sindacabile attraverso il parametro di ragionevolezza.

Come già sottolineato, la distinzione tra i presupposti teorici di partenza è necessaria per distinguere il controllo dei profili valutativi da quelli discrezionali della decisione, in modo da garantire una effettiva tutela giurisdizionale, nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

La valutazione approfondita dei presupposti scientifici consente, in ogni caso, di vincolare maggiormente la decisione amministrativa: attraverso i parametri oggettivi di derivazione tecnica è possibile agevolare e migliorare, in termini di maggiore efficacia, il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo<sup>234</sup>.

### 6.3.2. *I concetti giuridici indeterminati tra discrezionalità e valutazioni tecniche*

A completamento dell'analisi fino a questo momento svolta, verranno di seguito esaminati alcuni precedenti giurisprudenziali in cui assumono particolare rilievo i concetti giuridici indeterminati, figure che vedono una proliferazione nel nostro ordinamento<sup>235</sup>, attraverso i quali si svolgeranno alcune ulteriori riflessioni rispetto al controllo giudiziario delle valutazioni tecniche. In questa sede, tuttavia, non ci si addenterà nella puntuale

---

<sup>234</sup> Il sindacato sulle decisioni amministrative in periodo di emergenza pandemica, sottolinea la dottrina, è generalmente riconducibile a un controllo di ragionevolezza e di proporzionalità: «le decisioni giudiziarie di questo periodo emergenziale denotano similitudine di temi e affinità delle tecniche di sindacato sull'uso dei poteri emergenziali, fondate sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Con il dichiarato intento di non invadere mai la sfera di discrezionalità tecnico amministrativa sottesa alle scelte effettuate, le decisioni adottate dal giudice amministrativo sono dunque accomunate dal tentativo di bilanciare in chiave comparatistica i plurimi interessi in gioco, facendo emergere priorità non compiutamente evidenziate dalle norme», cfr. C. BENETAZZO, *Eccesso di potere giurisdizionale e dialogo tra Corti*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 225.

<sup>235</sup> F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 24.

ricostruzione dell'istituto, poiché già esaminato in altra sede con l'ausilio della dottrina spagnola e sudamericana<sup>236</sup>.

Ebbene, si ritiene, riassuntivamente, che esistano concetti giuridici indeterminati connotati da discrezionalità amministrativa, e concetti giuridici indeterminati che implicano esclusivamente valutazioni tecniche dell'amministrazione: tale risalente impostazione andrebbe, ad avviso di chi scrive, integrata con l'elemento che qualifica e distingue, rispetto alle valutazioni tecniche, la discrezionalità amministrativa, rappresentato dalla ponderazione comparativa di interessi<sup>237</sup>.

Da ciò consegue, nel primo caso, che la concretizzazione del concetto richiederebbe di svolgere il consueto bilanciamento (o ponderazione) tra interessi in gioco; mentre nel secondo caso tale ponderazione sarebbe assente poiché già realizzata a livello legislativo, e traducendosi l'applicazione (o la c.d. *concretizzazione*) del concetto in una attività meramente interpretativa, con applicazione di conoscenze specialistiche.

Spetterebbe all'interprete, dunque, analizzare la norma, interpretare il concetto giuridico indeterminato verificando la presenza o meno di discrezionalità, e concretizzarlo.

Il discrimine resta sempre il giudizio di opportunità, la cui presenza distingue il concetto che implica discrezionalità, da quello che implica mere valutazioni tecniche.

Dai risultati di questa operazione consegue, da un lato, un sindacato che può limitarsi alle forme dell'eccesso di potere, escludendosi la sostituzione giudiziale nel rispetto del principio di separazione dei poteri, e, dall'altro, un sindacato che può eventualmente estendersi alla *maggiore attendibilità*, in applicazione dei principi giurisprudenziali appena esaminati.

Ebbene, con sentenza del 19 luglio 2022, n. 6254<sup>238</sup>, il Consiglio di Stato si è pronunciato su una controversia in materia di vigilanza bancaria avente ad oggetto l'impugnazione di una nota con cui la Banca d'Italia<sup>239</sup>, ritenuti sussistenti i presupposti di cui all'art. 69 *octies decies*, comma 1, lett. b) del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (d'ora in poi T.U.B.) – ovvero gravi violazioni normative, gravi irregolarità nell'amministrazione, il significativo deterioramento della situazione della banca, nonché l'insufficienza di misure meno invasive

---

<sup>236</sup> Si veda, più approfonditamente, il Cap. III.

<sup>237</sup> Ci si riferisce all'impostazione di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

<sup>238</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254. Per un commento, v. G. FIDONE, *Sulla qualificazione del potere di removal della Banca d'Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la full jurisdiction*, in *Giur. Comm.*, 13, 2023, p. 407 ss.; L. LIPPOLIS, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1, 2023, p. 82 ss.

<sup>239</sup> Nello specifico, la nota del 28 giugno 2016, n. 837467/16.

ex art. 53 *bis* del T.U.B.<sup>240</sup> –, adottava nei confronti della banca “Credito di Romagna s.p.a.” le misure previste dal successivo art. 69 *vicies semel*, esercitando il potere di *removal*, ovvero la rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo della banca. Questa misura rientra nelle c.d. misure di intervento precoce (introdotte con la direttiva europea 2014/59/UE e recepite nel nostro ordinamento con il d.lgs. del 16 novembre 2015 n. 181, che aggiunge al T.U.B. gli artt. 69 *bis* ss.), con lo scopo di prevenire le crisi ed evitare che il deterioramento degli istituti vigilati generi effetti a cascata sulla stabilità del sistema bancario<sup>241</sup>.

Nel merito, i poteri di *removal* vengono ritenuti dal giudice espressione dei poteri di vigilanza prudenziale, finalizzati alla «*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*», che costituiscono le finalità dell'attività di vigilanza, secondo il disposto dell'art. 5 del T.U.B.<sup>242</sup>

In particolare, si osserva che nell'attività di vigilanza bancaria vengono in gioco concetti giuridici indeterminati (tra cui rileva, ad esempio, la “sana e prudente gestione”) il cui apprezzamento, secondo il giudice, va ricondotto alle valutazioni tecniche complesse, nelle quali vi è una «contestualità cronologica» e una «parziale sovrapposizione logica» tra il momento della valutazione tecnica e quello della ponderazione dell'interesse pubblico, che si fondono in un procedimento logico unitario<sup>243</sup>.

Nel caso di specie, i presupposti di cui all'art. 69 *octies decies*, comma 1, lett. b) del T.U.B. vanno rapportati all'eventuale imminente pregiudizio per i creditori e i risparmiatori.

---

<sup>240</sup> L'art. 69 *octies decies* del T.U.B. così statuisce: «La Banca d'Italia può disporre le seguenti misure nei confronti di una banca, una capogruppo italiana di un gruppo bancario o una delle società indicate all'articolo 69.2:

a) le misure di cui all'articolo 69-*noviesdecies*, quando risultano violazioni dei requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, delle disposizioni di attuazione della direttiva 2013/36/UE e del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014, oppure si preveda la violazione dei predetti requisiti anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo;

b) la rimozione degli esponenti di cui all'articolo 69-*vicies-semel*, quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo, e sempre che gli interventi indicati nella lettera a) o quelli previsti negli articoli 53-bis e 67-ter non siano sufficienti per porre rimedio alla situazione».

<sup>241</sup> «Con le misure di intervento precoce si è inteso prevenire le crisi bancarie riducendo al minimo il loro impatto sull'economia reale e le finanze pubbliche, grazie ad un intervento che anticipi il deterioramento irreparabile della situazione di una banca, anche al fine di assicurare la continuità dei servizi essenziali della banca e il suo rapido risanamento», cfr. Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, punto 5.1.

<sup>242</sup> Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, punto 5.2.

<sup>243</sup> *Ivi*, punto 10.1.

Tuttavia, il giudice chiarisce altresì che il potere di *removal* costituisce espressione di discrezionalità, e come «l'autorità vigilanza, una volta accertata l'esistenza dei presupposti oggettivi enunciati dall'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b), TUB, sia chiamata a stabilire, sulla base di una valutazione di opportunità, se disporre la rimozione collettiva degli organi sociali, ovvero se, nello specifico caso, siano prospettabili soluzioni meno gravose (o se in ipotesi sia invece necessaria una misura ancora più incisiva)».

Tuttavia, è stato evidenziato dalla dottrina come tale potere costituisca espressione di una decisione amministrativa composta<sup>244</sup>, in cui «alla valutazione tecnica (la verifica dei presupposti delle gravi violazioni di legge o delle gravi irregolarità, ovvero del deterioramento significativo, seppur non irreversibile, dell'azienda) si accompagna una scelta puramente discrezionale (l'opportunità della misura da adottare rispetto ad interventi più o meno invasivi per risolvere la situazione)»<sup>245</sup>.

Più che una *sovrapposizione*, dunque, sembra più corretto parlare dell'*affiancamento* delle valutazioni tecniche all'esercizio di discrezionalità pura, le prime prodromiche rispetto alla seconda.

A conferma di questa impostazione, si osserva che nel caso di specie viene disposta una c.t.u., per verificare se gli elementi di fatto che costituivano i presupposti oggettivi alla base del provvedimento fossero corretti<sup>246</sup>.

L'indagine peritale, dall'esito positivo, confermava «la correttezza e l'oggettività dei dati ed elementi di fatto posti dalla Banca d'Italia alla base del provvedimento di *removal*»<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> Riguardo ai procedimenti amministrativi composti, si rimanda a W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. Amm.*, 2, 2017, p. 327 ss.

<sup>245</sup> L. LIPPOLIS, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1, 2023, p. 90.

<sup>246</sup> Si riporta, per completezza, il quesito della indagine peritale: «a) indicare, su un piano generale, se i fatti posti a base dei provvedimenti di Banca d'Italia ed esistenti al momento dell'adozione di tali provvedimenti si fondino su dati corretti e oggettivi anche alla luce della documentazione prodotta dagli appellanti e depositata in giudizio, avendo riguardo alle specifiche contestazioni contenute negli atti impugnati adottati da Banca d'Italia; b) indicare, su un piano più specifico: i) il periodo a partire dal quale si sono presentati profili di criticità di scadimento strutturale della capacità di reddito del credito di Romagna e, in particolare, se esso si sia prodotto solo a partire dal 2014 e se le perdite registrate specificamente nel 2015 siano state conseguenza di elementi negativi di carattere straordinario (la svalutazione della partecipazione in Veneto Banca; il contributo al Fondo di risoluzione delle banche in crisi); ii) se senza queste partite straordinarie, il CET1 per il 2015 sarebbe stato praticamente pari a quello imposto dalla Banca d'Italia (10,50%); iii) le modalità seguite nell'erogazione del credito; iv) i dati di fatto sottostanti alla prescrizione contenuta nell'atto impugnato relativi allo "scomputo dai fondi propri di un importo complessivo pari ad euro 6,2 mln, corrispondente alla quota di azioni sottoscritte previa concessione di finanziamenti in stretta connessione temporale rispetto alla data delle stesse sottoscrizioni ovvero mediante fondi rivenienti dall'alienazione dei diritti di opzione di soggetti destinatari dei richiamati finanziamenti"», cfr. Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, punto 11.

<sup>247</sup> In particolare, si rileva una redditività "strutturalmente negativa" e un "carente" processo del credito, cfr. *Ivi*, punto 11.1.

Dunque, il giudice ha ritenuto che sussistessero i presupposti del provvedimento di *removal* indicati all'art. 68 *octies decies* del T.U.B., ovvero gravi violazioni di legge, gravi irregolarità, il significativo deterioramento della situazione patrimoniale, oltre all'insufficienza delle misure *ex art. 53 bis*.

In primo luogo, quest'ultimo presupposto è connotato, secondo il giudice, da un certo margine di discrezionalità, poiché richiede una valutazione di opportunità dell'intervento in relazione allo specifico caso<sup>248</sup>; in secondo luogo, i restanti presupposti costituiscono oggetto di valutazione tecnica dell'Autorità, richiedendo cognizioni tecnico-specialistiche che, nel caso di specie, vengono fornite dalla Consulenza tecnica d'ufficio (la quale non potrebbe, invece, riguardare l'ultimo dei presupposti, ovvero l'insufficienza delle misure, espressione di potere discrezionale).

Da un lato si osserva, infatti, che l'insufficienza delle misure *ex art. 53 bis* del T.U.B. è un presupposto che viene sindacato dal giudice attraverso il parametro della ragionevolezza, tipico del controllo sulla discrezionalità amministrativa: il giudice rileva, al riguardo, che il coinvolgimento di alcuni esponenti della banca anche in fatti di rilevanza penale, «la risalenza nel tempo di determinate criticità e loro natura escludono plausibilmente che una misura meno invasiva potesse ritenersi sufficiente, essendo invece *ragionevole* che una correzione di rotta fosse possibile solo con una diversa compagine gestionale»<sup>249</sup>.

Dall'altro lato, invece, pare che il controllo dei primi richieda valutazioni fondate su parametri estranei all'area dell'opportunità afferente alla discrezionalità, posto che il giudice fa continuo riferimento, nella pronuncia, al carattere “oggettivo” dei presupposti su cui si fonda il provvedimento di *removal*<sup>250</sup>.

Tale affermazione sembra essere in contrasto con quanto affermato dal giudice, che, riferendosi alle valutazioni delle irregolarità amministrative e delle violazioni di disposizioni normative, evidenzia come queste non possano commisurarsi ad un «parametro oggettivo precostituito, assumibile in tutte le situazioni, dovendosi rapportare tale valutazione al contesto concreto nel quale viene effettuata»<sup>251</sup>; in realtà, ciò non sembra mettere in discussione la già menzionata natura complessa del provvedimento, in cui si affiancano le valutazioni tecniche alle decisioni discrezionali che, si osserva, vanno tenute logicamente distinte.

---

<sup>248</sup> *Ivi*, punto 9.1.

<sup>249</sup> *Ivi*, punto 12.6. (corsivo aggiunto).

<sup>250</sup> *Ivi*, punti 9.1., 10.2., 11.1.

<sup>251</sup> *Ivi*, punto 10.1.

Infatti, il giudice fa riferimento all'attività di accertamento dei presupposti quale momento prodromico alla «valutazione di opportunità» che connota il provvedimento di *removal*<sup>252</sup>, tenendo, dunque, nettamente separate e distinte le due fasi.

Il Consiglio di Stato parla, dunque, di valutazioni tecniche complesse – che implicano concetti indeterminati – come connotate da una parziale sovrapposizione tra momenti tecnico-valutativi e momenti discrezionali.

A ben guardare, invece, oltre a mantenersi una distinzione tra i due momenti, sembra offrire a parere di chi scrive, un esempio particolarmente evidente di concetti giuridici indeterminati che implicano esercizio di discrezionalità, e concetti che non richiedono valutazioni discrezionali, ma esclusivamente la concretizzazione degli stessi in applicazione di parametri tecnici.

In primo luogo, oltre alla “*sana e prudente gestione*” di cui all’art. 5 T.U.B., concetto cardine del sistema di vigilanza, si ritrova un presupposto delle misure di cui all’art. 69 *vicies semel*, ovvero l’“*insufficienza*” delle misure *ex art. 53 bis* per porre rimedio alla situazione: entrambi, come visto, implicano una valutazione di opportunità, dunque una ponderazione di interessi in gioco, in particolare la tutela della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica *ex art. 41 e 42 Cost.*, da un lato, e il buon funzionamento dei mercati finanziari di cui all’art. 47 Cost., dall’altro<sup>253</sup>.

In secondo luogo, le “*gravi violazioni*” di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie, le “*gravi irregolarità*” nell’amministrazione, o il “*deterioramento particolarmente*

---

<sup>252</sup> Si riporta il passaggio della sentenza che sembra, sul punto, dirimente: «è evidente il carattere spiccatamente discrezionale del provvedimento in esame [di *removal*], volendosi con ciò sottolineare come l’autorità vigilanza, una volta accertata l’esistenza dei presupposti oggettivi enunciati dall’art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b), TUB, *sia chiamata a stabilire, sulla base di una valutazione di opportunità*, se disporre la rimozione collettiva degli organi sociali, ovvero se, nello specifico caso, siano prospettabili soluzioni meno gravose (o se in ipotesi sia invece necessaria una misura ancora più incisiva)», cfr. *Ivi*, punto 10.2. (corsivi e sottolineatura aggiunti).

<sup>253</sup> A titolo di esempio, un ulteriore concetto giuridico indeterminato che implica discrezionalità può essere ritrovato nell’art. 1 del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 (c.d. salva-Ilva), convertito con modificazioni dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231.

La norma ammette, infatti, che possa essere autorizzata dal Ministero dell’Ambiente la prosecuzione dell’attività di uno «stabilimento di interesse strategico nazionale», per un periodo non superiore a 36 mesi, con un numero di occupati non inferiore a duecento e qualora sia necessario per salvaguardare l’occupazione e la produzione.

La prosecuzione sarebbe altresì ammessa in caso di sequestro giudiziario degli impianti, salvo il rispetto delle prescrizioni impartite con l’autorizzazione: la decisione sull’interesse strategico nazionale dell’impianto è quindi idonea a incidere sugli interessi tutelati dalle norme penali.

Pertanto, la concretizzazione dell’*interesse strategico nazionale* come concetto indeterminato presupporrebbe un bilanciamento tra il diritto alla salute e il diritto all’iniziativa economica.

Sul punto, si veda E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 3, 2014, p. 781 ss.

*significativo*” della situazione della banca o del gruppo bancario, comportano una valutazione da effettuarsi mediante parametri oggettivi, in applicazione di conoscenze esperte (economico-giuridiche, in questo caso).

Da ultimo, si osserva come la dottrina faccia coerentemente riferimento a una diversa intensità del controllo giurisdizionale, che, oltre ad essere particolarmente incisivo sulle valutazioni tecniche a fronte dell’ampia discrezionalità, assume un carattere *bifasico*<sup>254</sup>: tale asimmetria consente di trovare un punto di incontro tra la valorizzazione dell’interesse pubblico perseguito dall’Autorità mediante l’esercizio della discrezionalità che le è attribuita e l’esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, in coerenza con il canone di *full jurisdiction* della giurisprudenza convenzionale<sup>255</sup>.

Può, da ultimo, osservarsi che il menzionato carattere bifasico del sindacato non può che presupporre una diversità di momenti, quello tecnico-valutativo, e quello discrezionale, che non possono sovrapporsi, ma dovrebbero invece affiancarsi, restando nettamente distinti.

L’applicazione dell’impostazione proposta permetterebbe di escludere che le valutazioni tecniche complesse – le quali, nel caso di specie, ineriscono all’attività di vigilanza – implicino generalmente la sovrapposizione tra momento tecnico e momento discrezionale. Individuare quali concetti giuridici indeterminati non comportano discrezionalità e possono essere concretizzati utilizzando criteri oggettivi predefiniti, e quali, invece, devono essere parametrati al caso di specie mediante un bilanciamento di interessi (e, dunque, una scelta discrezionale di opportunità), potrebbe avere effetti positivi rispetto alla precisa definizione dei presupposti teorici che giustificano un sindacato giurisdizionale effettivo, con ricadute benefiche in termini di pienezza della tutela e di certezza del diritto.

Un’ulteriore ipotesi in cui vengono in rilievo i concetti giuridici indeterminati si ritrova in un orientamento espresso da una parte della giurisprudenza amministrativa rispetto ad alcune controversie in materia di beni culturali e paesaggistici, consentendo altresì di integrare, con

---

<sup>254</sup> «Proprio per controbilanciare l’elasticità dei poteri attribuiti all’autorità è fondamentale assicurare un sindacato rigoroso sull’attendibilità del giudizio tecnico condotto dall’amministrazione nell’accertamento dei presupposti di fatto alla base del provvedimento. Solo così si garantiscono le condizioni affinché la successiva verifica del giudice sulla proporzionalità della misura scelta, fermo l’ampio margine di discrezionalità riservato all’amministrazione, possa risultare piena e consapevole. Questo modello “bifasico” di sindacato sembra aver trovato riscontro nella sentenza in commento [...]», cfr. L. LIPPOLIS, *Il removal della Banca d’Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1, 2023, p. 90.

<sup>255</sup> *Ivi*, p. 91.

alcune riflessioni teoriche relative al sindacato sulle valutazioni tecniche, quanto fino a questo momento è stato rilevato<sup>256</sup>.

Innanzitutto, viene confermata l'impostazione a cui si è fatto riferimento: le decisioni politico-amministrative, caratterizzate dalla ponderazione degli interessi e, di conseguenza, da un controllo di ragionevolezza della relativa scelta, vengono, infatti, tenute concettualmente distinte dalle valutazioni tecniche dei fatti complessi (la c.d. discrezionalità tecnica)<sup>257</sup>.

Rispetto a queste ultime, si osserva che la norma di attribuzione del potere può prendere in considerazione un fatto «storico», o un fatto «mediato» dalla concreta valutazione delegata alla pubblica amministrazione.

Nel primo caso, come avviene per le sanzioni amministrative, «gli elementi descrittivi della fattispecie, anche quelli valutativi e complessi, vanno accertati in via diretta dal giudice amministrativo, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati costituisce una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa»<sup>258</sup>.

Nel secondo caso, invece, il giudice non è chiamato a definire la fattispecie sostanziale, poiché mancano le premesse normative per il ragionamento sillogistico; pertanto, questi dovrà “valutare” se la decisione pubblica rientra nella ristretta gamma di risposte attendibili alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi del caso concreto.

Tuttavia, non solo i “fatti storici” integrano i concetti giuridici indeterminati, ma anche i “fatti mediati”, di cui il concetto di *bene culturale* è espressione, e «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»<sup>259</sup>.

Infatti, viene rilevato che il potere ministeriale di apporre il vincolo, attraverso la dichiarazione di interesse culturale del bene, richiede come presupposto le valutazioni dei tecnici del settore (in particolare, storici dell'arte, antropologi, architetti, urbanisti al servizio

---

<sup>256</sup> Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167; Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624.

<sup>257</sup> Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, punto 1.1.; Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, punto 2.1.

<sup>258</sup> Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, punto 2.1.

<sup>259</sup> Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, punto 1.2.

della pubblica amministrazione)<sup>260</sup>, valutazione che si interpone, pertanto, all'accertamento del fatto.

Aderendo a questa impostazione, anche i beni paesaggistici sono stati recentemente ricondotti da parte della giurisprudenza amministrativa ai concetti giuridici indeterminati: al riguardo, si rileva che «la dichiarazione di notevole interesse pubblico costituisce il frutto di un giudizio valutativo nel quale convergono una pluralità di competenze tecnico-scientifiche, tutte concorrenti al fine di dare concretezza a una nozione – quella di bene paesaggistico – che rappresenta un vero e proprio concetto giuridico indeterminato»<sup>261</sup>.

In definitiva, non solo con riferimento ai fatti storici, ma anche rispetto ai fatti mediati da valutazioni tecniche è possibile identificare concetti giuridici indeterminati che vanno concretizzati e che nei casi appena visti implicano, secondo il giudice, l'applicazione di conoscenze tecnico-specialistiche dal carattere opinabile.

La valutazione della p.a. che si interpone all'accertamento del fatto da parte del giudice non costituisce, dunque, un elemento che genera riserve amministrative in ordine al controllo giudiziale, posto che in entrambi i casi è possibile identificare concetti giuridici indeterminati che, nelle ipotesi viste, non presuppongono ponderazione di interessi, restando estraneo il potere discrezionale<sup>262</sup>.

Si sottolinea, infine, che la premessa teorica adottata da questo filone giurisprudenziale è data dalla suddivisione tra fatti *storici* o *mediati* dalla valutazione dell'Autorità, entrambi sottoposti al sindacato del giudice, che deve valutare se la decisione finale rientra nella gamma di risposte attendibili.

Due ordini di considerazioni si rendono necessarie.

---

<sup>260</sup> «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», cfr. Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, punto 1.2.

<sup>261</sup> T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 20 febbraio 2024, n. 194, punto 6.1.

<sup>262</sup> «la dichiarazione di interesse è giocoforza connotata da un apprezzabile margine di opinabilità, la quale riflette il carattere delle differenti cognizioni specialistiche che vi concorrono, tutte ascrivibili al novero delle scienze umane (antropologia, urbanistica, architettura, urbanistica, storia, storia dell'arte, agronomia, a titolo puramente esemplificativo) e non delle scienze esatte; con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale - sempre ammissibile, trattandosi della valutazione di fatti complessi e non di scelte di stretto merito amministrativo - va condotto sul piano dell'attendibilità del giudizio tecnico espresso dall'amministrazione, essendo il giudice chiamato a stabilire se quel giudizio rientri o meno nella gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto», cfr. *Ibid.*

In primo luogo, questo tipo di ragionamento, che ammette che la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione dei concetti giuridici indeterminati, costituisce una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, che non lascia spazio all'eventuale presenza di un concetto giuridico indeterminato (come la *sana e prudente gestione*) che richiede un bilanciamento tra interessi tipico del potere discrezionale.

In secondo luogo, come nel caso inizialmente visto in materia di vigilanza bancaria, si ritiene ben possibile che la decisione si presenti come complessa, ovvero composta da un "segmento" di valutazione tecnica e un "segmento" discrezionale: tale distinzione sarebbe possibile verificando se il concetto indeterminato presenta o meno profili di discrezionalità in termini di ponderazione comparativa degli interessi.

Queste premesse consentirebbero di affinare la tecnica di sindacato giurisdizionale applicata al rispettivo segmento decisionale (una con le forme, auspicabilmente, della *maggiore attendibilità*, e l'altra attraverso l'eccesso di potere), e rispettare le relative competenze dell'amministrazione, da un lato, e del giudice, dall'altro, conformemente al principio di separazione dei poteri.

### 6.3.3. *Ulteriori applicazioni del sindacato di maggiore attendibilità*

A completamento di quanto fino a questo momento osservato, va svolta una breve panoramica con riferimento alle applicazioni giurisprudenziali del sindacato di *maggiore attendibilità*.

Innanzitutto, tale forma di controllo viene richiamata dal Consiglio di Stato nel caso in materia di vigilanza bancaria appena visto.

Al riguardo, viene sollevata l'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione<sup>263</sup>, ribadendo come questi sia pienamente abilitato ad accertare la fondatezza della pretesa, e come si intenda dimostrare l'attendibilità delle operazioni tecniche e l'esatta rappresentazione dei fatti «seguendo una logica di piena giurisdizione»<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, punto 10.3.

<sup>264</sup> *Ivi*, punto 10.3.

Pertanto, coerentemente con il menzionato modello di sindacato, sembra che possano aprirsi spazi futuri per l'ipotetica adesione giudiziale a una ricostruzione tecnica alternativa dei presupposti oggettivi del provvedimento (quindi ad esclusione dell'ultimo presupposto, discrezionale, dell'insufficienza delle misure *ex art. 53 bis* del T.U.B.): si sottolinea, infatti, che in tale giudizio non sono emersi dalle difese degli appellanti «elementi atti ad inficiare la legittimità del potere esercitato»<sup>265</sup> richiamando, inoltre, la c.t.u., che ha confermato il quadro fattuale di riferimento, e precisando come si voglia escludere qualsiasi indebita inversione dell'onere della prova<sup>266</sup>.

L'eventuale dimostrazione della validità della ricostruzione alternativa potrebbe, in ipotesi, far venir meno i presupposti oggettivi che legittimano il provvedimento discrezionale, incidendo sul primo segmento della decisione amministrativa composta.

Con specifico riferimento al controllo giurisdizionale applicato dal giudice amministrativo nelle controversie in materia di beni culturali e paesaggistici appena viste, pur non citando espressamente il sindacato di *maggiore attendibilità*, vengono svolte alcune riflessioni che si ritengono coerenti con tale impostazione.

Infatti, si precisa che «è ben possibile per l'interessato – 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 – 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»<sup>267</sup>.

Peraltro, «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 diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza a adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato», poiché va dato seguito alla scelta del legislatore «di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione»<sup>268</sup>. Pertanto, si risolve così il problema legato alla pari opinabilità delle soluzioni tecniche dando preferenza a quella della p.a., istituzionalmente investita del compito di svolgere tali complesse valutazioni: tuttavia, questa affermazione non si contrapporrebbe al dovere per il giudice, in applicazione del principio costituzionale di tutela giurisdizionale effettiva, di

---

<sup>265</sup> *Ivi*, punto 12.1.

<sup>266</sup> Sul punto si ritornerà nel par. 7.

<sup>267</sup> Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, punto 1.1.

<sup>268</sup> *Ibid.*; conf., T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 20 febbraio 2024, n. 194, punto 6.1.

preferire la ricostruzione tecnica del privato qualora ne venga dimostrata in giudizio la maggiore correttezza sotto il profilo specialistico.

In applicazione dei principi enunciati può ulteriormente richiamarsi la sentenza n. 10624/2022, con cui il Consiglio di Stato accoglie la domanda del privato ritenendo assolto l'*onus probandi*.

In particolare, si dimostra in giudizio l'inattendibilità della valutazione contenuta nel diniego di autorizzazione paesaggistica emesso dal Comune di Casalecchio di Reno (BO), su parere negativo della Soprintendenza competente, avente ad oggetto un intervento di sopraelevazione di un fabbricato che avrebbe alterato in modo significativo l'impatto percettivo del crinale e delle colline retrostanti di un'area sottoposta a vincolo paesaggistico, ai sensi dell'art. 136, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 42/2004<sup>269</sup>.

Il Collegio condivide le osservazioni tecniche contenute nella verifica disposta in fase istruttoria, che conclude escludendo che le opere di sopraelevazione determinino una significativa alterazione del profilo collinare.

Nello specifico, vengono forniti diversi elementi valutativi, tra cui documentazione fotografica integrativa, punti di vista fotografici e simulazioni di inserimento paesaggistico delle nuove opere attraverso un *render* 3D.

Particolarmente interessante risulta un passaggio motivazionale in cui il Consiglio di Stato osserva che «la verifica dà conto minuziosamente delle ragioni per cui la documentazione fotografica prodotta dalla Soprintendenza sia invece meno esaustiva»<sup>270</sup>.

Si evince, pertanto, la minore attendibilità della ricostruzione tecnica della Amministrazione: quanto emerge dalla verifica risulta essere più attendibile sotto il profilo tecnico, meritando accoglimento la ricostruzione del privato.

In definitiva, quindi, il privato ha assolto l'onere della prova su di lui gravante, mentre l'Amministrazione «non ha fornito al Collegio elementi in grado di inficiare le conclusioni istruttorie sopra descritte»<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Il vincolo veniva imposto con decreto ministeriale del 10 ottobre 1960, ed era finalizzato a tutelare l'area collinare nell'ambito dei Comuni di Bologna e di Casalecchio di Reno.

Si legge nella sentenza che «la zona vincolata ha notevole interesse perché “oltre a formare dei quadri naturali di non comune bellezza panoramica offre numerosi punti di vista accessibili al pubblico dai quali si godono le magnifiche visuali del circostante ambiente collinare e di ampi tratti delle valli del Reno e del Savena con una vasta cerchia di monti degradanti verso di esse”», cfr. Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, punto 3.1.

<sup>270</sup> *Ivi*, punto 3.2.

<sup>271</sup> *Ivi*, punto 4.

Ancora una volta si dimostra che, qualora venga assolto l'onere della prova, è giusto, in conformità al principio di tutela giurisdizionale effettiva, aderire alla ricostruzione più corretta sotto il profilo tecnico.

La soluzione risulta, altresì, rispettosa del principio di parità delle parti processuali, e questo aspetto emerge con maggiore forza nell'interessante ipotesi in cui vi siano due Amministrazioni a confrontarsi in giudizio.

Con sentenza del 20 febbraio 2024, n. 194, il T.A.R. Toscana si è pronunciato sul ricorso con cui il Comune di Castelnuovo Berardenga (SI) impugnava il provvedimento del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo che sottoponeva un'ampia area dello stesso Comune a vincolo paesaggistico *ex art. 136, comma 1, lett. c) e d), del d.lgs. n. 42/2004*.

Tralasciando l'esame nel merito della vicenda, e le contestazioni specifiche svolte dalle parti in giudizio, va in questa sede osservato come dalla motivazione emerga una presa di posizione netta in merito alle forme del sindacato: difatti, se le valutazioni del Ministero resistente sul notevole interesse della zona sottoposta a vincolo vengono ritenute coerenti e plausibili sotto il profilo tecnico, alle conclusioni del Comune «può attribuirsi (al netto della rilevata genericità) tutt'al più il ruolo di opinione divergente che, in quanto priva di maggiore attendibilità, non è idonea a supportare l'accoglimento del gravame»<sup>272</sup>.

Ancora una volta torna il parametro della *maggiore attendibilità*, che dall'impostazione giurisprudenziale più avanzata ammette, anche in un settore in cui le resistenze rispetto a una maggiore incisività del controllo sono fortissime, un controllo sull'attendibilità tecnica della valutazione che garantisce il rispetto del principio di parità delle parti nel processo.

Una ulteriore ipotesi in cui si applica il modello di sindacato in esame è rintracciabile nella sentenza della Sezione III del Consiglio di Stato, n. 9897/2023.

Nel merito, il Supremo Consesso amministrativo si è pronunciato in relazione alla decisione del Ministero della Salute (decreto del 23 febbraio 2022) di inserire l'*Ayahuasca* nella Tabella I del d.P.R. del 9 ottobre 1990, n. 309.

Le norme di riferimento sono l'art. 13 e 14, comma 1, lett. a), n. 4, del citato d.P.R., che prevedono, rispettivamente, che l'inclusione di nuove sostanze nelle tabelle deve avvenire con decreto del Ministero sentito il Consiglio Superiore di Sanità e l'Istituto Superiore di Sanità, anche in base a quanto previsto dalle «nuove acquisizioni scientifiche», e che può

---

<sup>272</sup> T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 20 febbraio 2024, n. 194, punto 6.1.

essere inserita ogni altra sostanza «che produca effetti sul sistema nervoso centrale ed abbia capacità di determinare dipendenza fisica o psichica».

Ebbene, il Consiglio di Stato ritiene che l'appellante non sia stato in grado «di superare la tenuta scientifica dei pareri dell'Istituto superiore di sanità [...] e il parere del Consiglio superiore di sanità, [...] sicché, in conclusione, la determinazione amministrativa impugnata, [...] regge al vaglio di legittimità proprio della presente sede giurisdizionale, esclusa ogni valutazione del merito tecnico-scientifico e ogni sindacato sulla convenienza e opportunità della decisione amministrativa contestata»<sup>273</sup>.

Si tratta, quindi, di una mera valutazione di attendibilità tecnica, escluso ogni profilo di opportunità: non essendo stato assolto l'onere della prova da parte dell'appellante rispetto all'eventuale violazione di legge, dimostrando l'infondatezza della tesi avversaria o la maggiore correttezza della propria tesi, non può annullarsi il provvedimento che il giudice stabilisce essere legittimo.

In conclusione, il Consiglio di Stato applica integralmente il controllo di *maggior attendibilità*, ritenendo che «l'inidoneità delle prospettazioni e delle produzioni scientifiche di parte appellante e interventrice a invalidare la legittimità dell'apprezzamento tecnico-discrezionale compiuto dall'Amministrazione, restano valide anche a voler aderire alla tesi più larga circa lo spazio consentito al sindacato del Giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnico-scientifica dell'amministrazione [...]»<sup>274</sup>.

Nel caso di specie, prosegue il giudice, in cui «vengono in rilievo scienze e conoscenze propriamente tecniche, della chimica, della medicina, della biologia, della tecnologia farmaceutica, della psichiatria, dell'etnobotanica, sarebbe possibile pervenire a una piena sindacabilità dei fatti opinabili, anche sulla base di un criterio di “maggior attendibilità” della tesi emergente in giudizio, alla luce delle deduzioni e delle produzioni di parte, rispetto a quella fatta propria dall'Amministrazione nell'atto impugnato. Tuttavia, anche a voler applicare tale più ampio metodo di indagine e di sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata dall'Amministrazione, è convincimento del Collegio che le deduzioni e produzioni di parte [...] non assumono e non presentano quella “maggior attendibilità” idonea a far dubitare dell'attendibilità tecnico-scientifica dell'istruttoria compiuta dall'Amministrazione e dalle conseguenti conclusioni cui essa è giunta»<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> Cons. St., sez. III, 20 novembre 2023, n. 9897, punto 8.

<sup>274</sup> Cons. St., sez. III, 20 novembre 2023, n. 9897, punto 9.

<sup>275</sup> *Ibid.*

#### 6.3.4. *Il modello di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle commissioni valutatrici. Profili critici*

In materia di valutazione delle prove da parte delle commissioni di concorso, si rilevano alcuni interessanti precedenti della giustizia amministrativa che tendono ad estendere i limiti del sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a.

Va, preliminarmente, rilevato che la giurisprudenza ha elaborato, in materia concorsuale, un modello di controllo giudiziale sulle valutazioni tecniche delle commissioni che, di regola, risulta poco incisivo, ovvero limitato alle ipotesi in cui sussista uno sviamento logico, un errore di fatto o una contraddizione evidente<sup>276</sup>.

Il giudizio della commissione valutatrice esprime – secondo la cristallizzata impostazione del Consiglio di Stato – ampia discrezionalità tecnica, che in base all’orientamento dominante è sindacabile solo per travisamento dei fatti (desumibile da chiari errori di fatto e di giudizio), manifesta illogicità o irragionevolezza della valutazione<sup>277</sup>.

Il controllo giudiziale è, pertanto, tendenzialmente caratterizzato dal ricorso alla figura dell’eccesso di potere, seppur circoscritto alle ipotesi suindicate.

Va, tuttavia, segnalato come sussista una recente propensione all’esercizio di un controllo particolarmente penetrante sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici, come avvenuto, ad esempio, nel caso delle valutazioni delle commissioni per il rilascio dell’Abilitazione Scientifica Nazionale<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. II, 20 novembre 2020, n. 7216; Cons. St., sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6103; T.A.R. Lazio, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 13231.

<sup>277</sup> Cfr. Cons. St., sez. III, 14 settembre 2023, n. 8319: «il giudizio della Commissione in materia di prove concorsuali comporta una valutazione essenzialmente qualitativa della preparazione scientifica dei candidati, attenendo alla sfera della discrezionalità tecnica. Pertanto, il sindacato nei confronti degli atti di correzione di tali prove è limitato al riscontro di evidenti errori di fatto e di giudizio da parte della Commissione, che lascino intravedere il manifesto travisamento dei fatti sui quali il giudizio è stato svolto, oppure la manifesta illogicità o irragionevolezza del compimento di questa attività»; conf. Cons. St., sez. III, 18 maggio 2023 n. 4962; Cons. St., sez. III, 13 aprile 2023, n. 3733; Cons. St., sez. IV, 30 agosto 2018, n. 5117; Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2017, n. 492.

<sup>278</sup> La sentenza emblematica, in materia, è Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321, con nota di F. CAPORALE, *L’esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell’amministrazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 4, 2019, p. 499 ss.

Nella fattispecie, il Consiglio di Stato ordina che sia rilasciata l’Abilitazione Scientifica Nazionale alla ricorrente, dopo un complesso *iter* in cui si succedono tre diverse commissioni che ripetutamente negano l’abilitazione; in particolare, il Consiglio di Stato osserva che si era esaurita la discrezionalità tecnica a seguito della «insanabile ‘frattura’ del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell’affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri».

In quest'ultimo caso, infatti, anche il legislatore esprime la tendenza a ricondurre la valutazione entro parametri oggettivi, agevolando la censura giudiziale e restringendo, dunque, i margini di discrezionalità della commissione: la giurisprudenza evidenzia, al riguardo, che il D.M. n. 120/2016, attuativo della l. n. 240/2010, che disciplina la materia, «punta al rafforzamento di criteri e parametri oggettivi di valutazione, così da consentire un percorso di verifica giudiziale più stringente»<sup>279</sup>.

Tornando alle valutazioni delle commissioni di concorso, va evidenziato come sebbene la giurisprudenziale dominante si assesti su posizioni maggiormente restrittive, altra parte della giurisprudenza ha dato impulso a un controllo più penetrante su siffatte valutazioni tecniche. Secondo tale orientamento, il giudice sarebbe legittimato a svolgere un controllo intrinseco sull'apprezzamento dell'amministrazione: nel vagliare l'attendibilità della valutazione attraverso una verifica di correttezza del criterio tecnico adottato e della sua esatta applicazione, questi non si limiterebbe a un controllo meramente formale ed estrinseco potendo esercitare, invece, un sindacato di natura intrinseca<sup>280</sup>.

Nell'ambito di questa impostazione si inserisce la sentenza del Consiglio di Stato n. 6216 del 2023<sup>281</sup>, emessa sull'appello di una partecipante non ammessa alle prove orali del concorso per 360 posti di magistrato ordinario, indetto con D.M. del 19 ottobre 2016, n. 22.

---

Con riferimento ad ulteriori pronunce in cui emerge un controllo particolarmente incisivo che, in alcuni casi, tende a lambire il merito amministrativo, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2015, n. 5654; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 aprile 2015, n. 6283.

Con riguardo agli studi dottrinali che si sono occupati della materia, si può richiamare F. GIGLIONI, *Il giudizio sulle valutazioni tecniche delle commissioni di abilitazione scientifica nazionale*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2023, p. 647 ss.; L. BELVISO, M. LAVATELLI, *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, in *Gior. Dir. Amm.*, 3, 2021, p. 394 ss.; F. DE LEONARDIS, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 3, 2016, p. 715 ss.; A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2015, p. 605 ss.

<sup>279</sup> Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8471, punto 4.

La disciplina dell'Abilitazione Scientifica Nazionale tende, in generale, a ridurre gli spazi di discrezionalità, come evidenziato da F. GIGLIONI, *Il giudizio sulle valutazioni tecniche delle commissioni di abilitazione scientifica nazionale*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2023, p. 650.

Si sottolinea, infatti, che già a partire dal D.M. n. 76/2012, poi sostituito dal D.M. n. 120/2016, l'introduzione delle c.d. mediane come elemento di valutazione aveva avuto la medesima finalità, cfr. F. DE LEONARDIS, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 3, 2016, p. 723.

<sup>280</sup> Il T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 28 maggio 2021, n. 6327, nel definire i limiti del proprio sindacato, rileva che: «con riferimento [...] alla discrezionalità tecnica, che residua normalmente in capo alle commissioni dei pubblici concorsi, la valutazione discrezionale dell'Amministrazione non ha, in questi casi, ad oggetto gli interessi emersi nel corso del procedimento, quanto piuttosto i fatti che devono essere apprezzati nella fase *infra* procedimentale dell'istruttoria mediante l'applicazione di scienze non esatte che, inevitabilmente, conducono a risultati opinabili. In tale ultimo caso, lungi dall'essere escluso, l'intervento del g.a., una volta superato l'orientamento tradizionale che lo riteneva relegato al solo estrinseco, si ritiene oggi che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela, debba essere qualificato alla stregua di un sindacato di tipo intrinseco, con la sola preclusione di non poter sostituire il suo apprezzamento, parimente opinabile, a quello dell'Amministrazione», cfr. punto 6.2.; conf., Cons. St., sez. VI, 24 aprile 2019, n. 2625.

<sup>281</sup> Cons. St., sez. VII, 23 giugno 2023, n. 6216.

Nella fattispecie, viene assegnato il punteggio, rispettivamente, di 14 e 15 alle prove di diritto penale e di diritto amministrativo, mentre il tema di diritto civile è giudicato “non idoneo” dalla commissione esaminatrice, che decide in seduta plenaria *ex art. 12, comma 8, R.D. n. 1860 del 1925*.

Nel merito, la traccia di diritto civile così recitava: «Riflessi patrimoniali della crisi e della cessazione dei rapporti familiari: matrimonio, unione civile, contratto di convivenza e convivenza di fatto».

Eseguito l’accesso agli atti, la candidata ritiene che la valutazione di inidoneità della Commissione fosse fondata principalmente sulla mancata trattazione di due argomenti: *a)* brevi cenni sui modelli famigliari; *b)* gli effetti dell’autonomia negoziale sulla crisi famigliare.

In particolare, la ricostruzione della appellante si basa sull’esame del contenuto di alcuni elaborati risultati idonei e sull’individuazione dei due argomenti summenzionati, non particolarmente approfonditi dalla candidata.

Ebbene, il Consiglio di Stato ritiene attendibile tale ricostruzione, reputando verosimili le conclusioni dell’appellante e corretto il criterio adottato dalla candidata.

Nel motivare la sentenza, il Collegio qualifica il proprio sindacato come oggettivo ed estrinseco, e sottolinea come con tale decisione non intenda sostituirsi alla commissione o dequotare il potere di valutazione della stessa. A detta del giudice, la commissione poteva senz’altro valutare positivamente la disamina dei suddetti istituti a favore dei candidati che li avevano maggiormente approfonditi; ciò che, invece, determina l’illegittimità dell’esercizio del potere valutativo è «l’aver assegnato valore dirimente esclusivo alla mancata trattazione di argomenti che non erano espressamente richiesti dalla traccia»<sup>282</sup>.

In definitiva, se la valorizzazione dell’esame di tali argomenti viene ritenuta ammissibile in senso positivo, lo stesso non può dirsi in senso negativo, rispetto ad un giudizio di inidoneità. All’esito del giudizio, il Consiglio di Stato accoglie l’appello della candidata e detta alcune specifiche disposizioni alle quali l’amministrazione appellata sarà tenuta a conformarsi, dando esecuzione alla sentenza.

Nello specifico, viene ordinata la riconvocazione della medesima commissione di concorso in composizione plenaria per svolgere una nuova valutazione dell’elaborato della appellante.

---

<sup>282</sup> Cfr. *Ivi*, punto 4.1.

Il Collegio, con l'obiettivo di garantire l'imparzialità della rivalutazione e l'anonimato degli elaborati, dispone che il tema della candidata dovrà essere rivalutato assieme ad un campione di altri venti temi di diritto civile, scelti tra quelli archiviati nella stessa procedura concorsuale.

Il giudice prevede che, nella composizione di tale campione, dovrà essere rispettata la proporzione tra ammessi e non ammessi alla prova orale, proporzione che risultava dalla graduatoria provvisoria redatta all'esito della prova scritta.

Rispetto al controllo esercitato, va segnalato, innanzitutto, una incongruenza tra quanto dichiarato dal giudice nel qualificare il proprio sindacato e l'effettivo perimetro del controllo giurisdizionale esercitato.

Sulla natura del sindacato giurisdizionale, il Consiglio di Stato ritiene, infatti, di operare tramite un controllo estrinseco, mentre appare evidente il carattere intrinseco dello stesso. Infatti, oltre all'effettivo controllo sulla valutazione della commissione attraverso il confronto comparativo tra la prova della candidata appellante e gli elaborati idonei, è lo stesso giudice ad esprimersi in termini di «attendibilità» della ricostruzione della appellante, oltre che di «correttezza del metodo adottato»<sup>283</sup>: tutti elementi che propendono per una connotazione intrinseca del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche.

Vi è però di più, perché il sindacato pare compatibile con il controllo di *maggior attendibilità* pocanzi esaminato, in quanto il giudice amministrativo aderisce alla ricostruzione della parte appellante, ritenendola più attendibile sotto il profilo tecnico, anche all'esito di un controllo comparativo con gli elaborati degli altri candidati idonei<sup>284</sup>.

A parere di chi scrive, la preoccupazione del Collegio di sconfinare in territori riservati all'amministrazione esercitando un siffatto controllo sulla valutazione della commissione lo induce ad affermare strumentalmente non solo l'assenza di qualsivoglia pretesa sostitutiva rispetto all'amministrazione, ma anche il carattere estrinseco del proprio sindacato, in evidente contraddizione con il controllo giurisdizionale effettivamente svolto.

---

<sup>283</sup> Cfr. *Ivi*, punti 3.1. e 3.2.

<sup>284</sup> Si segnala, sul punto, un contrasto giurisprudenziale in seno al Consiglio di Stato: la Quarta Sezione, infatti, pronunciandosi sulla insindacabilità dei tempi di correzione delle prove del concorso notarile da parte della Commissione esaminatrice – rilevava come non fosse possibile «procedere all'operazione, pure svolta dal ricorrente nel terzo motivo di ricorso, di messa a confronto del giudizio su singole parti del proprio elaborato con quello espresso su altre parti di elaborati di altri candidati valutati idonei da cui trarre il giudizio di disparità di trattamento ai propri danni», poiché una siffatta analisi degli elaborati comporterebbe la formulazione di «un proprio motivato giudizio nell'ambito del concorso in sostituzione di quello della Commissione», cfr. Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2022, n. 11160, punto 4.

Tuttavia, nonostante i suddetti rilievi critici, si ritiene che il sindacato operato dal giudice sia stato correttamente esercitato, senza invasione del merito amministrativo.

Non sembra essersi realizzata, infatti, alcuna sostituzione da parte del giudice nell'esercizio di poteri riservati alla pubblica amministrazione.

Nella fattispecie, il Consiglio di Stato esercita una cognizione piena sul fatto e sul percorso valutativo dell'amministrazione, limitandosi a ritenere illegittima l'attività della commissione poiché viziata da travisamento, senza formulare un giudizio di idoneità o non idoneità al posto della commissione, ma rimettendo alla stessa autorità amministrativa la rivalutazione dell'elaborato.

Tuttavia, di avviso diverso sono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza n. 19253/2024, annullano la decisione per l'eccesso di potere giurisdizionale derivante dallo sconfinamento nell'area del merito amministrativo riservato all'amministrazione<sup>285</sup>.

In particolare, si legge nella motivazione che le Sezioni Unite reputano integrato, nel caso di specie, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione del merito amministrativo configurabile, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, ogniqualvolta la sentenza sfoci in valutazioni di opportunità o di convenienza dell'atto, oppure quando la decisione esprime una volontà sostitutiva che, attraverso un sindacato di merito, si estrinseca in una pronuncia autoesecutiva<sup>286</sup>.

Le condizioni – alternative – sono due, nessuna delle quali sembra integrata dalla sentenza del Consiglio di Stato.

Rispetto alla prima condizione, ovvero la convenienza e opportunità della decisione, si segnala una evidente contraddizione.

Nell'*incipit* della motivazione, infatti, la Cassazione richiama i propri precedenti, ritenendo che le valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici<sup>287</sup> sono inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendono dalla valorizzazione dei criteri preventivamente adottati dalle commissioni<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Cass., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19253, con nota di A. SCALERA, *È viziata da eccesso di potere la sentenza del CdS che ordina la rinnovazione della correzione della traccia di civile nel concorso per magistratura*, in *Diritto e Giustizia*, 134, 2024, p. 3 ss.

<sup>286</sup> Cass., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19253, punto 2.

<sup>287</sup> Sindacabili, senza sconfinare nel merito, in caso di illogicità manifesta, travisamento del fatto o irragionevolezza grave ed evidente, v. Cass., sez. un., 2 gennaio 2024, n. 1; Cass., sez. un., 13 febbraio 2020, n. 3562; Cass. sez. un., 9 maggio 2011, n. 10065.

<sup>288</sup> Cass., sez. un., 12 luglio 2024, n. 19253, punto 2.

Sulla natura giuridica delle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici, le Sezioni Unite sono lapidarie: esse «non costituiscono [...] espressione di discrezionalità in senso proprio, non essendo attribuita alla commissione alcuna ponderazione di interessi né la potestà di scegliere soluzioni alternative, ma dovendo essa soltanto accertare, sulla base di criteri oggettivi o scientifici (che la legge impone di portare a preventiva emersione), che i partecipanti alla selezione siano in possesso di requisiti di tipo attitudinale-culturale, la cui sussistenza od insussistenza dev'essere conclusivamente giustificata mediante l'assegnazione di un punteggio, eventualmente accompagnato da una motivazione, conformemente alla disciplina legale di ciascun concorso»<sup>289</sup>.

L'impostazione di riferimento conferma quanto fino a questo momento sostenuto sulle valutazioni tecniche, escludendovi qualsiasi profilo di opportunità.

Nel caso in esame, i parametri *oggettivi* a cui la Cassazione fa riferimento, che la legge impone di fare emergere prima del giudizio, sono i criteri valutativi predisposti dalla commissione esaminatrice.

Nel censurare la sentenza del Consiglio di Stato, la Cassazione ritiene che vi sia stata una illegittima sostituzione giudiziale data dalla elaborazione di criteri diversi sulla base dei quali è stato annullato il giudizio di inidoneità della commissione<sup>290</sup>.

Il sindacato giudiziale, per non sconfinare nell'eccesso di potere giurisdizionale invadendo le attribuzioni riservate all'amministrazione, avrebbe dovuto limitarsi a verificare la ragionevolezza, l'eccessiva genericità e l'incoerenza degli stessi con la traccia, oltre alla corretta applicazione che, dalle parole del giudice, è riconducibile alla incoerenza del giudizio della commissione con i criteri adottati<sup>291</sup>.

La contraddizione logica emerge chiaramente dalle successive affermazioni del giudice, che rileva che «al di fuori di tali ipotesi, l'interpretazione della traccia e la valutazione degli elaborati dei candidati spettano in via esclusiva alla commissione esaminatrice, alla quale è affidato il compito d'individuare gli argomenti generali e specifici di cui è necessaria o opportuna la trattazione e quello di verificare la completezza e il grado di approfondimento

---

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> «il Giudice amministrativo di secondo grado si è [...] sostanzialmente sostituito a quest'ultima [la commissione], verificando la ragionevolezza e la coerenza del giudizio d'inidoneità alla stregua non già dei criteri di valutazione fissati ai sensi dell'art. 5, comma terzo, del D. Lgs. n. 160 del 2006, ma di criteri di massima da esso stesso individuati con un ragionamento di tipo inferenziale [...]», cfr. *Ivi*, punto 2.

<sup>291</sup> *Ibid.*

con cui sono stati affrontati, in modo tale da saggiare il livello di preparazione attitudinale e culturale di ciascun candidato e da porlo a confronto con quello degli altri»<sup>292</sup>.

Alla stessa attività, inizialmente qualificata come valutativa e scevra da giudizi di opportunità riservati all'amministrazione, viene ora attribuita una connotazione diversa, quella di attività riservata riconducibile al merito amministrativo.

Dunque, l'individuazione degli argomenti che vanno trattati, e il relativo grado di approfondimento, sembrerebbe costituire esercizio di merito amministrativo, quindi una valutazione di opportunità, caratterizzata dal bilanciamento degli interessi in gioco.

Si osserva come ciò non appaia logicamente possibile, poiché è la stessa Corte di Cassazione che smentisce se stessa, escludendo categoricamente – nelle proprie considerazioni introduttive – qualsiasi profilo di opportunità dalle valutazioni delle commissioni esaminatrici.

Ed è, questa, una conclusione ragionevole, perché riesce difficile immaginare che la commissione operi un bilanciamento di interessi nel valutare il singolo elaborato tramite parametri e criteri che, adottando le parole della stessa Corte, sono *oggettivi o scientifici*, e servono ad accertare il possesso dei requisiti di tipo attitudinale-culturale da parte dei candidati.

Questo ultimo appunto si ricollega a un ulteriore aspetto: dalla motivazione non emerge alcuna anticipazione dell'esercizio della discrezionalità nell'attività di fissazione dei criteri da parte della commissione.

Infatti, le Sezioni Unite precisano che la legge impone di portare a preventiva *emersione* tali criteri: ciò porta a ritenere, pertanto, che il giudice qualifichi tale predeterminazione dei criteri come una attività di accertamento, in cui la ponderazione di interessi non trova spazio. Nemmeno la seconda condizione, ovvero la volontà sostitutiva del giudice, sembra integrata. Il giudice non dichiara idonea la candidata, ma ordina che sia rivalutata la prova, annullando il giudizio di inidoneità: non vi è alcuna pronuncia autoesecutiva, che sostituisce il potere amministrativo, poiché la commissione preserva ancora il proprio potere valutativo nel rifacimento della valutazione.

Per tali ragioni, la pronuncia autoesecutiva che, come intesa dalle Sezioni Unite è quella che ha «il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito»<sup>293</sup>, non presenta un contenuto che coincide con quello del provvedimento di inidoneità della

---

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> *Ibid.*

commissione, non essendovi alcuna sostituzione nella dichiarazione di idoneità della candidata.

Insomma, la sentenza in esame è la perfetta rappresentazione dell'*impasse* a cui si è giunti<sup>294</sup>. Da un lato, le ferme premesse in termini di separazione concettuale tra discrezionalità e valutazioni tecniche, che vedrebbero integrato l'eccesso di potere giurisdizionale solo nell'ipotesi di esercizio del merito amministrativo, dunque di valutazioni di opportunità non riproducibili dal giudice; dall'altro lato, non si assiste, come a rigore si dovrebbe, a un coerente sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche che, invece, si arresta, riservando una porzione di decisione, seppure connotata da mera attività valutativa, non pienamente sindacabile.

---

<sup>294</sup> Va, tuttavia, osservato come l'eccesso di potere giurisdizionale sia un istituto dai contorni estremamente incerti. Tale ambiguità ha trovato espressione, in materia di appalti, con il noto caso *Ranstad*, deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza del 21 dicembre 2021, C-497/20. Al riguardo, il Consiglio di Stato aveva dichiarato inammissibile il ricorso di un offerente escluso dalla procedura di aggiudicazione in una gara di appalto. Ritenendo che la mancata applicazione di una norma europea determinasse eccesso di potere giurisdizionale, il ricorrente impugnava la decisione innanzi alla Corte di Cassazione ex art. 361, comma 2 c.p.c. Quest'ultima sollevava, a sua volta, rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea domandandole se la mancata applicazione di una norma europea o il mancato esperimento del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato configurasse una usurpazione delle competenze della Corte di Giustizia e, in definitiva, un eccesso di potere giurisdizionale. Nel rispondere al quesito, la Corte di Giustizia UE escludeva una violazione del diritto europeo, ritenendo che il sistema italiano fosse rispettoso della effettività della tutela, e relegando la vicenda a una questione interna, facendo attenzione a non sconfinare nelle prerogative nazionali. Il caso contribuisce ad alimentare il dubbio che la posizione della Corte di Cassazione rispetto all'eccesso di potere giurisdizionale sia influenzata dalle presenti frizioni con il Consiglio di Stato, ed esprima il tentativo di contenere lo spostamento di ampi settori di contenzioso verso il giudice amministrativo. Sul punto, v. P. BIAVATI, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *questionegiustizia.it*, 9 marzo 2022; v. altresì C. BENETAZZO, *Eccesso di potere giurisdizionale e dialogo tra Corti*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 153 ss.

## 7. *L'onere della prova e i mezzi istruttori. La consulenza tecnica d'ufficio al cospetto delle decisioni tecniche della p.a.*

Come si è già avuto modo di anticipare, l'introduzione nell'ordinamento della consulenza tecnica d'ufficio ha determinato alcune rilevanti conseguenze sul piano del rapporto tra valutazioni tecniche e sindacato giurisdizionale<sup>295</sup>.

In particolare, oltre all'esclusione della discrezionalità tecnica dall'alveo del merito amministrativo e la definitiva qualificazione del relativo sindacato come intrinseco, ci si riferisce, in particolare, al «potere del giudice di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, anche quando l'applicazione della norma di legge richiede all'amministrazione apprezzamenti di natura tecnica e quando, dunque, è attraverso l'interposizione dell'atto amministrativo che si adegua il concetto indeterminato alla fattispecie concreta»<sup>296</sup>.

La piena cognizione dei presupposti di fatto, dopo l'introduzione della c.t.u. è, pertanto, un risultato incontestabile.

La dottrina più attenta ha fatto discendere da questa premessa una rilevante conseguenza, ovvero che, dati tali presupposti, il giudice non potrebbe limitarsi a verificare la presenza della soluzione tecnica adottata dall'amministrazione nell'ambito della ristretta gamma di risposte attendibili, limite che la giurisprudenza maggioritaria continua ad individuare: si giungerebbe, infatti, a un *non liquet*, che non trova spazio nel processo amministrativo<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> Senza pretesa di completezza, sulla consulenza tecnica d'ufficio si richiama F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, 2001, Milano, Giuffrè, p. 913 ss.; G. SAPORITO, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 941 ss.; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2002; G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 170 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004, p. 439 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 333 ss.; F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2020, p. 429 ss.; F. S. DURANTI, *I "poteri acquisitivi" del consulente tecnico: l'istruttoria processuale tra onere probatorio delle parti ed evoluzioni giurisprudenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2024, p. 194 ss.

<sup>296</sup> Si veda F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *op. cit.*, p. 919-920.

<sup>297</sup> C. E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 257.

Per giungere a una soluzione idonea a rispettare il principio di tutela giudiziale effettiva, il giudice amministrativo non potrebbe, tuttavia, individuare egli stesso una diversa soluzione tecnica.

Tale affermazione è condivisa anche dalla dottrina che da tempo sostiene la necessità di un controllo giudiziale incisivo<sup>298</sup>, e risulta altresì coerente con la giurisprudenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ritiene che il giudice debba arrestarsi, in caso di *uguale attendibilità* delle opzioni ammissibili, lasciando che sia la valutazione dell'amministrazione a prevalere, ovvero quella elaborata dall'organo dotato di legittimazione democratica per adottare le decisioni collettive<sup>299</sup>.

Se questi sono i limiti che il giudice dovrebbe tenere in considerazione, resta da chiedersi come si articola il sindacato giurisdizionale.

La risposta dipende dall'assolvimento dell'onere della prova.

Come messo attentamente in evidenza da parte della dottrina, infatti, la soluzione del problema si ritrova nell'applicazione delle regole processuali; colui che agisce in giudizio è tenuto a criticare la valutazione tecnica dell'autorità amministrativa e a fornire al giudice «una sua interpretazione dei fatti, una sua valutazione tecnica che sia più convincente di quella dell'amministrazione»<sup>300</sup>.

Pertanto, se viene provata la fondatezza della tesi, il ricorso verrà accolto, mentre verrà respinto nel caso in cui la medesima prova non dovesse essere raggiunta, e il giudizio rispetto alla attendibilità della valutazione può essere altresì condizionato dall'autorevolezza di chi esprime l'opinione tecnica<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> Sul punto, risulta di particolare interesse la posizione di Travi: «la limitazione del sindacato del giudice urta, a mio giudizio, con una concezione rigorosa del principio di legalità, che non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza. [...] Si può ammettere che il giudice non prenda posizione sul profilo tecnico della controversia quando riscontri, alla stregua delle conoscenze in atto, soluzioni 'equivalenti' o tendenzialmente tali. Se la norma che disciplina l'attività amministrativa non introduce profili di discrezionalità, non vi è altro ostacolo all'intervento diretto del giudice rispetto all'oggetto della vertenza. Il principio di legalità non consente di configurare un 'potere' solo per il fatto che la competenza a provvedere spetti all'amministrazione. In conclusione, nel caso di controversia tecnico-scientifica, è ragionevole che il giudice non interferisca con l'operato dell'amministrazione solo se essa abbia adottato una delle soluzioni finali 'equivalenti'», cfr. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004, p. 457 ss.

<sup>299</sup> Rispettando la scelta del legislatore di non disciplinare il conflitto di interessi, ma di apprestare solo i procedimenti per la sua risoluzione, cfr. Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, punto 1.1.

<sup>300</sup> Si veda, anche per le successive considerazioni, C. E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 257 ss.

<sup>301</sup> «L'autorevolezza delle opinioni ha un senso: com'è dimostrato dal riferimento alla qualificazione delle riviste o dall'*impact factor*: evidentemente il giudice dovrà considerare anche questo aspetto del problema e a questo punto può darsi che la pubblica amministrazione possa prevalere per la particolare qualità del suo

Più che l'esercizio di una potestà riservata all'amministrazione, quindi, il giudice esercita pienamente i propri poteri giurisdizionali, e lo fa aderendo alla diversa ricostruzione tecnica dei fatti alla base del provvedimento impugnato: infatti, la parte che vuole dimostrare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio deve provare i fatti che ne sono a fondamento, ai sensi dall'art. 2697 c.c., norma che trova piena applicazione anche nel processo amministrativo grazie al disposto dell'art. 63 c.p.a.<sup>302</sup>.

Il privato ha, quindi, l'onere di introdurre i fatti nel processo e fornire un principio di prova: da ciò deriva l'opportunità della c.t.u. nel giudizio<sup>303</sup>.

Muovendo dal dato normativo, l'art. 63, comma 4 c.p.a. dispone che «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica»<sup>304</sup>.

Il Codice prevede, quindi, che il mezzo istruttorio possa essere disposto solo *se indispensabile*, non fornendo tuttavia parametri per valutare tale requisito; la giurisprudenza, al riguardo, ammette la consulenza ove sia indispensabile per accertare un essenziale presupposto di fatto, o sia necessario per ampliare la conoscenza del giudice in ambiti specialistici<sup>305</sup>.

Ad ogni modo, la tendenza riscontrabile nell'ambito della giurisprudenza amministrativa è ravvisabile nel limitatissimo ricorso alla consulenza tecnica, anche nei casi in cui si ammette

---

apparato, ma potrebbe anche prevalere il ricorrente se si dota di valutazioni tecniche particolarmente autorevoli», cfr. C. E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 258.

Tali considerazioni sono chiaramente espressione dell'applicazione piena del principio di parità delle parti nel processo. Infatti, l'argomento della preferibilità a priori della valutazione amministrativa poiché generata da un apparato tecnico complesso, costruito per svolgere tali valutazioni, rende insuperabile in giudizio l'apprezzamento tecnico della p.a., determinando una sostanziale riserva amministrativa in ordine a tali valutazioni, e viola il principio di parità delle parti processuali che trova piena applicazione anche qualora una delle parti sia la pubblica amministrazione.

<sup>302</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 266.

<sup>303</sup> G. SAPORITO, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 944.

<sup>304</sup> Per un commento all'articolo, si veda G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, *Commentario breve al Codice del Processo Amministrativo*, Art. 63, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 608 ss.; R. CHIEPPA, *Codice del Processo Amministrativo*, Art. 63, Milano, Giuffrè, 2022, p. 438 ss.

Per un commento, invece, all'art. 67 c.p.a. che disciplina nello specifico la C.T.U., G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, *op. cit.*, Art. 67, p. 627 ss.; R. CHIEPPA, *op. cit.*, Art. 67, p. 482 ss.

<sup>305</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4066, punto 3.

un controllo penetrante sulle valutazioni tecniche (tra cui emergono, per la particolare incisività del sindacato, le controversie in materia *Antitrust*)<sup>306</sup>.

Rispetto a questa generale ritrosia del giudice amministrativo ad ammettere tale mezzo istruttorio, parte della dottrina si è mostrata piuttosto critica<sup>307</sup>.

È stato, a questo proposito, correttamente evidenziato che il giudizio di opinabilità della valutazione tecnico-amministrativa che sta alla base del sindacato giurisdizionale (ossia l'inclusione della soluzione nella già menzionata gamma di risposte plausibili che possono essere date al problema tecnico) *presuppone*, in qualche misura, la consulenza tecnica: la verifica dell'equivalenza delle soluzioni tecniche andrebbe, infatti, svolta «solo dopo aver acquisito al processo tutti gli elementi scientifici necessari per stabilire se la soluzione adottata dall'amministrazione sia condivisibile o sia comunque una delle soluzioni equivalenti»<sup>308</sup>.

Andrebbe quindi svolto il ragionamento opposto a quello compiuto dalla giurisprudenza amministrativa, ossia disporre la c.t.u. *proprio* per poter arrivare a dare un giudizio circa la correttezza della soluzione tecnica adottata.

Infatti, si osserva che la verifica dell'opinabilità deve essere fatta in concreto, sulla base di tutti gli elementi di fatto rilevanti, e non in astratto, qualificando a priori come opinabile una determinata questione tecnica<sup>309</sup>.

È stato, inoltre, rilevato che l'atteggiamento restio della giurisprudenza (anche quella più recente) nell'ammettere la consulenza tecnica, «rischia di produrre uno sostanziale svuotamento del dettato normativo e quindi della reale capacità incisiva della consulenza tecnica d'ufficio, quale strumento ausiliario del giudice»<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> La c.t.u. viene, ad esempio, ritenuta superflua poiché secondo il Consiglio di Stato la violazione della disciplina anticoncorrenziale emergerebbe già da elementi acquisiti al giudizio, cfr. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156.

Sul punto, v. R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 254 ss.

Tale aspetto viene, altresì, sottolineato da A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004, p. 444 ss., riferendosi alla sentenza del Consiglio di Stato n. 926/2004.

<sup>307</sup> A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004, p. 459-460.

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 145 ss.

Ancora, parte della dottrina evidenzia che la consulenza viene spesso disposta nei casi in cui il giudice abbia dubbi sulla legittimità del provvedimento, il che «implica l'esistenza di un principio di prova e l'indispensabilità del mezzo istruttorio ai fini del giudizio»<sup>311</sup>.

Secondo questa impostazione, l'ostacolo della indispensabilità per disporre la c.t.u. verrebbe agilmente superato da un principio di prova fornito dalla parte, tale da offrire elementi idonei a generare meri dubbi circa la legittimità del provvedimento.

Va, peraltro, evidenziato che la tecnica incide sulla decisione amministrativa in misura sempre più rilevante<sup>312</sup>; in questo senso, le valutazioni tecniche aumentano significativamente<sup>313</sup>, e l'applicazione delle nuove tecnologie alla stessa decisione amministrativa assume crescente centralità<sup>314</sup>: è difficile, dunque, pensare che non si renda necessario l'apporto di uno specialista per la corretta risoluzione di controversie nelle quali le conoscenze specialistiche assumono tale peso.

Conclusivamente, si ritiene che la consulenza tecnica d'ufficio sia uno strumento necessario alla risoluzione della maggior parte delle controversie in cui vengono in rilievo cognizioni specialistiche. Per le ragioni esposte, sembra che l'indispensabilità della c.t.u. sia un ostacolo tutt'altro che insormontabile; la tutela giudiziale effettiva garantita dalla Costituzione ne imporrebbe l'utilizzo per non venir meno al corretto esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice, che non può non esprimersi in un controllo intrinseco e pieno.

Questo dato è confermato e rinforzato dal fatto che le controversie precedentemente esaminate<sup>315</sup>, in cui il giudice compie decisi passi in avanti applicando il sindacato di *maggior attendibilità*, sono state risolte disponendo una consulenza tecnica o una verifica, indice del fatto che il *self restraint* della giurisprudenza amministrativa deve necessariamente passare per una piena applicazione del Codice, che mette a disposizione del giudice gli strumenti per far fronte alle evidenti carenze di conoscenze dell'organo giudiziario in ordine a specifici campi del sapere.

---

<sup>311</sup> F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2020, p. 452.

<sup>312</sup> Cfr. Cap. I.

<sup>313</sup> Parla di "proliferazione" delle valutazioni tecniche F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 4, 2019, p. 505.

<sup>314</sup> Si pensi, in particolare, all'intelligenza artificiale applicata alla decisione amministrativa, sulla quale ci si limita a richiamare L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

<sup>315</sup> Si rimanda ai par. 7.3.1. e 7.3.2.

8. *Riflessioni conclusive sui rapporti tra tecnica, politica e controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche. Il caso della sperimentazione animale*

Si ritiene opportuno concludere l'analisi dei recenti sviluppi del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche analizzando, a partire da un caso giurisprudenziale, la disciplina che regola la sperimentazione animale, che risulta particolarmente esemplificativa della presente indagine.

Muovendo dai principi già espressi nel Capitolo I, risulterà infatti possibile mettere in relazione i rapporti tra tecnica e politica, con il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, nei termini fino a questo momento esaminati.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza dell'8 febbraio 2021, n. 1186, si è pronunciata sull'impugnazione di una autorizzazione rilasciata dal Ministero della Salute all'Università di Parma (nonché dei pareri del Consiglio Superiore di Sanità e dell'Organismo preposto al benessere animale (Opba) dell'Università di Parma), per un progetto di ricerca denominato «*Meccanismi anatomofisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale*».

Il progetto prevedeva l'induzione della cecità in esemplari di Macachi Mulatta, per lo studio di protocolli di riabilitazione visiva traslabili sull'uomo. In particolare, gli studi miravano a rispondere al quesito di come fosse possibile rendere consapevoli abilità visive residue nei pazienti affetti da emianopsia<sup>316</sup>.

Rispetto all'impatto delle valutazioni tecnico-scientifiche sulla decisione, si rileva come, sotto il profilo livello normativo, la sperimentazione animale è regolata a livello unionale dalla Dir. 2010/63/UE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26.

La disciplina di riferimento (in particolare, l'art. 4 della direttiva e l'art. 31 del decreto legislativo) prevede che debba essere rispettato il c.d. *principio delle 3R*, ovvero di sostituzione, di riduzione e di perfezionamento.

Si fa riferimento, rispettivamente: alla possibilità di perseguire i risultati attesi dal progetto solamente attraverso una sperimentazione su animali vivi; alla riduzione al minimo

---

<sup>316</sup> L'emianopsia è una patologia che consiste in un *deficit* della vista caratterizzato dalla compromissione di metà campo visivo, cfr. [https://www.treccani.it/enciclopedia/emianopsia\\_\(Dizionario-di-Medicina\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/emianopsia_(Dizionario-di-Medicina)/); <https://iapb.it/emianopsia/>.

indispensabile del numero degli animali utilizzati nella sperimentazione; alla necessità di eliminare o ridurre al minimo ogni eventuale dolore, sofferenza, angoscia o danno prolungato per gli animali impiegati nella sperimentazione.

Nella controversia in esame, il rispetto di tali principi ha costituito l'oggetto principale delle censure mosse dagli appellanti sulla legittimità dell'autorizzazione, portando il giudice a disporre una verifica sul punto, risultata dirimente<sup>317</sup>: il Collegio ha, infatti, concluso che il progetto presentato dall'Università degli Studi di Parma rispettava il principio delle 3R, come puntualmente argomentato dai verificatori<sup>318</sup>.

La valutazione sul rispetto di tali principi si traduce in meri apprezzamenti tecnici, e la conferma si ritrova nel fatto che esse costituivano oggetto del quesito posto ai verificatori; viceversa, infatti, non si sarebbe potuta disporre una verifica per accertare il rispetto dei predetti principi, data la funzione stessa della verifica, mezzo istruttorio idoneo all'accertamento dei fatti di causa o di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, ai sensi dell'art. 63 c.p.a.

Invero, è lo stesso giudice che precisa come «la verifica ha corrisposto alle esigenze di approfondire alcuni profili scientifici su cui gli atti impugnati, autorizzativi della ricerca, richiedevano una analisi più ampia dei censurati profili di incongruità e irragionevolezza [...]», e come essa fosse diretta a sindacare gli atti che, autorizzando l'avvio della ricerca, «erano stati attinti da plurime censure meritevoli di approfondimento tecnico con strumenti non in possesso della cognizione di questo Collegio»<sup>319</sup>.

Peraltro, il giudice osserva che la verifica è stata utile per poter valutare «un interesse – quale il diritto/dovere della ricerca scientifica – in rapporto ad altro interesse, anch'esso presidiato da tutela normativa nazionale ed europea, cioè il benessere animale e le condizioni che, per la sperimentazione su talune specie di animali vivi, la stessa ricerca deve rispettare

---

<sup>317</sup> Il quesito posto ai verificatori era il seguente: «1) il progetto in esame rispetta il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale “primati non umani” vivi? 2) il progetto in esame rispetta il principio di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile? 3) il principio eurounitario della sostituzione è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione? 4) ad avviso dei verificatori le risultanze scientifiche dei pareri tutti sopra indicati - sui quali l'autorizzazione si fonda *per relationem* - hanno considerato tutti e tre gli elementi (come indicati in motivazione) che la direttiva UE e il d.lgs. n. 26 del 2014 pongono quale condizioni per la sperimentazione, altrimenti vietata, su primati vivi non umani?», cfr. Cons. St., sez. III, 08 febbraio 2021, n. 1186, punto 4.

<sup>318</sup> Cons. St., sez. III, 08 febbraio 2021, n. 1186, punto 9.

<sup>319</sup> *Ivi*, punto 4.

per poter essere legittimamente condotta e autorizzata, e per questo profilo sindacata [...]»<sup>320</sup>.

In realtà, nel caso di specie, il rilievo attribuito alla verifica, nell' incisivo controllo sulla decisione svolto dal giudice, sembra far propendere per una verifica circa la correttezza dei presupposti tecnici della decisione, più che per un sindacato sul ragionevole bilanciamento degli interessi (dunque, sulla discrezionalità amministrativa).

Tale ultimo riferimento consente di svolgere alcune ulteriori riflessioni conclusive, anche rispetto alle considerazioni effettuate nel primo Capitolo.

Ebbene, l'art. 31 del d.lgs. n. 26/2014 disciplina il rilascio di una autorizzazione per i progetti di ricerca che richiedono l'utilizzo di animali, affidando al Ministero della Salute tale compito (comma 1).

In particolare, il comma 3 prevede che, nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione, «il Ministero richiede una valutazione tecnico-scientifica all'Istituto superiore di sanità o ad altri enti tecnico-scientifici tenuto conto delle materie di pertinenza del progetto ovvero al Consiglio superiore di sanità in caso di utilizzo di primati non umani, cani, gatti ed esemplari di specie in via di estinzione».

La *valutazione tecnico-scientifica* viene, pertanto, affidata a organi tecnici, mentre la decisione sull'autorizzazione, all'organo politico.

Tra i diversi elementi oggetto della valutazione tecnica, individuati dal seguente comma 4, figura la lettera c), che prescrive che si debba tener conto «dell'analisi dei danni e dei benefici derivanti dal progetto, al fine di comprendere, tenuto conto anche delle considerazioni di natura etica, se il *danno arrecato agli animali* in termini di sofferenza, dolore, distress o danno prolungato è *giustificato* dal risultato atteso in termini di *benefici per gli esseri umani, per gli animali e per l'ambiente*»<sup>321</sup>.

Dall'analisi della norma emerge in maniera evidente come si configuri un'attività riconducibile a un bilanciamento di interessi: da un lato, il diritto alla ricerca scientifica; dall'altro, il benessere animale, che implica limitare il più possibile il dolore e la sofferenza degli animali impiegati nella sperimentazione.

La giustificazione dei benefici derivanti dalla ricerca per gli esseri umani, per l'animale e per l'ambiente viene, infatti, ponderato con il danno arrecato agli animali impiegati: la

---

<sup>320</sup> *Ibid.*

<sup>321</sup> Corsivi e sottolineatura aggiunti.

decisione integra, pertanto, una scelta discrezionale, che andrebbe affidata all'autorità politica e non delegata a organismi tecnici, come avvenuto nel caso di specie.

Va considerato, invece, come il danno arrecato agli animali, da un lato, e i benefici derivanti dai risultati della ricerca, dall'altro, integrino concetti giuridici indeterminati – o, se si vuole, fatti complessi – che implicano valutazioni tecniche in cui la ponderazione di interessi è assente<sup>322</sup>.

Rispetto al sindacato giurisdizionale, si ritiene che il giudice possa censurare la ricostruzione tecnica del primo o del secondo concetto qualora non sia corretta; oppure, in applicazione del sindacato di *maggior attendibilità*, possa preferire quella fornita in giudizio da una delle parti processuali, se più attendibile di quelle presenti in giudizio.

Con riguardo alla *giustificazione* dei danni rispetto ai benefici della sperimentazione, il sindacato dovrebbe limitarsi, nel rispetto della separazione dei poteri, all'applicazione del parametro di ragionevolezza, poiché la decisione sarebbe frutto dell'esercizio di discrezionalità amministrativa.

In relazione a quanto già visto emerge, dunque, ancora una volta la tendenza del legislatore a delegare potestà politiche a organismi tecnici, rispetto a valutazioni sì tecnicamente complesse, ma rispetto alle quali andrebbero tenuti logicamente distinti i due segmenti decisionali, valutativo, da un lato, e discrezionale, dall'altro.

La corretta attribuzione delle competenze ai rispettivi organi (a differenza del caso di specie), da parte del legislatore, è essenziale per l'effettivo rispetto dei ruoli, politico, da un lato, e tecnico, dall'altro.

Ma vi è di più. Come già visto, infatti, la ontologica differenza tra attività valutativa e discrezionale si ripercuote sul sindacato giurisdizionale: tenere separati i due segmenti decisionali consente, pertanto, di diversificare il trattamento giurisdizionale, più incisivo nel primo caso, e più contenuto nel secondo, sempre nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

---

<sup>322</sup> Oltre che dall'art. 31, comma 4 del d.l.gs. n. 26/2014, le stesse considerazioni possono svolgersi, per esempio, rispetto all'art. 6, comma 2, lett. b).

Tale disposizione prevede che il Ministero possa autorizzare la deroga alle modalità di soppressione degli animali indicate dall'Allegato IV dello stesso decreto legislativo, «se è scientificamente provato che è impossibile raggiungere lo scopo della procedura ricorrendo a un metodo di soppressione descritto nell'allegato IV del presente decreto». Difatti, il presupposto tecnico è l'impossibilità di raggiungere lo scopo della procedura con metodi di soppressione alternativi; il bilanciamento tra gli interessi in gioco richiede la preventiva verifica del menzionato presupposto che va a comporre la valutazione complessa, sebbene esso si mantenga distinto dalla scelta discrezionale che il Ministero dovrà assumere.

La corretta scissione e individuazione dei due momenti anche nella fase di attribuzione legislativa delle competenze ai rispettivi organi, si ripercuote, in definitiva, sul controllo giurisdizionale applicato alle valutazioni tecniche e alla discrezionalità amministrativa, condizionando il risultato finale in relazione al grado di tutela giurisdizionale raggiunto.

## CAPITOLO III

# LA DECISIONE AMMINISTRATIVA E IL RELATIVO CONTROLLO GIURISDIZIONALE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SUDAMERICANA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il potere discrezionale negli ordinamenti giuridici sudamericani. – 3. La discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati. – 4. Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa negli ordinamenti sudamericani. – 4.1. Premessa. Il principio di «*interdicción de la arbitrariedad*». – 4.2. Le tecniche di controllo del potere discrezionale. – 4.3. Tra legittimità e opportunità. Il problema della sostituzione giudiziale. – 4.4. Il controllo delle decisioni tecniche. Discrezionalità tecnica o concetti giuridici indeterminati? – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. *Considerazioni introduttive*

Nella presente sezione si volgerà lo sguardo oltreoceano, agli ordinamenti giuridici sudamericani, nel tentativo di mettere in risalto le peculiarità che la discrezionalità amministrativa, i concetti giuridici indeterminati e il relativo trattamento giurisdizionale assumono nell'ambito di tali esperienze giuridiche, in una prospettiva sia sostanziale, sia processuale.

L'obiettivo è quello di individuare gli elementi potenzialmente idonei ad arricchire una lettura generale della discrezionalità amministrativa, delle valutazioni tecniche della p.a. e del relativo controllo giudiziale, temi connotati da una complessità tale da generare – anche in Sudamerica – un dibattito che non accenna ad esaurirsi.

Si osserverà, in particolare, l'esperienza di Colombia, Perù e Argentina, dalle quali derivano coordinate comuni e da cui emergono alcuni punti di contatto con il nostro sistema giuridico. Il primo aspetto trattato sarà la discrezionalità amministrativa, per esaminarne, successivamente, il relativo rapporto coi concetti giuridici indeterminati.

Quest'ultimo tema assume particolare rilievo poiché, a differenza del sistema giuridico italiano in cui la discrezionalità tecnica possiede autonomia concettuale essendo frutto di un processo di sedimentazione giuridica (tanto che ci si riferisce all'attività valutativa tecnica utilizzando ancora tale espressione), negli ordinamenti sudamericani l'impatto della dottrina spagnola ha portato a fondare le costruzioni dottrinali legate alle valutazioni tecniche della p.a. sulla teoria dei concetti giuridici indeterminati.

Infine, si lascerà spazio alle tecniche di controllo della discrezionalità e ai limiti del sindacato giudiziario sulle valutazioni tecniche, svolgendo alcune considerazioni conclusive rispetto alle teorie che assumono maggiore rilievo nell'ambito delle esperienze giuridiche esaminate.

## 2. *Il potere discrezionale negli ordinamenti giuridici sudamericani*

La centralità della discrezionalità e del relativo controllo giurisdizionale nell'ambito del diritto amministrativo emerge in maniera chiara e inequivoca anche nel panorama giuridico sudamericano.

La dottrina di oltreoceano – specularmente a quella italiana – evidenzia, infatti, come il potere discrezionale costituisca uno dei temi più significativi per la tutela delle posizioni giuridiche individuali e collettive, e rappresenti l'asse attorno al quale ruotano tutte le questioni problematiche del diritto amministrativo, prima fra tutte il controllo giurisdizionale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La ragione di tale affermazione è individuata nell'assenza di una visione comune della dottrina, la quale non è ancora arrivata a interpretare l'attività discrezionale come una attività giuridica della amministrazione controllabile dai giudici: «El tema de la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial continúa siendo una de las cuestiones del Derecho público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos. Quizás puede parecer exagerado suponer que alrededor de la discrecionalidad gira el eje de toda la problemática del Derecho administrativo y que el control de los jueces de la potestad discrecional constituya el núcleo central de dicha problemática. Sin embargo, esa idea encuentra sustento en la circunstancia de no haberse canalizado aún las distintas corrientes del pensamiento jurídico en un cauce que, con una mínima unidad de criterio, permita

Tali studi si sono prevalentemente occupati della ricostruzione dogmatica della discrezionalità amministrativa, del rapporto tra discrezionalità e concetti giuridici indeterminati, dell'ampiezza della revisione giudiziale della decisione amministrativa e del problema dei poteri sostitutivi del giudice.

Rispetto al primo profilo, ovvero allo sviluppo dottrinale del potere discrezionale, il richiamo all'esperienza giuridica europea è costante; in particolare, la dottrina spagnola costituisce un punto di riferimento onnipresente e trasversale negli studi sulla discrezionalità portati avanti nel continente sudamericano<sup>2</sup>.

Senza pretesa di esaustività, si tenterà in questa sede di fornire una panoramica sul tema, con riferimento ad alcune tra le principali esperienze giuridiche del continente sudamericano.

Innanzitutto, il tratto comune dell'istituto viene individuato dalla dottrina argentina nel margine di manovra che l'amministrazione possiede nell'adottare una decisione tra due o più varianti<sup>3</sup>.

In generale, dunque, la discrezionalità viene identificata nella possibilità – spettante alla autorità amministrativa – di decidere se porre o meno in essere l'attività affidatale e, in caso affermativo, di optare fra le alternative valide che le si presentano: con una espressione efficace e riassuntiva, tutto questo può essere considerato come il «nucleo intimo della decisione discrezionale»<sup>4</sup>.

---

interpretar el fenómeno de lo discrecional dentro de la ley y del Derecho como una actividad jurídica de la Administración controlable por los jueces», cfr. J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 173 ss.

In Italia, come già visto nel Cap. I, par. 8.1., V. CERULLI IRELLI osserva che il sistema di diritto amministrativo si costruisce sui principi che reggono l'esercizio della discrezionalità, cfr. *Tavola rotonda, in Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 368.

<sup>2</sup> Il richiamo della dottrina spagnola è costante. Si veda, ad esempio, O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012; H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; D. WUNDER HACHEM, *Principio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Forum, 2011.

<sup>3</sup> J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 193.

<sup>4</sup> J. R. COMADIRA, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, II ed., p. 502.

Inoltre, I. A. BOULIN VICTORIA, afferma che la discrezionalità non consiste solamente nella facoltà di scegliere tra più alternative, ma nella facoltà di scegliere l'alternativa più conveniente, nell'ambito di ciò che è ragionevole. Viene, così, valorizzato l'elemento di opportunità della decisione, e la relativa motivazione.

Difatti, alla scelta è collegato strettamente l'obbligo di motivare la ragione per cui la stessa è stata ritenuta più conveniente delle possibili alternative, cfr. *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 57.

Risulta piuttosto consolidata la posizione assunta in materia dalla dottrina peruviana – e, in particolare, da Baca Oneto e Vignolo Cueva –, il cui principale riferimento sono gli studi di Bullinger, in Germania, e Magide Herrero, in Spagna<sup>5</sup>.

Secondo la dottrina di origine tedesca, la discrezionalità viene intesa come il margine di libertà attribuito alla pubblica amministrazione nel caso in cui la relativa attività non sia integralmente predeterminata dal legislatore e non possa essere integralmente controllata dal potere giudiziale<sup>6</sup>.

La discrezionalità assume, pertanto, natura bifronte<sup>7</sup>, configurandosi un duplice spazio di libertà: da un lato, di fronte al legislatore, dall'altro di fronte al giudice.

Con riferimento al primo aspetto, si osserva che il legislatore non predetermina rigorosamente l'attività dell'amministrazione e, inoltre, che il potere discrezionale costituisce la conseguenza di una attribuzione legislativa di siffatto potere<sup>8</sup>.

In definitiva, la discrezionalità viene concepita dalla dottrina peruviana come il prodotto di norme che autorizzano l'amministrazione a prendere una decisione creativa, che implica la ponderazione dei diversi interessi in gioco; tale attività va inquadrata nella cornice ordinamentale che costituisce non solo il limite, ma anche il punto di riferimento del potere discrezionale<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Si veda O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012; V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 181 ss.; D. ZEGARRA VALDIVIA, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006, p. 33 ss.; V. S. BACA ONETO, *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*, Piura, Universidad de Piura, 2003, p. 134 ss.

<sup>6</sup> M. BULLINGER, *La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial*, in *La Ley*, 4, 1987, p. 896 ss.

Tale teoria è stata accolta in Spagna da M. MAGIDE HERRERA, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000, p. 247 (posizione a sua volta condivisa da Baca Oneto in Perù).

<sup>7</sup> O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 139.

<sup>8</sup> V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 184 ss.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 185: «la discrecionalidad no es producto de los defectos de la regulación, sino de la existencia de normas que autorizan a la Administración a tomar una decisión configuradora y creativa, ponderando los diferentes intereses en juego, dentro del marco del ordenamiento jurídico, donde no solo encuentra su límite, sino también su orientación».

L'Autore giunge alle conclusioni sopra riportate riferendosi all'impostazione della dottrina spagnola di M. MAGIDE, che definisce la discrezionalità come la «remisión parcial, de acuerdo con los límites constitucionalmente establecidos al respecto, que el Poder legislativo hace a la Administración pública para que ésta contribuya al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia», cfr., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000, p. 252.

Nello stesso senso, v. O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 143-144.

Il primo profilo – inerente all’attribuzione in capo alla autorità amministrativa di potere discrezionale – si ricollega strettamente al secondo profilo, ovvero al margine di libertà verso il potere giudiziale o, in altri termini, ai limiti del controllo giudiziale sul potere discrezionale<sup>10</sup>.

Invero, è stato evidenziato come la concessione di spazi di libertà alla amministrazione sia direttamente relazionata all’ampliamento, alla intensificazione e alla riduzione dei poteri del controllo giudiziale sulla discrezionalità<sup>11</sup>.

Sotto il profilo classificatorio, la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale peruviano ha individuato tre diverse forme in cui si estrinseca il potere discrezionale idonee ad esprimerne, a loro volta, i diversi gradi di ampiezza: la discrezionalità maggiore, la discrezionalità intermedia e la discrezionalità minore<sup>12</sup>, che corrispondono, rispettivamente, alla assenza di restrizione alcuna al potere di scelta amministrativo, alla presenza concetti giuridici che ne limitano l’ampiezza e, infine, alla mera facoltà di scelta limitata alle variabili predeterminate dalla legge.

Inoltre, il Tribunale distingue tra discrezionalità normativa, di pianificazione («*planificadora*»), politica e tecnica.

La discrezionalità normativa richiama la potestà regolamentare della p.a, relativa, dunque, ai regolamenti organizzativi, esecutivi o indipendenti; la discrezionalità di pianificazione attiene alla selezione di alternative per ragioni di efficienza e razionalità amministrativa (mettendo, quindi, in relazione i programmi e gli obiettivi con le risorse a disposizione); la discrezionalità politica, la più ampia, richiama gli obiettivi di governo e l’esercizio di

---

<sup>10</sup> Su questo aspetto si tornerà più ampiamente nella sezione dedicata al controllo giudiziale sul potere discrezionale, cfr. par. 4.

<sup>11</sup> O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 139: «la descripción *bifronte* nos lleva, como primer e indispensable replanteamiento, a dirigir todas las miradas hacia el trabajo del legislador, antes, que a cargar toda la responsabilidad del control administrativo al juez, ya que será este primer poder público, al conceder potestades discrecionales y un ámbito relativo de libertad a la Administración, el que termine limitando o ampliando, intensificando o haciendo decrecer, las posibilidades de censo del Poder Judicial».

<sup>12</sup> Exp. 0090-2004-AA/TC, del 5 luglio 2004, punto 9: «La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley».

competenze politiche; la discrezionalità tecnica, infine, ha ad oggetto il potere di selezionare, tra più opzioni possibili, un giudizio tecnico<sup>13</sup>.

Quest'ultima viene, pertanto, ricondotta dalla giurisprudenza costituzionale peruviana ad una forma di discrezionalità connotata da elementi tecnico-specialistici. Tuttavia, vale la pena anticipare già ora come la posizione della dottrina peruviana non rispecchi questa impostazione, escludendo che la discrezionalità tecnica possa essere considerata una forma di discrezionalità, ritenendola invece una ipotesi di applicazione dei concetti giuridici indeterminati<sup>14</sup>.

Una ulteriore tipologia di discrezionalità, mutuata in Perù dalla dottrina tedesca<sup>15</sup> è denominata *tattica* («*táctica*»), e fa riferimento a una forma di discrezionalità ampia, che si caratterizza per essere guidata dai criteri che orientano le politiche pubbliche, ossia quei criteri riconducibili alle proposte politiche che esprimono una particolare idea di Governo.

Un aspetto significativo che, a questo punto, va anticipato, e che deriva essenzialmente dal dibattito originatosi in Germania e in Spagna, consiste nel distinguere le diverse teorie sulla discrezionalità attraverso la relativa “collocazione” a livello normativo<sup>16</sup>.

In altri termini, nell'ambito della struttura della norma, la discrezionalità può situarsi a livello dei presupposti di fatto, a livello delle conseguenze giuridiche, o a entrambi i livelli.

Ebbene, la teoria di Bullinger, accolta in Perù, viene definita *unitaria*, poiché prevede che la discrezionalità sia generata dalla imprecisione e indeterminazione tanto dei presupposti di fatto, quanto delle conseguenze giuridiche della norma<sup>17</sup>.

Il potere discrezionale può situarsi, pertanto, in entrambi i profili della disposizione normativa.

Sebbene questo elemento distintivo non appaia emergere con chiarezza nel nostro ordinamento, è possibile affermare la compatibilità tra la dottrina peruviana e la dottrina italiana basata sull'impostazione di Giannini (a cui ci si è riferiti in questo lavoro e a cui la maggioranza degli studi in materia continua a fare riferimento), nella misura in cui la

---

<sup>13</sup> Il Tribunale Costituzionale Peruviano così definisce la discrezionalità tecnica: «La discrecionalidad técnica se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico», cfr. Exp. 0090-2004-AA/TC, del 5 luglio 2004, punto 10.

<sup>14</sup> V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 192.

<sup>15</sup> O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 150 ss.

<sup>16</sup> Sul punto, si veda H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 183 ss.

<sup>17</sup> O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 144-145.

discrezionalità viene caratterizzata per la sua politicità e per l'elemento di opportunità e di bilanciamento degli interessi in gioco.

È possibile, infatti, anticipare come la dottrina amministrativistica peruviana dia centralità alla ponderazione degli interessi implicata nella decisione discrezionale, conformemente con la omologa dottrina maggioritaria in Italia.

Realizzando un diverso percorso di riflessione teorica, invece, la dottrina colombiana – e, su tutti, Marín Hernández – utilizza come punto di partenza per l'analisi della discrezionalità la classificazione introdotta in Spagna da Beltrán de Felipe, che distingue le definizioni formali – o negative – dalle definizioni materiali – o positive – della discrezionalità<sup>18</sup>.

Le prime sono denominate *negative*, perché accomunate da uno spazio non regolato, o regolato in forma imprecisa dal legislatore. La discrezionalità viene, così, individuata nel margine di libertà per l'autorità amministrativa derivante dalla imprecisione o indeterminazione della norma giuridica.

Le seconde, invece, vengono dette *positive*, in quanto risulta centrale il contenuto o l'oggetto del potere discrezionale, che si identifica nella possibilità per l'amministrazione di valutare e apprezzare l'interesse pubblico; a tale categoria, Marín Hernández ascrive integralmente gli studi dottrinali italiani di Giannini e di Marzuoli.

Tuttavia, la dottrina colombiana accoglie una posizione intermedia, riferendosi, in particolare, agli studi di Alessi, condivisi anche dalla dottrina spagnola già citata<sup>19</sup>.

L'impostazione che viene presa come riferimento distingue il potere discrezionale da quello vincolato, utilizzando come criterio la precisione o imprecisione della definizione normativa dell'interesse pubblico. La precisione porterebbe con sé attività vincolata, mentre l'imprecisione attività discrezionale, posto che difetterebbe, nel primo caso, il potere di valutare l'interesse pubblico, mentre, nell'ipotesi in cui la relativa definizione normativa fosse imprecisa, tale potere sarebbe presente.

---

<sup>18</sup> Si farà riferimento, per le considerazioni che seguono, a H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007 (in particolare, p. 142 ss.), che può essere ritenuto il più importante studio sulla discrezionalità in Colombia, e sicuramente tra i più importanti a livello sudamericano.

L'Autore richiama, nel suddetto lavoro (cfr. *Ivi*, p. 142), M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 26 ss.

Si veda anche N. VARGAS OSSA, A. E. CARVAJAL GARCÍA, R. M. GONZÁLEZ CIFUENTES, *La discrecionalidad técnica en la aplicación de sanciones ambientales sus límites y su control judicial: Una aproximación desde la metodología incorporada en el Decreto 3678 de 2010*, in *El Ágora USB*, 2, 2023, p. 441 ss., in cui si fa riferimento alla dottrina argentina e spagnola sulla discrezionalità.

<sup>19</sup> R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, Giuffrè, 1960. Tale impostazione viene fatta propria da M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 45 ss.

Sintetizzando quanto osservato, la dottrina colombiana definisce la discrezionalità come il margine di libertà dell'amministrazione, attribuito dall'ordinamento, o derivante dall'imprecisione e indeterminazione della norma giuridica, finalizzato ad apprezzare e valutare l'interesse pubblico nel caso concreto, con l'obiettivo di giungere a una decisione idonea a massimizzarlo<sup>20</sup>.

Ebbene, è possibile a questo punto osservare che la suesposta distinzione tra definizioni formali (o *negative*) e materiali (o *positive*) della discrezionalità, se può essere utile per ricostruirne l'evoluzione, mostra separatamente due aspetti dello stesso fenomeno, frutto delle distinte teorie dottrinali che, volta per volta, ne hanno messo in luce tratti diversi.

Il profilo materiale della discrezionalità, infatti, non sembra poter prescindere dall'aspetto formale sottolineato, poiché è intrinseco all'esistenza stessa del potere discrezionale un margine di manovra concesso all'amministrazione, che non può che derivare da una certa flessibilità nella costruzione dell'enunciato normativo.

Difatti, se la rigidità della norma non consentisse margine di scelta all'amministrazione, lasciando spazio per una unica decisione possibile, saremmo senz'altro in presenza di attività vincolata.

Va, peraltro, evidenziato come la riflessione circa la precisione, l'imprecisione o l'inesistenza stessa della norma giuridica – quale elemento identificativo della presenza di discrezionalità amministrativa o tecnica – era sorta nel panorama dottrinale italiano ben prima degli studi di Giannini e Marzuoli (ricondotte alle teorie “positive”)<sup>21</sup>, indice del fatto che la dottrina non era ancora riuscita a dare sostanza al contenuto del potere discrezionale, analizzato solamente sotto il profilo formale, che lo caratterizzava in forma più evidente, e che in qualche modo costituiva il punto di partenza da cui sviluppare successive riflessioni circa l'oggetto stesso del potere.

---

<sup>20</sup> H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 177: «la manera de definir la discrecionalidad administrativa que resulta más ajustada a los principios que informan el Estado constitucional es la que la concibe como el *margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos – aun de componente extrajurídico – en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico» (corsivo originale).*

<sup>21</sup> Si vedano, sul punto, gli studi di Cammeo e Presutti, cfr. Cap. I, par. 7.

A riprova di quanto affermato, Marín Hernández accoglie una posizione intermedia, che mette assieme i due aspetti, senza tralasciare la centralità della valutazione dell'interesse pubblico.

Peraltro, anche in Perù, come accennato, viene svolta una riflessione che fa riferimento alla ponderazione di interessi tipica del potere discrezionale; si muove, infatti, dalla teoria di Bullinger (che dalla dottrina colombiana viene ascritta nella categoria delle definizioni *formali* di discrezionalità<sup>22</sup>), per arrivare affermare come la discrezionalità implichi comunque la ponderazione degli interessi pubblici<sup>23</sup>.

Insomma, i due profili, formale e sostanziale, vanno letti all'interno dello stesso fenomeno, e lo definiscono reciprocamente.

### 3. *La discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati*

Il percorso evolutivo della discrezionalità nel continente sudamericano appare simile a quello dell'esperienza italiana che si è cercato di riassumere nelle pagine precedenti.

Inizialmente, il potere discrezionale viene infatti concepito dalla scienza giuridica sudamericana come attività libera o arbitraria, immune al controllo giurisdizionale<sup>24</sup>.

Durante tutto il corso del XX secolo, invece, si dà spazio a un progressivo tentativo di riduzione del potere discrezionale, e si afferma che la storia del diritto amministrativo del secolo passato potrebbe essere riassunta nei progressi della verifica giudiziale della discrezionalità amministrativa<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 155.

<sup>23</sup> V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 185.

<sup>24</sup> Si veda, in particolare, J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 181. Nello stesso senso, I. A. BOULIN VICTORIA, *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 50: «El concepto de discrecionalidad administrativa aludía, en sus orígenes, a la actuación que la Administración desarrollaba ante la ausencia de una ley que marcara la huella por la que debía transitar. Discrecionalidad consistía entonces en una actuación libre de ataduras normativas».

<sup>25</sup> I. A. BOULIN VICTORIA, *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 17, in cui si richiama lo studio di H. A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, vol 2, p. 648.

Al riguardo, la dottrina argentina ha sostenuto come il controllo della discrezionalità costituisse uno dei temi preferiti dalla scienza amministrativistica di quel periodo o, addirittura, come il diritto amministrativo stesso si potesse identificare nello sforzo del giurista finalizzato alla riduzione del potere discrezionale<sup>26</sup>.

Tale obiettivo è stato perseguito principalmente attraverso l'applicazione della teoria dei concetti giuridici indeterminati<sup>27</sup>, soprattutto a partire dagli studi della dottrina spagnola portati avanti da García de Enterría, Fernández e Sáinz Moreno<sup>28</sup>, che hanno goduto di larghissima eco in Sudamerica.

Secondo questa impostazione, va operata una netta distinzione tra la discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati.

Questi ultimi ammetterebbero un'unica soluzione giusta, la cui applicazione (o qualificazione della fattispecie concreta) richiederebbe una attività di natura meramente cognitiva, priva di alcun elemento volitivo.

Non esisterebbe, dunque, una soluzione ulteriore, poiché il concetto giuridico è presente, o non lo è affatto: esemplificando, ciò avviene nel caso della buona fede o del giusto prezzo, che ugualmente possono essere o meno presenti nel caso di specie.

Questo punto viene espresso efficacemente nel brocardo apposto a sostegno di questa teoria: *tertium non datur*<sup>29</sup>.

Inoltre, la struttura del concetto giuridico indeterminato viene rappresentata da tre zone o cerchi concentrici: la zona interna che rappresenta il nucleo di certezza positiva, in cui il concetto è sicuramente presente; una zona esterna, di certezza negativa, in cui concetto è

---

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 46, in cui si fa riferimento a D. SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, *El control de la Proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 263.

<sup>27</sup> Come riportato da J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 183.

Il dibattito sui concetti giuridici indeterminati non è ovviamente riassumibile in questa sede nella sua interezza, data la complessità e la stratificazione delle teorie dottrinali che si sono succedute, a partire dalla dottrina tedesca e passando per la dottrina spagnola.

<sup>28</sup> Vedasi, per quanto segue, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 15ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2011, p. 477 ss.; F. SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

La presente tesi è stata sviluppata a partire da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, in *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, p. 159 ss.

<sup>29</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 15ª edición, Madrid, Civitas, 2011, p. 482: «o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es [...]. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales *sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso*, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición» (corsivo originale).

sicuramente assente; una zona intermedia, contenuta tra le due aree precedenti (detta “alone”) – foriera di maggiori dubbi e problemi – in cui la presenza del concetto giuridico è incerta.

Al contrario, l’attività discrezionale presupporrebbe la presenza di una pluralità di soluzioni giuste innanzi al diritto e, pertanto, consisterebbe nella libertà di scelta tra una serie di alternative tutte ugualmente corrette da punto di vista giuridico<sup>30</sup>.

Non solo. I criteri su cui basare la scelta tra soluzioni ugualmente giuste avrebbero natura extragiuridica (di opportunità o economici, ad esempio), la cui applicazione sarebbe rimessa al giudizio soggettivo della amministrazione; volendo seguire la categorizzazione già accennata, la discrezionalità parrebbe, dunque, collocabile esclusivamente nell’ambito delle conseguenze giuridiche della norma<sup>31</sup>.

Da questa impostazione consegue che l’applicazione dei concetti indeterminati configura un caso di interpretazione e applicazione della legge (attraverso la sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta), implicando così l’esercizio di una attività di natura vincolata, priva di carattere volitivo.

Per tali ragioni, il controllo giudiziale sui concetti indeterminati non differirebbe dal controllo che riguarda l’attività vincolata: il giudice potrebbe, pertanto, sostituirsi integralmente alla amministrazione<sup>32</sup>.

Ritornando alla rappresentazione fatta in precedenza, il giudice dovrebbe, attraverso una attività di natura meramente cognitiva, ritenere presente o assente il concetto, ossia inquadrarlo nella zona di certezza positiva o di certezza negativa, escludendo la zona intermedia<sup>33</sup>.

Tuttavia, vi è stato chi ha messo in evidenza come possano presentarsi particolari difficoltà interpretative rispetto ad alcuni casi di applicazione dei concetti indeterminati.

---

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 483: «La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas».

<sup>31</sup> H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 223.

<sup>32</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 15ª edición, Madrid, Civitas, 2011, p. 484: «Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entrada de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa [...] es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria)».

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 487.

La ricostruzione di Sáinz Moreno, infatti, mette in rilievo come tali difficoltà sorgano nell'ipotesi in cui il concetto dovesse situarsi nella cosiddetta zona intermedia di incertezza, esistendo un margine di valutazione (riconducibile alla amministrazione) nella applicazione del concetto indeterminato alla fattispecie concreta<sup>34</sup>.

Detto margine di apprezzamento implica una difficoltà di carattere probatorio, dovendosi dimostrare quale risulta essere la soluzione corretta posta dalla norma che si sta interpretando.

Se, da un lato, in presenza di concetti indeterminati, il criterio per individuare la soluzione giusta può essere ritrovato nella norma, dall'altro, nel caso della discrezionalità, la norma non esplicita alcun criterio sulla base del quale prendere la decisione: la scelta dell'amministrazione sarà, quindi, orientata rispetto a ciò che è più conveniente per l'interesse pubblico.

La distinzione tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità amministrativa è stata ricondotta, da altra parte della dottrina spagnola, alla netta contrapposizione tra conseguenze giuridiche e presupposti di fatto della norma<sup>35</sup>.

Secondo questa impostazione, la discrezionalità potrebbe esprimersi esclusivamente attraverso le conseguenze giuridiche, mentre il potere discrezionale non atterrebbe mai ai presupposti di fatto. A questi ultimi sarebbero esclusivamente riferibili i concetti giuridici indeterminati, venendo meno qualsivoglia forma di discrezionalità, poiché implicherebbero mera interpretazione, analisi razionale dei concetti, ed esame empirico degli elementi di fatto.

Come già in precedenza accennato facendo riferimento alle c.d. teorie *unitarie*, va osservato come diversi Autori non abbiano ritenuto condivisibile la citata dottrina maggioritaria relativa all'unica soluzione giusta del concetto giuridico indeterminato, e hanno proceduto svolgendo riflessioni teoriche distinte.

Secondo una parte della dottrina – tra cui deve evidenziarsi la posizione di Sánchez Morón<sup>36</sup> – va messa in discussione l'esistenza stessa di una distinzione *alla radice* tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità.

---

<sup>34</sup> Si veda, per le considerazioni che seguono, v. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 334 ss.

<sup>35</sup> A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*, Madrid, Montecorvo, 1985.

<sup>36</sup> Per le considerazioni che seguono, v. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 116 ss.

Al riguardo, si ritiene che il criterio dell'unica soluzione giusta al concetto giuridico indeterminato sia una premessa non corretta, da cui derivano conseguenze logiche non sostenibili.

L'unicità della soluzione giusta sarebbe incompatibile con la coesistenza di un margine di valutazione in capo alla amministrazione, che pure si sostiene. Difatti, l'esistenza di quest'ultimo implicherebbe la possibilità per l'amministrazione di realizzare diverse interpretazioni del concetto giuridico, tutte ugualmente lecite.

Anche volendo escludere il rispetto da parte del giudice di detto margine di valutazione (sostenendo, in questo caso, come spetti all'autorità giudiziaria la mera interpretazione e applicazione del concetto), l'ostacolo logico verrebbe rappresentato comunque dalla incertezza circa la possibilità di individuare l'unica soluzione giusta, peraltro richiedendo al giudice di risolvere i propri dubbi applicando criteri extragiuridici.

Per chiarire la propria tesi, Sánchez Morón richiama il nostro concetto di *opinabilità*, osservando però come la valutazione dei fatti implichi una attenzione verso l'interesse pubblico che nel caso di specie va tutelato, concludendo nel senso della presenza di esercizio di un potere discrezionale.

Coerentemente, viene esclusa dall'Autore qualsivoglia sostituzione da parte del giudice dei criteri valutativi della amministrazione con i propri, rispetto a una decisione della amministrazione che porti con sé un dubbio ragionevole nella applicazione del concetto indeterminato.

Secondo altra parte della dottrina – tra cui spiccano gli studi di Bacigalupo<sup>37</sup> – tanto l'esercizio di discrezionalità amministrativa quanto l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati costituirebbero la manifestazione dello stesso fenomeno (di natura sostanzialmente normativa), ovvero il perfezionamento o la integrazione in sede applicativa di un presupposto di fatto impreciso della norma giuridica.

Non essendo diverse dal punto di vista qualitativo, la discrezionalità e i concetti indeterminati dovrebbero rimanere soggetti allo stesso tipo di controllo giudiziale.

La natura del relativo controllo viene detta, in questo caso, *negativa*, posto che l'esame dell'attività amministrativa non dovrebbe mai risultare arbitraria, irragionevole, irrazionale, sproporzionata, discriminatoria, e così via.

---

<sup>37</sup> Per le considerazioni che seguono, v. M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 203 ss.

Il controllo positivo resterebbe, invece, escluso, in quanto i principi che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa non indicherebbero quale soluzione adottare tra la gamma di opzioni disponibili per risolvere il caso concreto.

Seguendo una impostazione non dissimile – nel respingere la teoria che vede una netta separazione tra i concetti indeterminati e la discrezionalità – va evidenziata la posizione di Magide Herrero, che arriva a conclusioni condivisibili.

L'Autore riesce a unire con efficacia i vari aspetti problematici del tema e, soprattutto, a dare rilievo ad elementi che restano centrali nella dogmatica italiana (ma che emergono meno nella dottrina spagnola e, di conseguenza, nella dottrina sudamericana), tra cui spicca la ponderazione e il bilanciamento degli interessi, nucleo dell'impostazione di Giannini.

L'Autore afferma, innanzitutto, come i concetti indeterminati non costituiscano una tecnica di controllo della discrezionalità, configurandosi invece come tecnica di trasferimento della stessa<sup>38</sup>.

In tal modo, le due istanze – ovvero i concetti giuridici indeterminati e la discrezionalità, da altri messe in netta contrapposizione – costituiscono, nella teoria di Magide Herrero, una dicotomia che esaurisce lo spazio dell'attività amministrativa non vincolata.

Viene, altresì, messo in discussione il principio dell'unica soluzione giusta come criterio distintivo tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità; il punto di partenza del ragionamento giuridico risulta, nuovamente, la definizione sostanziale di discrezionalità, che viene intesa come attribuzione da parte del legislatore alla p.a. del potere – nei limiti sanciti dalla Costituzione – di determinare l'interesse generale a partire dalla ponderazione di interessi privati e collettivi in gioco.

Peraltro, configurandosi come attività di determinazione dell'interesse generale, se ne deduce il carattere politico: l'interesse generale, infatti, nasce dalla ponderazione dei diversi interessi esistenti in seno alla società, e tale processo presuppone proprio un confronto tra interessi opposti.

Ad ogni modo, si continua a ritenere valida la distinzione tra esercizio della discrezionalità e applicazione dei concetti giuridici indeterminati; ciò non toglie, tuttavia, che in alcuni casi il potere discrezionale possa essere attribuito *proprio* attraverso l'utilizzo dei concetti giuridici indeterminati.

---

<sup>38</sup> Per le considerazioni che seguono, si veda M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000, p. 247 ss.

Per arrivare a tale conclusione – rimettendosi altresì agli studi di Desdentado Daroca – Magide Herrero esclude che tale criterio possa distinguere le due istanze, evidenziando come esistano concetti indeterminati *giuridici*, che non portano con sé discrezionalità amministrativa, e concetti indeterminati *giuridico-politici*, che invece ne sono portatori<sup>39</sup>.

In definitiva, per determinare la presenza di un concetto giuridico indeterminato che attribuisce discrezionalità alla amministrazione è necessario, da un lato, analizzare sotto il profilo teleologico la norma, per verificare se la stessa demanda all'amministrazione la determinazione dell'interesse generale mediante la ponderazione degli interessi in gioco; dall'altro lato, verificare se l'applicazione del concetto richiede necessariamente che l'organo competente debba definire l'interesse generale attraverso detta ponderazione.

In assenza di tali presupposti, l'applicazione del concetto indeterminato costituirebbe una attività di mera interpretazione giuridica.

Sebbene le conseguenze in termini di sindacato – come si vedrà – non siano le più rigorose, da ciò dovrebbe logicamente conseguire la possibilità per i giudici di svolgere un controllo pieno rispetto all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, in quanto depositari della funzione di interpretazione e applicazione dell'ordinamento giuridico.

Su questo punto si tornerà successivamente; in questo frangente è possibile comunque osservare come questa impostazione risulti accolta dalla dottrina peruviana, che giunge a conclusioni condivisibili<sup>40</sup>.

Invero, facendo riferimento all'impostazione di Magide Herrero si osserva come, da un lato, in caso di esercizio di discrezionalità l'amministrazione applichi criteri decisionali extragiuridici, poiché servono a giustificare la concreta ponderazione degli interessi realizzata dalla Amministrazione; dall'altro lato, innanzi all'applicazione di concetti

---

<sup>39</sup> Si veda E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico*, II ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 122 ss.

<sup>40</sup> La posizione di Magide Herrero viene esplicitamente accolta da Vignolo Cueva e da Baca Oneto, cfr. O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 217-218; V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 190-191.

Anche Zegarra Valdivia giunge alle stesse conclusioni, rilevando che «en el ámbito del Derecho administrativo la interrogante fundamental que despiertan los conceptos jurídicos indeterminados consiste en precisar si cuando la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados está atribuyendo o no discrecionalidad a la Administración para su aplicación», e che «en determinados casos [...] la concreción y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que figuran en la norma exige llevar a cabo elecciones de política administrativa, es decir, valoraciones acerca de qué es más conveniente para la satisfacción del interés público o incluso decisiones de organización interna de la propia Administración», cfr. D. ZEGARRA VALDIVIA, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006, p. 43-44.

giuridici indeterminati che non implicano discrezionalità, tale ponderazione non sussiste, configurandosi come attività di applicazione del diritto, svolta attraverso criteri giuridici<sup>41</sup>.

In definitiva, viene osservato come esistono concetti che attribuiscono discrezionalità amministrativa e concetti che, invece, non la attribuiscono, perché non permettono all'amministrazione di ponderare gli interessi nel caso concreto, essendo già stato realizzato detto bilanciamento a livello normativo da parte del legislatore<sup>42</sup>.

Questa impostazione riesce a tenere assieme la centralità della ponderazione degli interessi quale criterio distintivo della discrezionalità rispetto ai concetti giuridici indeterminati e l'elemento teleologico: il problema viene, in questo modo, risolto nella dimensione interpretativo-applicativa della norma, il cui rilievo non sempre viene messo debitamente in evidenza, ma che in questa teoria assume uno spazio predominante.

---

<sup>41</sup> Va aggiunto, al riguardo, che laddove tali criteri avessero natura extragiuridica (ed è possibile), il richiamo normativo ne permette la relativa giuridificazione, rendendone la relativa applicazione una attività di interpretazione giuridica in senso ampio. Si veda lo stesso M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000, p. 277-278: «En el caso de la decisión discrecional, el órgano decisor acude a argumentos, a criterios de decisión, extrajurídicos. Se afirmó en su momento que el ejercicio de la discrecionalidad supone la participación de la Administración en la determinación del interés general, y que éste se determina a partir de los diferentes intereses concurrentes. En consecuencia, los argumentos que justifiquen el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración han de dirigirse a justificar la concreta ponderación de dichos intereses que realice la Administración. Por contra, en el caso de la aplicación de conceptos normativos indeterminados que no atribuyen discrecionalidad no existe ponderación de intereses por la Administración, pues esta actividad ha sido previamente realizada por la norma, que en este sentido programa plenamente la actuación administrativa. Estamos ante un supuesto de aplicación de Derecho, de modo que la decisión que se adopte ha de justificarse a partir de la norma y del Derecho en general, interpretados de acuerdo con criterios admitidos de interpretación jurídica. En este sentido, los criterios que se utilicen para concretar el concepto indeterminado en cuestión sólo se legitiman por su referencia a la norma, o al Derecho en general. Y esto ocurre también cuando esos criterios son propios de ámbitos no jurídicos. En estos casos es la remisión que la norma hace a ellos la que los juridifica y hace de su aplicación una operación de interpretación jurídica en sentido amplio».

<sup>42</sup> O. VIGNOLO CUEVA mette chiaramente in evidenza il punto. Al riguardo l'Autore osserva che se, da un lato, esistono concetti giuridici indeterminati che attribuiscono discrezionalità, dall'altro, «existen conceptos indeterminados que no atribuyen discrecionalidad administrativa, ya que no permiten que la Administración Pública pueda ponderar intereses en un caso concreto, debido a que esta actividad ha sido previamente materializada por el legislador en la respectiva norma jurídica. Por lo que, en supuesto, deberá considerarse que la actuación de este poder público se encuentra completamente predeterminada por la norma habilitante en cuestión y deberá atenerse a aplicar lo que el Derecho (positivo) ha dispuesto. Estamos, en consecuencia, ante decisiones que provienen y se justifican por su *referencia a la norma y al Derecho en general*, que usan exclusivamente criterios jurídicos admitidos desde la interpretación jurídica (en las tareas de concreción de la norma mediante el razonamiento jurídico)», cfr. *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 217-218.

#### 4. *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa negli ordinamenti sudamericani*

##### 4.1. *Premessa. Il principio di «interdicción de la arbitrariedad»*

Alcuni studiosi sudamericani considerano che il controllo giudiziale dell'attività della amministrazione – più che trattarsi di un procedimento di carattere tecnico – possa essere ricondotto quasi ad un'arte, quella di impartire giustizia tenendo conto dell'armonizzazione degli interessi individuali o collettivi con l'interesse pubblico, senza sostituire la discrezionalità politica con quella giudiziale<sup>43</sup>.

È possibile affermare, senza timore di smentita, come risulti oramai esclusa qualsiasi forma di immunità del potere discrezionale rispetto al controllo giudiziario; infatti, il principio di tutela giudiziale effettiva non ammette l'esistenza di atti amministrativi discrezionali non sottoponibili a verifica giudiziale: il problema risulta, esclusivamente, individuare l'intensità di tale controllo<sup>44</sup>.

Prima di addentrarsi nel tema in esame, è necessario premettere come tale attività giurisdizionale sia stata da sempre trattata – in Spagna e, dunque, in Sudamerica – accanto a un principio di rango costituzionale: il divieto di arbitrarietà («*interdicción de la arbitrariedad*»).

---

<sup>43</sup> Si esprime proprio in questi termini J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 79: «la labor judicial de controlar la actividad de la Administración no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: la de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir [...] la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal, como el que la limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de Derecho».

<sup>44</sup> La dottrina spagnola, ripresa in Sudamerica (in questo caso, da Marín Hernández), è molto chiara sul punto. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 76 ss.: «la cuestión no es control sí o control no, toda vez que se ha de poder interponer recurso contra cualquier acto administrativo, siendo a mi juicio éste el sentido de la plenitud del control, sino control hasta dónde: lo que queda por determinar es a qué tipo de control y con a qué intensidad». Si veda, nello stesso senso, L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzga: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 22; H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 559; J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 203.

Ebbene, qualsiasi decisione, pur se discrezionale, qualora dovesse risultare arbitraria potrebbe essere censurata, in quanto l'esercizio di arbitrarietà implica contrarietà alla legge, alla giustizia e alla ragionevolezza<sup>45</sup>.

Se in Spagna il principio in questione è stato codificato a livello costituzionale dall'art. 9.3 della Costituzione spagnola<sup>46</sup>, in Sudamerica spesso risulta avere una base costituzionale, pur non essendo presente un riconoscimento normativo espresso nelle relative Costituzioni. Nell'ordinamento peruviano, ad esempio, il divieto di arbitrarietà non viene espressamente disciplinato nella lettera della relativa Costituzione.

Sebbene ciò non ne escluda il fondamento costituzionale, tale assenza ha di fatto contribuito ad attenuare l'efficacia del controllo giurisdizionale dei pubblici poteri<sup>47</sup>.

Il divieto di arbitrarietà è stato espresso, in particolare, nella c.d. "sentenza Callegari"<sup>48</sup>, poi ripresa in successive pronunce del Tribunale Costituzionale peruviano<sup>49</sup>.

Più nel dettaglio, la sentenza Callegari afferma come sia arbitraria: a) la decisione infondata giuridicamente; b) la decisione dispotica, carente di qualsivoglia legittimazione; c) la decisione contraria ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza<sup>50</sup>.

Rilevanza centrale assume, così, la motivazione della decisione amministrativa.

L'atto che include la mera indicazione della volontà dell'organo amministrativo e, di conseguenza, l'assenza dell'esplicitazione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione nell'apparato motivazionale dell'atto, configurerebbe una decisione arbitraria<sup>51</sup>.

Nemmeno in Argentina il divieto di arbitrarietà trova un esplicito riferimento nella Costituzione, anche se esistono una serie di precetti che consentono di affermarne il relativo fondamento costituzionale<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> Per una disamina dell'arbitrarietà, si veda O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012.

<sup>46</sup> Che così recita: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

<sup>47</sup> O. VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 94.

<sup>48</sup> Sentenza all'interno dell'Expediente 0090-2004-AA/TC, del 5 luglio 2004, con commento di V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 181 ss.

<sup>49</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza all'interno dell'Expediente 6167-2005-PHC/TC, del 28 febbraio 2006.

<sup>50</sup> Exp. 0090-2004-AA/TC, del 5 luglio 2004, punto 12.

<sup>51</sup> «la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte», cfr. Exp. 0090-2004-AA/TC, del 5 luglio 2004, punto 15.

<sup>52</sup> Per quanto segue si farà riferimento a J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 197 ss.

Al riguardo, va richiamato l'art. 19 della Costituzione Nazionale Argentina, in cui trova spazio il principio di legalità<sup>53</sup>.

Tale norma dispone, infatti, che non esiste alcun obbligo – in capo ai cittadini – di fare ciò che non sia ordinato dalla legge, né esiste alcun divieto verso ciò che la legge stessa non proibisce.

L'assenza di tale obbligo, sottolinea la dottrina, deriva dal fatto che il precetto costituzionale contiene un ordine implicito: l'assenza di obblighi di condotta verso ciò che non è imposto dalla legge sorge dal divieto rivolto ai funzionari pubblici di emettere atti amministrativi contrari alla legge, alla ragione o alla giustizia (quindi, in definitiva, alla arbitrarietà).

Un ulteriore fondamento giuridico del divieto di arbitrarietà si ritrova nell'art. 28 della Costituzione Nazionale Argentina, che a sua volta costituirebbe il fondamento del principio di ragionevolezza<sup>54</sup>.

In particolare, poi, va segnalato come la ragionevolezza dell'atto può presentarsi non solo quando è affetto da contraddittorietà o da difetto di proporzionalità: la violazione del principio di proporzionalità, in particolare, integra il concetto di irragionevolezza di cui può essere connotato l'atto amministrativo.

Il controllo giudiziario sulla discrezionalità sarà tendenzialmente orientato sulla base di queste premesse.

#### 4.2. *Le tecniche di controllo del potere discrezionale*

Nei sistemi giuridici sudamericani sono diverse le tecniche che consentono di controllare, a livello giurisdizionale, il potere discrezionale. Il panorama offerto si presenta perciò

---

<sup>53</sup> Art. 19, CN, «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

Questa norma trova fondamento nell'art. 5 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino: «La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società. Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina».

<sup>54</sup> Art. 28, Costituzione Nazionale Argentina: «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

piuttosto variegato, e la relativa sistematizzazione si deve agli studi della dottrina colombiana<sup>55</sup>.

Una distinzione preliminare si rende, comunque, necessaria.

Parte della dottrina – argentina e peruviana, in particolare<sup>56</sup> – riconduce la decisione discrezionale viziata ad una decisione arbitraria, ovvero assunta in violazione del principio di «*interdiccion de la arbitrariedad*», mentre altra parte della dottrina – colombiana, in particolare<sup>57</sup> – individua l'applicazione di tale principio come una specifica tecnica di controllo della discrezionalità (l'applicazione dei principi generali del diritto), che si situa all'interno di un insieme diversificato di tecniche di controllo della decisione discrezionale, tra cui figura, ad esempio, lo sviamento di potere.

Cominciando dalla prima impostazione dottrinale, assumono centrale rilevanza i principi di ragionevolezza e di razionalità, attorno al quale ruota il controllo sulle decisioni amministrative discrezionali.

Facendo riferimento all'impostazione della dottrina spagnola di Fernández, la decisione deve, pertanto, essere sottoposta a un doppio *test*, di razionalità e di ragionevolezza: questi due aspetti implicano la coerenza sia interna, sia esterna della decisione, attributo che può essere vagliato attraverso il controllo della motivazione dell'atto amministrativo<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Ancora una volta, tale sistematizzazione si deve a H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 291 ss.

La dottrina sudamericana ha fatto ampio riferimento alle diverse impostazioni che ha animato la dottrina spagnola, nell'ambito di un acceso confronto tra Fernández, da un lato, e Parejo Alfonso e Sánchez Morón, dall'altro.

Per una ricostruzione di tale dibattito, si veda D. ZEGARRA VALDIVIA, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006, p. 52 ss.

<sup>56</sup> V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 188; J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

<sup>57</sup> H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

<sup>58</sup> Sia in Argentina, sia in Perù, si fa riferimento al controllo di razionalità e di ragionevolezza della decisione.

In questi termini, si veda V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 188; J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 216: «Esas decisiones que adopta la Administración, al ejercer la actividad discrecional, deberán ser siempre razonables y no fundadas en el capricho de funcionario de turno; en otras palabras, han de resistir el «test de razonabilidad» que entendemos incluye el análisis de la racionalidad».

Al riguardo, T. R. FERNÁNDEZ osserva che è necessario un «doble test, de razonabilidad y razonabilidad, con el fin de precisar los límites del control que necesariamente reclama la prohibición constitucional de la arbitrariedad y de preservar al propio tiempo el espacio deliberadamente dejado por la Ley a la autoridad en cuyo favor ésta ha delegado el poder de completar su obra», cfr., *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 125-126.

Per le considerazioni che seguono, v. *Ivi*, p. 125 ss.

La razionalità della decisione viene fatta dipendere da alcuni fattori, quali: rispettare i fatti provati; prendere in considerazione tutti gli elementi giuridicamente rilevanti, con il peso che l'ordinamento rispettivamente gli attribuisce; non introdurre elementi ulteriori, privi delle caratteristiche anzidette; esprimere le ragioni a sostegno della decisione senza aver commesso errori logici.

Rispetto al principio di ragionevolezza, invece, il controllo sarà orientato a verificare la adeguatezza, quindi l'idoneità della decisione, ossia l'oggettiva attitudine a soddisfare il fine individuato dalla norma, o se risulti chiaramente sproporzionata<sup>59</sup>; di fatto la ragionevolezza si esprime, anche secondo questa dottrina, attraverso il principio di proporzionalità.

A livello normativo, il principio di ragionevolezza emerge, ad esempio, nell'art. 4, comma 1.4. della Legge del Procedimento Amministrativo Generale peruviano n. 27444 («*Ley del Procedimiento Administrativo General*»)<sup>60</sup>, nel cui testo viene richiamato il principio di proporzionalità, confermando la stretta interconnessione tra i due principi.

Ad ogni modo, il controllo della ragionevolezza e razionalità della decisione (che in questo contesto riassume il controllo della discrezionalità) viene svolto principalmente attraverso un controllo sulla motivazione dell'atto amministrativo, strumento che consente di individuarne la eventuale arbitrarietà<sup>61</sup>, tanto che parte della dottrina auspica una motivazione degli atti amministrativi basata sulla applicazione del principio di ragionevolezza: l'organo che emette l'atto è, infatti, colui il quale può sfruttare meglio tale principio, anche tenuto conto delle potenzialità, sotto il profilo argomentativo, del principio di ragionevolezza<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Sulla stessa linea, rispetto al principio di ragionevolezza, I. A. BOULIN VICTORIA sottolinea come si possa scomporre in tre sotto-principi: a) l'idoneità della misura, attraverso la quale il giudice si limita a rifiutare le soluzioni totalmente inadeguate, con un controllo volto a vagliare la totale inidoneità della misura rispetto al fine, non potendosi spingere al di là di questo, nel rispetto delle relative competenze; b) la necessità della misura, che richiede una valutazione comparativa della scelta con le possibili alternative, esaminandone l'efficacia e l'incidenza sulla sfera giuridica dei destinatari; c) la proporzionalità in senso stretto, che consente di dichiarare sproporzionata una decisione allorché l'atto amministrativo limiti un diritto fondamentale in misura maggiore rispetto alla tutela del principio costituzionale che la decisione mira a realizzare, cfr. *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 105 ss.

<sup>60</sup> Se ne riporta il testo: «Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

<sup>61</sup> V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 193.

<sup>62</sup> «Por lo dicho se supone aquí un cambio. No en la forma de ejercer el control judicial de razonabilidad, ni a través de encargar al juez misiones propias de quien administra: esto sólo trasladaría la potestad de decidir discrecionalmente de un órgano a otro. La modificación a conseguir consiste en que, refinando el concepto de

La seconda impostazione dottrinale, come accennato, riconduce il divieto di arbitrarietà ad una delle tecniche di controllo del potere giudiziale, ovvero all'applicazione dei principi generali del diritto.

Nel classificare dette tecniche di sindacato, oltre a quest'ultima, viene individuato il controllo degli elementi vincolati dell'atto, lo sviamento di potere, il controllo dei presupposti di fatto determinanti e, appunto, l'applicazione dei principi generali del diritto.

Una prima tecnica di controllo del potere discrezionale è rappresentata dalla verifica legata agli elementi vincolati dell'atto.

A ben vedere, come evidenziato da parte della dottrina Argentina, tale tecnica può venire affiancata al controllo eseguito applicando il principio di ragionevolezza, prevedendo che la giurisprudenza possa sindacare l'atto discrezionale attraverso entrambe queste tecniche<sup>63</sup>.

Ritenendo qualsiasi attività – discrezionale o vincolata – soggetta al controllo giudiziale, viene altresì osservato che il controllo sugli aspetti vincolati dell'atto discrezionale (tra cui la competenza, la forma, la causa) si traduce in un tipico controllo di legittimità della decisione amministrativa<sup>64</sup>.

---

discrecionalidad, la Administración aplique el principio de razonabilidad en la motivación de sus decisiones, pues quien mejor puede utilizar este principio no es el juez controlador sino el órgano emisor de la medida. El juez puede descartar las medidas irrazonables, pero no puede decidir cuál es la más conveniente. La potencialidad argumental del principio de razonabilidad es demasiado beneficiosa como para que sea utilizada únicamente por la justicia, dejando a la política como si fuera un arte irracional», v. I. A. BOULIN VICTORIA, *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 114-115.

<sup>63</sup> Si veda CSJN, *Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos*, sent. del 23/06/1992, *La Ley*, 1992-E, 101.

Per il relativo commento, v. P. M. E. SAMMARTINO, *Actos discrecionales: concepto, límites y control. Apuntes sobre el fallo "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos"*, in J. R. COMADIRA, *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 269 ss.

Cfr. *Ivi*, «en la jurisprudencia del más alto tribunal el control de los *actos predominantemente discrecionales*, por conducto de la vía amparista, discurre a través de dos técnicas diferentes. Así en algunas ocasiones el tribunal ha fiscalizado tales actos a través de los elementos reglados de la decisión – control externo, ciertamente mínimo de discrecionalidad -. En otras, se fiscalizó la entraña o núcleo discrecional del acto, mediante el examen de razonabilidad», p. 272-273.

<sup>64</sup> *Ivi*, p. 272: «aceptado que aún en aquellos actos en que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho, es evidente que, sean actos predominantemente reglados o discrecionales o de pura administración, todos ellos deben adecuarse al principio de legitimidad. Reconociendo en éste un parámetro, a través del estándar de razonabilidad, de confrontación de la actuación administrativa con el Derecho, se deriva naturalmente que los jueces hallarán en aquel estándar ponderativo a partir del cual ejercer el control. *Toda* la actividad administrativa – la reglada o la predominantemente discrecional – está juricizada. [...]».

L'Autore osserva che la sentenza in commento risulta una applicazione esemplare della tecnica di controllo sugli elementi vincolati della decisione, e ne riporta direttamente i principi ivi contenuti: «“el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad”»; cfr. *Ivi*, p. 273.

Una diversa tecnica di controllo corrisponde allo sviamento di potere, istituto comune alla nostra esperienza giuridica e mutuato dalla dottrina francese<sup>65</sup>.

Al riguardo, l'amministrazione, nell'esercizio del potere discrezionale, è tenuta a realizzare i fini previsti dalla legge: lo sviamento di potere si configurerà ogniqualvolta vengano perseguiti fini diversi rispetto a quelli previsti dalla legge, dovendosi dimostrare che l'attività amministrativa non è stata diretta a realizzare il fine previsto dall'ordinamento.

Una ulteriore tecnica di controllo è basata sulla verifica dei presupposti di fatto "rilevanti", che sorge dalla necessaria corrispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, per realizzare il procedimento di sussunzione necessario nel processo di applicazione della norma giuridica.

Difatti, il corretto esercizio dell'attività discrezionale presuppone l'esattezza dei fatti su cui si basa la decisione, e l'eventuale vincolo per il giudice alla ricostruzione dei fatti realizzata dalla amministrazione si tradurrebbe in una compressione del diritto alla tutela giudiziale effettiva per il privato.

Ancora, il controllo giudiziale può essere svolto attraverso l'applicazione dei principi generali del diritto, a cui si riconducono: il principio di oggettività, il principio di imparzialità, la tutela del legittimo affidamento, il principio di uguaglianza, il principio di ragionevolezza, il principio di proporzionalità, il divieto di arbitrarietà e la tutela dei diritti fondamentali.

Infine, ulteriore tecnica di controllo è rappresentata dall'applicazione della teoria dei concetti giuridici indeterminati, ma sul punto si ritornerà nelle pagine che seguono.

#### 4.3. *Tra legittimità e opportunità. Il problema della sostituzione giudiziale*

Innanzitutto, va svolta una premessa legata alla distinzione tra legittimità e opportunità, che acquisisce rilievo per la fissazione dei termini *generali* entro cui il sindacato sulla discrezionalità si esprime<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Per queste considerazioni e per le successive, si farà riferimento a H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 291 ss.

<sup>66</sup> Sul punto, v. *Ivi*, p. 177 ss.

Difatti, questa distinzione caratterizza un tipo di decisione che, nel primo caso, è vincolata, e viene presa applicando criteri di natura giuridica; nel secondo caso, invece, è discrezionale, e viene presa applicando criteri di opportunità.

La conseguenza principale, si osserva, attiene al controllo giurisdizionale, poiché la decisione discrezionale ammette esclusivamente l'annullamento giudiziale, mentre in presenza di una decisione vincolata il giudice può, oltre ad annullare, sostituirsi all'amministrazione.

Sul punto, alcuni considerano la distinzione tra legalità e opportunità come un «puro e semplice sofisma»<sup>67</sup>: le due figure non andrebbero, dunque, scisse in modo netto, non essendo possibile determinare con precisione quando i criteri di natura giuridica siano sufficienti per giungere alla decisione.

Secondo altri, invece, tale distinzione andrebbe mantenuta ferma: ciò implicherebbe escludere la dimensione dell'opportunità dall'ambito del controllo giudiziale, che potrebbe essere svolto sui meri profili di legalità dell'atto<sup>68</sup>.

Viene meno, in quest'ultima ipotesi, la possibilità di sostituzione del giudice, ammettendo unicamente l'annullamento dell'atto amministrativo viziato.

Sul punto, la dottrina colombiana accoglie una posizione distinta, rilevando che se, da un lato, l'opportunità della decisione discrezionale deriva dal carattere politico, economico, o di convenienza (dunque da valutazioni svolte applicando criteri *extrajuridici*), dall'altro lato, ciò non può determinare una decisione libera e arbitraria, priva di limiti sotto il profilo giuridico<sup>69</sup>.

Tali limiti possono essere riassunti nei profili vincolati della decisione, nelle finalità individuate dal legislatore e nei principi generali del diritto, che possono essere trasgrediti

---

<sup>67</sup> T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, III ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 101.

<sup>68</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzga: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 122 ss.

<sup>69</sup> Per le successive riflessioni si farà riferimento a H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Cfr. *Ivi*, p. 182: «el aludido núcleo de decisión política o de valoración de la *oportunidad* que la discrecionalidad supone, se encuentra siempre rodeado por el Derecho, que le impone unos límites tanto a través de los elementos reglados que a toda potestad discrecional también le son propios, como por medio de los referidos principios generales, que en manera alguna pueden ser transgredidos en el ejercicio de la facultad discrecional y que, por tanto, encuadran e innegablemente también orientan la fijación del criterio extrajurídico que posibilitará la elección entre opciones alternativas. Por tanto, el mencionado núcleo de *oportunidad* viene siempre rodeado de un cinturón de *legalidad*, o, para ser más rigurosos, de *juridicidad* – en cuanto constituido no sólo por la Ley, sino por el Derecho en su conjunto –, con lo cual no puede más que coincidirse con la afirmación en el sentido de que “lo legal – podría decirse – es oportuno y todo lo ilegal inoportuno”».

durante l'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, sicché si ritiene che l'opportunità della decisione non possa andare mai scissa dalla relativa giuridicità, che si traduce nei vincoli appena citati.

Quanto affermato consente di individuare i confini, in senso ampio, del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità: tenendo conto dei suddetti parametri, l'esame dovrà essere orientato a verificare se la scelta sia o meno conforme all'interesse pubblico<sup>70</sup>.

Posto che l'opportunità della decisione non può prescindere dal rispetto del diritto, il giudice potrà sindacare il nucleo politico della stessa, per verificare se il criterio – adottato dalla p.a. per scegliere tra le alternative possibili – rientri nei confini stabiliti dal quadro normativo e ordinamentale<sup>71</sup>.

Una ulteriore considerazione si rende necessaria.

La presenza di più alternative decisionali che caratterizza la discrezionalità porta con sé la questione di stabilire se esista o meno una unica soluzione corretta o conforme al diritto per il problema affrontato dall'amministrazione.

In realtà, si parla più specificamente di una soluzione maggiormente idonea a realizzare l'interesse pubblico, quindi, più opportuna, o più conveniente.

La dottrina colombiana ritiene che le valutazioni extragiuridiche che compongono il nucleo discrezionale della scelta orientando la ponderazione di interessi possono non essere univoche, con ciò potendosi configurare una pluralità di decisioni che rientrano nei limiti fissati dall'ordinamento.

Ad ogni modo, per assicurare il buon funzionamento del sistema, è necessario che venga individuata, attraverso il ragionamento giuridico, la soluzione che riesca a soddisfare maggiormente l'interesse pubblico<sup>72</sup>; qualora ciò non fosse possibile, al momento di esercitare il relativo sindacato su detta soluzione, il giudice dovrà senz'altro arrestarsi, non potendo controllare e, quindi, sostituire, il criterio di opportunità alla base della scelta amministrativa tra le diverse opzioni giuridicamente ammissibili<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 183.

<sup>71</sup> Si veda, anche per le considerazioni che seguono, *Ivi*, p. 512-516.

<sup>72</sup> I. A. BOULIN VICTORIA osserva, similmente, che, se fosse disponibile la soluzione ideale, l'amministrazione non potrebbe evitare di sceglierla, sussistendo l'obbligo per chi esercita la funzione amministrativa di prendere la decisione considerata più conveniente, cfr. *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 56 ss.

<sup>73</sup> H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 515-516: «El principio de unidad de respuesta correcta a los problemas jurídicos, como *idea regulativa o aspiración* del ordenamiento y no como dogma incuestionable del mismo, se constituye en un elemento clave para el buen funcionamiento del sistema, como quiera que justifica que el operador jurídico – en lo que aquí interesa, Administración actuante y juez fiscalizador – lleven al máximo de sus posibilidades

La dottrina peruviana, nel sistematizzare il tema, ha osservato come il controllo giudiziale svolto attraverso l'applicazione del principio che proibisce qualsivoglia decisione amministrativa arbitraria non possa spingersi fino alla sostituzione giudiziale<sup>74</sup>.

Se, infatti, è possibile svolgere un controllo di carattere *negativo* sulla decisione, per verificarne l'arbitrarietà, non è invece ammissibile un controllo *positivo* sulla discrezionalità, mediante una sostituzione della decisione amministrativa con quella del giudice: con una espressione estremamente efficace, si sottolinea, al riguardo, che il giudice può stabilire se una soluzione è razionale, ma non quale sia la più razionale tra le soluzioni possibili<sup>75</sup>.

Tuttavia, in casi eccezionali, è possibile che la sostituzione giudiziale si realizzi legittimamente: si fa riferimento ai casi in cui esiste una unica soluzione conforme al diritto, ipotesi che coincide con la c.d. «riduzione a zero della discrezionalità»<sup>76</sup>.

---

el razonamiento jurídico, a efecto de intentar encontrar esa única respuesta, evitando, eso sí, caer en la especulación o en el mero subjetivismo cuando dicho razonamiento se revele insuficiente y sea menester reconocer que, *desde el mismo y sólo dentro de él*, es imposible arribar a una única respuesta al caso que se pretende resolver. Si esto es así, no podemos convenir con el aserto que preconiza la indiferencia para el Derecho de las valoraciones extrajurídicas que constituyen el núcleo de decisión política o de conveniencia ínsito en la discrecionalidad, aun aceptando – como aceptamos – las premisas de acuerdo con las cuales, de un lado, dichas valoraciones – que se traducen en una pluralidad de alternativas para el decisor – pueden efectivamente no vulnerar los límites fijados por la Ley y por el Derecho, y, de otro, que indudablemente los criterios extrajurídicos (políticos, económicos, estéticos, etc.) que orientan y determinan el resultado de la ponderación de intereses en la decisión discrecional, no son unívocos, de manera que puede existir una pluralidad de soluciones que no desconozcan los tantas veces citados límites señalados por el ordenamiento. Pero, reiteramos, convenir en la corrección de estas dos premisas a nuestro modo de ver no supone, necesariamente, asumir que tanto la Administración como el juez dejan de hallarse ante la obligación de apurar hasta sus últimas consecuencias el razonamiento *jurídico* a efecto de intentar el hallazgo de *la mejor solución posible* de cara a la satisfacción de los intereses generales. Una vez agotado dicho *jurídico* razonar, sin que haya podido llegarse a la pretendida unidad de respuesta a elegir entre las jurídicamente admisibles, entonces sí surge el margen de valoración política, técnica, de oportunidad, conveniencia o como mejor proceda – según las circunstancias del caso – llamarlo, en el que debe reconocerse a la Administración la posibilidad de decir “la última palabra”, sin que el juez se encuentre legitimado para sustituirla por sus propios criterios extrajurídicos pues, ahora sí, tras haberse recorrido este camino que condujo hasta el final de las posibilidades del razonamiento jurídico, se halla ante *indiferentes* – y valga la redundancia – *jurídicos*».

<sup>74</sup> Si veda V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 188 ss.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 189: «La arbitrariedad de una decisión es presupuesto para su sustitución judicial, *pero no la ocasiona necesariamente*, pues si bien es fundamento suficiente para un control “negativo” de la actividad discrecional, al permitir a los jueces la anulación de aquéllos actos que adolezcan de falta de coherencia (arbitrarios); no aporta, por sí solo, criterios para un control “positivo” de la actividad discrecional, que permita a los jueces sustituir la decisión administrativa por la suya propia. Es decir, permite a los jueces establecer cuándo una solución *no es racional*, pero no cuál *es la más racional* de todas las soluciones posibles. Este es el sentido del “margen de libertad” frente al Juez en que consiste la discrecionalidad».

<sup>76</sup> La questione non è, tuttavia, pacifica in dottrina, come dimostrano le diverse reazioni dottrinali alla sentenza del Tribunale Supremo di Giustizia spagnolo dell'11 giugno 1991, che ha risolto una controversia avente ad oggetto un provvedimento di aggiudicazione, sostituendosi all'amministrazione e aggiudicando il contratto alla parte appellante, cfr. J. C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 214-215; V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 189, n. 33.

Non solo: è anche auspicabile che ciò accada, in quanto la sostituzione in tali ipotesi sarebbe l'unica soluzione idonea a garantire una tutela giudiziale effettiva per il cittadino, ogniqualvolta si configuri una lesione di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo, anche di rango costituzionale<sup>77</sup>.

#### 4.4. *Il controllo delle decisioni tecniche. Discrezionalità tecnica o concetti giuridici indeterminati?*

Terminato l'esame del potere discrezionale e del relativo controllo, non resta ora che soffermarsi sui problemi legati all'applicazione delle conoscenze specialistiche alla decisione amministrativa e al relativo sindacato giudiziale.

In via preliminare, sarà necessario tornare su alcuni profili lasciati momentaneamente da parte, quali la discrezionalità tecnica (con esclusione della questione legata alla denominazione dell'istituto<sup>78</sup>), i concetti giuridici indeterminati e le valutazioni tecniche, facendo chiarezza rispetto a questi istituti nell'ambito dell'esperienza giuridica sudamericana.

La dottrina, in particolare, ha preso come principale riferimento gli studi di Magide Herrera e di Desdentado Daroca<sup>79</sup>.

---

Per una sintesi delle posizioni nell'ambito della dottrina spagnola, si veda D. ZEGARRA VALDIVIA, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006, p. 33 ss.; per un approfondimento, cfr. altresì H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 559 ss. e, per quanto riguarda la riduzione a zero della discrezionalità, p. 617 ss.

<sup>77</sup> «En los casos en que se evidencie el aludido fenómeno de “reducción a cero de la discrecionalidad”, lo que, como el planteamiento mismo lo advierte, sólo podrá advertirse de manera casuística y particular, apartándose de formulaciones generales y abstractas, o en los que sea posible comprender el supuesto fáctico en cuestión en la “zona de certeza” de un concepto jurídico indeterminado o en los que, en fin, del acervo probatorio a disposición del operador jurídico se desprenda claramente que se está ante una potestad reglada o se ha dejado de estar frente a una discrecional, no solo es viable, sino deseable y aun constitucionalmente exigible la sustitución en sede jurisdiccional de la decisión administrativa contraria a la ley o al Derecho, como única alternativa que garantiza al ciudadano la plena y efectiva tutela judicial de sus derechos legal o constitucionalmente consagrados y de sus intereses legítimos», cfr. H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 630-631.

<sup>78</sup> Ad esempio, cfr. *Ivi*, p. 281 ss., ove si riporta la dottrina spagnola che critica aspramente l'utilizzo del termine “discrezionalità tecnica”.

<sup>79</sup> Con riferimento a quest'ultimo cfr., ad esempio, D. ZEGARRA VALDIVIA, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006, p. 43 ss.

Quest'ultima impostazione si ritiene pienamente condivisibile e, con particolare riferimento alle valutazioni tecniche, è stata integralmente accolta dalla dottrina colombiana<sup>80</sup>.

Giova, pertanto, muovere dalla teoria di Desdentado Daroca sulla discrezionalità e sui concetti giuridici indeterminati, per sviluppare alcune riflessioni sul controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche<sup>81</sup>.

Ebbene, l'Autrice parla di discrezionalità strumentale tecnico-giuridica – istituto ben diverso dal potere discrezionale propriamente detto – nei casi in cui la norma giuridica disciplina l'attività amministrativa facendo uso di concetti indeterminati (quali, ad esempio, l'individuazione del giusto prezzo o dell'interesse storico-artistico di un bene) la cui determinazione e successiva applicazione richiede l'utilizzo di regole tecniche incerte, con conseguente incertezza del risultato.

Viene, quindi, escluso che dall'opinabilità della fattispecie possa derivarsi discrezionalità in senso stretto: la pluralità di soluzioni possibili al problema tecnico deriva dall'incertezza che caratterizza la norma o il criterio tecnico da applicare, e non dall'attribuzione di un potere discrezionale.

Peraltro, l'Autrice riesce a superare efficacemente alcune obiezioni sollevate dalla dottrina. In primo luogo, non si ritiene ammissibile che l'attività di applicazione dei concetti indeterminati possa implicare esercizio di discrezionalità, quindi di valutazione o di ponderazione dell'interesse pubblico. Infatti, la norma non attribuisce un siffatto potere di ponderazione all'amministrazione, già valutato e ponderato dal legislatore nel predisporre la produzione di determinate conseguenze giuridiche al verificarsi dei presupposti di legge.

Esemplificando, l'amministrazione, nell'individuare il rilievo storico-artistico del bene o nel selezionare il candidato più preparato, sta assolvendo il proprio obbligo giuridico: si tratta di attività regolate e guidate dalla norma, che svolge già integralmente la valutazione del pubblico interesse, non residuando margine di ponderazione alcuna per l'amministrazione<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 533 ss.

<sup>81</sup> Al riguardo, si farà riferimento a E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1997; E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico*, II ed., Pamplona, Aranzadi, 1999.

<sup>82</sup> «La norma no ha configurado un margen para que la Administración realice una valoración atendiendo al interés público. El interés público ha sido ya apreciado y establecido en la propia norma y consiste precisamente en que se produzca la consecuencia prevista cuando concorra el supuesto legalmente delimitado. Así, por ejemplo, el interés público previsto por la norma consiste en que se impongan limitaciones a los jardines o edificios de «interés histórico-artístico» o en que se seleccione al candidato más capaz o más idóneo desde el punto de vista de su preparación. Y ese interés público se satisface si la Administración realiza una adecuada apreciación técnica de las cualidades previstas en la norma y actúa en consecuencia tal y como prevé la norma. No queda, pues, a la autoridad administrativa margen alguno para la determinación, concreción, o

In secondo luogo, l'opinabilità della valutazione non implica una valutazione riservata per l'autorità amministrativa: si parla, ancora una volta, di attività di interpretazione e applicazione della norma, posto che quest'ultima ha semplicemente regolato l'attività amministrativa, senza conferire siffatto potere.

Tale qualifica, sottolinea Desdentado Daroca, caratterizza altresì l'interpretazione del diritto, con la differenza che, rispetto all'attività ermeneutica, non viene attribuita alcuna forma di discrezionalità (e, di conseguenza, alcuna riserva di potere, con relativa esclusione del controllo giurisdizionale).

Da ciò deriva, inoltre, la mancata attribuzione di un potere riservato – come le teorie di Marzuoli e De Pretis prevederebbero – estraneo sia all'attività vincolata che all'attività discrezionale, proprio perché non se ne riesce ad individuare l'attribuzione normativa.

Qualificata l'attività in esame come attività di applicazione e interpretazione della norma e, pertanto, come attività *giuridica*, non esistono ragioni che permettono di escluderne legittimamente il relativo controllo giurisdizionale<sup>83</sup>.

L'Autrice analizza, inoltre, il controverso tema dei limiti del sindacato nell'ambito delle controversie in materia di concorsi pubblici.

Al riguardo, l'attività di valutazione delle Commissioni va inquadrata nell'attività – giuridica – di concretizzazione e applicazione di concetti indeterminati che rimanda a criteri tecnici: una esclusione del controllo su tali valutazioni sarebbe inammissibile, poiché in pieno contrasto con il diritto costituzionale a una tutela giudiziale effettiva.

Le Commissioni di concorso, chiarisce Desdentado Daroca, sono organi creati per applicare il diritto e non per prendere decisioni discrezionali<sup>84</sup>, sicché non esistono ragioni strettamente giuridiche che consentono di giustificare alcuna limitazione del relativo sindacato giurisdizionale<sup>85</sup>.

---

apreciación del interés público y aunque se aceptara que en la interpretación y aplicación de estos conceptos se utilizan criterios consecuencialistas junto a los criterios técnicos, ello tampoco podría llevar a la conclusión de que exista discrecionalidad administrativa, porque la norma, en estos casos, no ha atribuido a la Administración esa función. La Administración tiene la obligación jurídica de elegir al candidato más capaz, de imponer limitaciones únicamente a jardines de «interés histórico-artístico», de pagar al expropiado el «justo precio». Su actividad está regulada, guiada por la norma y ordenada por ésta a la realización del interés público ya previsto y configurado en la norma, y que se traduce en la elección del candidato más capaz, en el pago del justo precio [...], etcétera», E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico*, II ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, p.

<sup>83</sup> E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1997, p. 140 ss.

<sup>84</sup> *Ivi*, p. 145 ss.

<sup>85</sup> «La afirmación que los tribunales no pueden anular ni sustituir las valoraciones de los órganos técnicos de la Administración en los supuestos de oposiciones, concursos, exámenes académicos y pruebas de

Dunque, circoscrivere il controllo giudiziale su tale attività tecnica non ha fondamento giuridico, e risulta in contrasto con il menzionato principio costituzionale, oltre che in netta contrapposizione con il principio di legalità, che presuppone la piena sottoposizione dell'attività amministrativa alla legge<sup>86</sup>.

Le possibili ragioni che escludono il controllo vengono individuate dall'Autrice come motivazioni extragiuridiche, legate alla razionalità economica, incidendo significativamente sull'attività del giudice, che si ritroverebbe a dover reiterare il giudizio precedentemente svolto dalle Commissioni.

Pertanto, alla base della decisione di comprimere il sindacato rispetto a tali controversie è presente – sebbene mascherata da ragioni giuridiche – una motivazione di politica giudiziale, secondo la quale non si ritiene opportuno sottoporre a una revisione giurisdizionale tali valutazioni, che porterebbero a ingolfare la macchina giudiziaria<sup>87</sup>.

Da ultimo, va fatto riferimento alla impostazione accolta in Perù, rispetto alla quale si è già avuto modo di accennare come la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale peruviano riconduca la discrezionalità tecnica ad una espressione del potere discrezionale, soluzione non ritenuta corretta dalla dottrina: i due istituti vengono mantenuti, infatti, separati concettualmente, sostenendo come la discrezionalità tecnica vada inquadrata nell'ambito dei concetti giuridici indeterminati<sup>88</sup>.

---

idoneidad carece de fundamento y se traduce en la práctica en una exclusión injustificada, al menos desde una perspectiva estrictamente jurídica, del control judicial, que resulta contraria al derecho a una tutela judicial efectiva. Se trata de una exclusión injustificada, porque si bien es verdad que determinados aspectos de ciertas decisiones no son susceptibles de anulación ni sustitución por los tribunales sobre la base de criterios jurídicos, como es el caso de los núcleos de discrecionalidad existentes en los actos políticos y en los actos administrativos discrecionales, ello responde a que dichos aspectos caen dentro del ámbito de lo jurídicamente indiferente, lo que, por las razones antes expuestas, no es el caso de la discrecionalidad instrumental jurídico-técnica, que no es en ultimo termino más que una operación jurídica», v. *Ivi*, p. 146.

<sup>86</sup> «No existen argumentos jurídicos que apoyen la tesis de la exclusión y no solo eso, sino que, además, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la actividad administrativa (arts. 103 y 106 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva imponen un control pleno de la discrecionalidad instrumental jurídico-técnica», v. *Ivi*, p. 147.

<sup>87</sup> «Es posible, por tanto, que la exclusión del control judicial de la discrecionalidad instrumental jurídico-técnica en materia de concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad responda a criterios de política judicial de acuerdo con los cuales se considera preferible que estos casos no sean objeto de un control por los órganos judiciales dado que, por su especial carácter, su control determinaría una acumulación indeseable de asuntos ante los tribunales», v. *Ivi*, p. 150.

<sup>88</sup> «La Sentencia Callegari también indica que una de las clases de discrecionalidad es la *técnica*, que define como “el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico”. Sin embargo, pese a lo que expresamente indica la sentencia citada, y a pesar de que se trata de una categoría utilizada por la jurisprudencia comparada, debe indicarse que en este caso no estamos realmente ante una clase de discrecionalidad, sino ante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, de carácter técnico o científico, y como tales deben ser tratados», cfr. V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 192.

Anche rispetto al controllo giudiziario sulle valutazioni tecniche, la teoria assunta come modello è quella di Magide Herrero, e giunge a conclusioni parzialmente diverse da quelle appena viste.

Al riguardo, si parte dal presupposto comune che l'attività di applicazione dei concetti giuridici indeterminati che non attribuiscono discrezionalità sia una attività di interpretazione e applicazione della legge, perfettamente sovrapponibile a quella svolta dai giudici<sup>89</sup>.

Le riflessioni dell'Autore in termini di controllo giudiziale, tuttavia, sono diverse.

Si sostiene, infatti, che la predetta attività di concretizzazione del concetto indeterminato debba essere svolta dall'amministrazione, la cui interpretazione le spetta legittimamente solo nella misura in cui essa risulti giuridicamente sostenibile e, quindi, ragionevole.

Pertanto, il giudice avrebbe facoltà di sostituire la valutazione della p.a. con la propria, solo nel caso in cui l'interpretazione amministrativa della norma non potesse considerarsi come una interpretazione ragionevole<sup>90</sup>.

A questa impostazione fa, in definitiva, riferimento la dottrina peruviana, rilevando come il giudice non sia tenuto a interpretare *ex novo* la norma, ma debba effettuare una mera verifica circa la correttezza (nei termini, appunto, di ragionevolezza) della stessa<sup>91</sup>.

---

Anche O. VIGNOLO CUEVA condivide l'impostazione di Magide Herrero, cfr. *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012, p. 217-218.

<sup>89</sup> «La aplicación de conceptos normativos indeterminados que atribuyen discrecionalidad es una operación de aplicación del Derecho en sentido amplio (interpretación y aplicación del Derecho) idéntica materialmente a la actividad que desarrollan los jueces y tribunales en el ejercicio de su función de juzgar», M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000, p. 301.

<sup>90</sup> Il potere di concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati che non attribuiscono discrezionalità, si sostiene, «corresponde a la Administración siempre que su interpretación resulte jurídicamente justificable o, lo que es lo mismo, jurídicamente razonable. Es decir, el juez no ha de repetir la operación de aplicación del Derecho que ha llevado a cabo la Administración, para confirmarla, si el resultado al que llega es el mismo al que llegó la Administración, o para anularla en caso contrario, sino que ha de examinar en primer lugar si la aplicación de los conceptos normativos indeterminados que ha hecho la Administración constituye una interpretación jurídicamente razonable de la norma», v. *Ivi*, p. 303-304.

<sup>91</sup> V. S. BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012, p. 191-192.

## 5. *Considerazioni conclusive*

Alcune considerazioni vanno, a questo punto, svolte.

Riprendendo la soluzione accolta dalla dottrina peruviana appena vista, il modello di sindacato adottato non appare lo sviluppo corretto delle premesse logiche da cui si muove. Se, quando si fa riferimento all'applicazione di concetti giuridici indeterminati che non implicano esercizio di discrezionalità, si tratta di attività interpretativo-applicativa, non si condivide che il parametro di correttezza dell'interpretazione venga riassunto in termini di ragionevolezza della stessa, e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, va rilevato che tale parametro appartiene più propriamente al controllo sulla discrezionalità amministrativa che, come precedentemente evidenziato dalla stessa dottrina, va esercitato, oltre che attraverso il principio di razionalità, attraverso il principio di ragionevolezza.

In secondo luogo, se l'attività di applicazione dei concetti indeterminati che non comporta esercizio di discrezionalità risulta, secondo questa impostazione, un'attività interpretativa identica a quella svolta dai giudici, è possibile ragionare analogicamente rispetto a quanto concerne l'interpretazione del diritto.

Sul punto, quindi, la ragionevolezza dovrebbe essere il minimo comune denominatore delle diverse opzioni interpretative argomentate e contenute nelle decisioni giudiziarie, ma non può costituire il parametro da cui determinarne la correttezza.

L'attività interpretativa consente al giudice di optare, secondo il proprio libero convincimento, tra più soluzioni ragionevoli: diversamente opinando, l'irragionevolezza della soluzione dovrebbe condurre il giudice ad escluderla dalla gamma delle risposte interpretative, poiché non argomentabile e, quindi, non sostenibile.

È ben possibile per il giudice, quindi, ritenere una soluzione più corretta di un'altra sotto il profilo giuridico poiché, ad esempio, più approfondita e argomentata o, ancora, per la maggiore solidità delle ragioni giuridiche addotte a sostegno della stessa.

La ragionevolezza delle opzioni è quindi necessaria, ma non sufficiente per realizzare la scelta interpretativa finale, che spetta solo al giudice, unico organo legittimato a fornire la definitiva interpretazione del diritto.

Se l'autorità giudiziaria si limitasse a vagliare la ragionevolezza della soluzione interpretativa della amministrazione, sostituendola con la propria diversa interpretazione

solo qualora tale ragionevolezza non fosse presente, verrebbe meno al corretto espletamento delle proprie funzioni, che include la prerogativa di optare per una delle soluzioni interpretative ragionevoli, qualora maggiormente sostenibile sotto il profilo giuridico, col risultato di non assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

Sotto un diverso profilo, l'impostazione di Desdentado Daroca che viene fatta propria dalla dottrina colombiana<sup>92</sup> è particolarmente interessante perché offre un punto di vista che cerca di tenere assieme le contraddizioni che connotano la materia.

Da una parte vi sono le premesse teoriche, che portano ad escludere l'esercizio di discrezionalità tecnica quando si tratti di applicazione di concetti giuridici indeterminati, corrispondente, nell'ordinamento italiano, alla attività di esercizio della c.d. discrezionalità tecnica o, più correttamente, a ciò che può essere ricompreso nella attività di valutazione tecnica.

Trattandosi di attività di interpretazione e applicazione della norma giuridica, la rigorosa conseguenza logica vorrebbe un sindacato giudiziale tale da potersi spingere a sostituire la valutazione amministrativa, a nulla rilevando l'opinabilità dei criteri tecnici applicati, che non è sufficiente per concludere ritenendo esistente una riserva di potere in capo all'amministrazione con esclusione del controllo giudiziale (e che pure caratterizza, come visto, l'attività ermeneutica, senza però farne derivare un potere riservato in capo alla p.a.). Dall'altra parte, invece, esiste la necessità di evitare che determinate valutazioni tecniche, come avviene per i concorsi, siano nuovamente sottoposte a revisione, entrando in gioco criteri di opportunità, di razionalità economica, e di efficienza del sistema di giustizia amministrativa.

Ecco, dunque, la contraddizione che in questa sede si tenta perlomeno di mettere in evidenza e che non può più essere ignorata, se non si vuole incorrere in inevitabili contraddizioni nel ragionamento logico-giuridico dalle quali è difficile uscire.

Se, da un lato, non esistono ragioni giuridiche valide ad escludere il controllo giudiziale sostitutivo sulla mera attività di valutazione tecnica (escludendo da siffatto controllo, naturalmente, il potere discrezionale), dall'altro lato gli argomenti giuridici non solo esistono, ma hanno anche rango costituzionale, e sono riassumibili nel principio di legalità e nel principio di tutela giudiziale effettiva.

---

<sup>92</sup> Con riferimento alle ultime considerazioni, pure accolte e condivise, si veda H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 534 ss.

## CAPITOLO IV

# GLI ORGANISMI TECNICI NELLA DECISIONE PUBBLICA. PROFILI APPLICATIVI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Tecnica e organizzazione nella Pubblica Amministrazione. Il ruolo degli apparati tecnici della P.A. – 3. Il diritto del periodo emergenziale. Profili generali. – 4. La natura giuridica e il contenuto dei D.P.C.M. – 5. Il Comitato Tecnico Scientifico e il rapporto tra attività tecnico-specialistica e D.P.C.M. – 6. I comitati e le decisioni tecnicamente complesse nel Diritto UE: la procedura centralizzata di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci. – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. *Considerazioni introduttive*

Nel capitolo che segue si intendono sviluppare le idee e le suggestioni espresse nella precedente parte del lavoro, e legate al condizionamento della decisione amministrativa da parte delle conoscenze tecnico-specialistiche.

A questi fini, si analizzerà l'esperienza pandemica e la procedura europea per l'autorizzazione dei medicinali, ambiti che si ritengono particolarmente significativi ed emblematici della onnipresente tensione tra tecnica e diritto.

La pandemia da *Covid-19*, in particolare, ha posto nuovamente l'attenzione (se mai ve ne fosse stato bisogno) sulla relazione già problematica tra scienza e diritto, e ha generato la convinzione sempre più diffusa che l'incidenza della tecnica sui processi decisionali sia destinata ad un aumento progressivo<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> B. MARCHETTI, *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 42.

Tali aspetti, che coinvolgono inevitabilmente l'attività di cura degli interessi affidata alle pubbliche amministrazioni, incidono significativamente sulla formazione della decisione pubblica, comprimendo in maniera rilevante i margini di discrezionalità amministrativa e generando problemi sul piano della legittimazione democratica delle decisioni assunte.

Preliminarmente, verranno svolte alcune considerazioni in merito al rapporto tra le competenze esperte e l'organizzazione della p.a., con particolare riferimento agli apparati tecnici della amministrazione pubblica<sup>94</sup>: tali aspetti, inerenti ai profili strettamente organizzativi che riguardano gli apparati tecnici, saranno applicabili sia al Comitato Tecnico Scientifico istituito durante la pandemia da *coronavirus*, sia ai comitati tecnici istituiti in seno all'EMA (*European Medicines Agency*).

È evidente come una siffatta introduzione risulti opportuna, oltre che logicamente funzionale rispetto alle considerazioni che seguiranno: infatti, le strutture organizzative tecniche della p.a. esprimono efficacemente il rapporto e le relative tensioni presenti tra *expertise* tecnica e potere politico.

In seguito, ci si soffermerà, in primo luogo, sulla normativa del periodo emergenziale, per ricostruire il quadro di riferimento da cui esaminare, in secondo luogo, l'attività del Comitato Tecnico Scientifico, organismo tecnico che ha assunto, durante la pandemia, un ruolo istituzionale centrale; al riguardo, si cercherà di verificare quale sia stato l'effettivo apporto delle conoscenze esperte sulla decisione amministrativa.

Infine, verrà analizzata la decisione tecnicamente complessa che viene in rilievo nella procedura europea di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci, ove emerge, ancora una volta, la riduzione della discrezionalità e la separazione tra momento tecnico-valutativo e discrezionale della decisione pubblica.

---

<sup>94</sup> Si veda, per un approfondimento sulle tecnostrutture, L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019, p. 249 ss.; L. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2013, p. 479 ss.

## 2. *Tecnica e organizzazione nella Pubblica Amministrazione. Il ruolo degli apparati tecnici della P.A.*

La dottrina ha classificato le tipologie di organismi tecnici della p.a. distinguendo, innanzitutto, quelli che si situano all'interno e quelli che si situano all'esterno degli apparati amministrativi statali<sup>95</sup>.

Storicamente possono ricondursi, tra i primi, i Servizi Tecnici dello Stato e, tra i secondi, i Consigli Tecnici. Questi ultimi avevano generalmente funzioni consultive e – talvolta – di indirizzo, e permettevano di impiegare figure tecniche esterne, non inquadrati all'interno dell'amministrazione.

Oggi, invece, le strutture organizzative vengono tendenzialmente riassunte in quattro categorie: i servizi, i comitati, i consigli e le commissioni.

Con riguardo all'attività espletata da tali organismi, si rileva che essi svolgono «funzioni di consulenza e di informazione e, in alcuni casi, anche funzioni più vicine all'amministrazione attiva o funzioni normative»<sup>96</sup>.

Sotto il profilo definitorio, la dottrina qualifica l'organismo tecnico come una struttura organizzativa di cui la pubblica amministrazione si avvale stabilmente per lo svolgimento di attività tecnico-valutativa dal carattere soggettivo e opinabile<sup>97</sup>.

È possibile, in generale, affermare che tali strutture amministrative svolgono funzioni «ad alto contenuto tecnico», ricomprendendo sia attività di applicazione di regole tecniche, sia «attività di accertamento di situazioni di fatto, funzionali a decisioni pubbliche (normative o amministrative) o con autonomo valore conoscitivo»<sup>98</sup>.

In altri termini, si fa riferimento a tutto quel complesso di azioni – necessarie a valutare i fatti attraverso elementi tecnico-specialistici – in una fase precedente e prodromica alla scelta affidata al decisore pubblico.

Gli organismi tecnici figurano, inoltre, come strutture produttrici di norme tecniche.

Sul punto, si è già messo in evidenza come la produzione di regole tecniche possa avvenire attraverso norme di rango sovranazionale, oppure a livello nazionale con norme di rango

---

<sup>95</sup> Per la ricostruzione che segue si farà riferimento a C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2016, p. 7 ss.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>97</sup> La definizione che precede si ricava da C. CUDIA, *op. cit.*, p. 5-6.

<sup>98</sup> F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2013, p. 482.

primario, norme di rango secondario, tramite atti amministrativi o atti prodotti da enti aventi natura privata<sup>99</sup>.

In questo contesto, gli apparati tecnici della pubblica amministrazione (rientrandovi, dunque, anche i c.d. comitati, tra cui il Comitato Tecnico Scientifico del periodo pandemico) assumono un ruolo primario nella produzione di norme tecniche, in un processo definito dalla dottrina come «circolare»: se, da un lato, svolgono una essenziale attività di supporto alla decisione amministrativa e di applicazione delle norme tecniche, dall'altro lato si configurano attori primari nella elaborazione di tale normativa<sup>100</sup>.

Peraltro, posto che la tecnica assume, nel discorso giuridico, un ruolo essenzialmente conoscitivo<sup>101</sup>, gli apparati tecnici devono portare avanti una attività che si caratterizza per il fatto di tendere all'accertamento della verità<sup>102</sup>.

Essenziale risulta, a tali fini, l'imparzialità degli organismi tecnici.

Se, come evidenzia la dottrina, è vero che l'inserimento nel procedimento decisionale di un momento di valutazione tecnica costituisce una scelta politica, poiché si riflette sull'assetto degli interessi coinvolti nella decisione, è altresì vero che, una volta introdotta, tale valutazione "fuoriesce" dall'area della politicità e deve essere circondata da una serie di garanzie: non è, dunque, possibile che dipenda in alcun modo dagli interessi politici<sup>103</sup>.

In conclusione, gli organismi tecnici – ancorché soggettivamente pubblici – devono essere consegnati in modo tale da garantire imparzialità ed evitare, pertanto, di poter essere influenzati dall'indirizzo politico<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. Cap. I., par. 5.1.

<sup>100</sup> F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2013, p. 488-489.

<sup>101</sup> F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2002, p. 605.

<sup>102</sup> F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2013, p. 516.

<sup>103</sup> In questo senso, v. C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2016, p. 35.

<sup>104</sup> *Ivi*, p. 35: «i modelli organizzativi devono assicurare che il potere tecnico valutativo sia esercitato in modo imparziale e quindi, impermeabile agli eventuali indirizzi politici» (corsivo aggiunto).

### 3. *Il diritto del periodo emergenziale. Profili generali*

Muovendo da una prospettiva di carattere generale sul tema, va focalizzata l'attenzione su ciò che attiene più specificamente all'ambito della presente indagine. Per farlo, si ricostruirà a grandi linee l'esperienza giuridica del periodo pandemico<sup>105</sup>, ci si soffermerà sul ruolo di primo piano assunto dal Comitato Tecnico Scientifico, per poi esaminare quale risulta essere l'apporto della tecnica in relazione al processo di formazione della decisione pubblica durante la pandemia da *Covid-19*.

Pertanto, verrà affrontato lo studio delle misure assunte durante l'emergenza sanitaria ricostruendo il quadro normativo del periodo pandemico e guardando, in particolare, alla disciplina che costituisce l'architave del sistema e alla natura giuridica dei D.P.C.M. che sono stati prodotti durante il periodo emergenziale.

Il 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità dichiara la diffusione del nuovo *coronavirus* (2019-nCoV) proveniente da *Wuhan* (Cina)<sup>106</sup> «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»<sup>107</sup>; con l'inarrestabile espansione del contagio a livello globale, l'11 marzo 2020 il fenomeno verrà riqualificato dallo stesso organo come «pandemia»<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Si trova una puntuale rassegna dei contributi dottrinali relativi al periodo dell'emergenza sanitaria in M. FRANCAVIGLIA, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2022, p. 113, nota n. 1.

Per la ricostruzione che segue si è fatto riferimento, in particolare, ad A. IANNUZZI, *Complexity, Crisis and Science-Based Decisions*, in M. DE DONNO, F. DI LASCIO (a cura di), *Public Authorities and Complexity. An Italian Overview*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, p. 37 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, p. 473 ss.; S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in S. STAIANO (a cura di) *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 11 ss.; A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. STAIANO (a cura di) *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 149 ss.; G. TROMBETTA, *Emergenza COVID-19: un tentativo di inquadramento*, in *Amministrazione in Cammino*, 27 maggio 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109 ss.

<sup>106</sup> Il coronavirus è stato associato a un focolaio individuato a Wuhan, nella Cina centrale, il 31 dicembre 2019.

Cfr. [https://temi.camera.it/leg19DIL/area/19\\_1\\_37/l-emergenza-covid-19.html](https://temi.camera.it/leg19DIL/area/19_1_37/l-emergenza-covid-19.html).

<sup>107</sup> La dichiarazione del 30 gennaio 2020 del Direttore generale dell'O.M.S. è consultabile al seguente sito: <https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/dichiarazioni-direttore-generale-organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/3010-emcov-oms2>.

<sup>108</sup> La dichiarazione dell'11 marzo 2020 del Direttore generale dell'O.M.S. è consultabile al seguente sito: <https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/dichiarazioni-direttore-generale-organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/3012-emcov-oms4>.

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri italiano dichiara con propria Delibera lo stato di emergenza sul territorio italiano per sei mesi, «in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) e dell'art. 24, comma 1 del d.lgs. n. 1/2018 (c.d. Codice della Protezione civile).

Il Capo del Dipartimento della Protezione civile viene quindi incaricato di adottare le ordinanze *extra ordinem* necessarie a fronteggiare la pandemia, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico»<sup>109</sup>, ai sensi dell'art. 25 del Codice della protezione civile.

Tale potere spetta, altresì, al Presidente del Consiglio dei ministri, che lo può esercitare ex art. 5 del predetto Codice (salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dello stato di emergenza di cui all'articolo 24) per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile.

Esercitando il suddetto potere, con ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020, il Capo del Dipartimento della Protezione civile prevede l'istituzione – con un proprio provvedimento – di un Comitato Tecnico Scientifico (d'ora in poi C.T.S.)<sup>110</sup>, organismo che verrà costituito dal Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile del 5 febbraio 2020, n. 371.

Al C.T.S. – composto da un insieme di figure tecniche – viene affidato il compito, piuttosto generico, di garantire il necessario supporto tecnico alle attività da porre in essere per realizzare gli obiettivi individuati nell'ordinanza n. 630/2020<sup>111</sup>; in altri termini, tale organismo è deputato a fornire ausilio specialistico alle decisioni aventi ad oggetto le misure restrittive da adottare durante l'emergenza.

---

<sup>109</sup> La Delibera del Consiglio dei ministri fa riferimento all'attuazione degli interventi di cui all'art. 25, comma 2, lett. a) e b) del Codice della Protezione civile: «a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea». Sulla legittimazione costituzionale della normazione *extra ordinem*, v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 3 ss.

<sup>110</sup> L'art. 2, comma 1 dell'ordinanza n. 630/2020 prevede che il Comitato Tecnico Scientifico sia composto «dal Segretario Generale del Ministero della Salute, dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive “Lazzaro Spallanzani”, dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato».

<sup>111</sup> Art. 1, comma 1, del Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371/2020.

L'Italia, assieme alla Francia, costituiscono due casi isolati rispetto al resto dei Paesi che hanno affrontato l'emergenza, perché sia nel caso italiano che in quello francese gli organi tecnici di supporto al governo sono stati costituiti *ad hoc*, mentre in altri Paesi, ad esempio negli Stati Uniti d'America o in Germania, ci si è avvalsi di organismi o agenzie già operanti, poiché costituite precedentemente alla pandemia<sup>112</sup>.

Nel prosieguo del lavoro verrà esaminato il ruolo (cruciale) di questo apparato tecnico nella definizione delle restrizioni legate alla diffusione del *Covid-19*; preliminarmente, però, si svilupperanno alcune necessarie considerazioni relative al sistema delle fonti del periodo emergenziale.

Mentre inizialmente si era ritenuto possibile fronteggiare l'evoluzione della pandemia da *Covid-19* attraverso l'applicazione del Codice della Protezione civile<sup>113</sup>, si è presto realizzato che con l'aggravarsi del contagio e le relative conseguenze devastanti sulla salute pubblica, il sistema normativo della protezione civile non sarebbe stato adeguato<sup>114</sup>.

Il complesso delle fonti del periodo emergenziale è stato, dunque, caratterizzato da una lunga sequenza di decreti-legge (successivamente convertiti in legge) e di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d'ora in poi, D.P.C.M.), con i quali sono state adottate specifiche misure finalizzate a tutelare la salute pubblica e a contrastare la diffusione della pandemia.

Il primo decreto-legge che apre la sequenza di norme emergenziali è il d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 (convertito con modificazioni dalla legge del 5 marzo 2020, n. 13) che attribuisce alle autorità competenti il potere «di adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1 comma 1). L'art. 1, comma 2 dello stesso decreto-legge fornisce un elenco di misure che le autorità possono adottare; il successivo art. 2 prevede che possano essere adottate «ulteriori

---

<sup>112</sup> L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di) *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 5 maggio 2020, p. 8-9; A. IANNUZZI, *Complexity, Crisis and Science-Based Decisions*, in M. DE DONNO, F. DI LASCIO (a cura di), *Public Authorities and Complexity. An Italian Overview*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, p. 41: «It emerges that both the Italian experience, where an ad hoc technical-scientific committee was established by order of the Civil Protection Department, and the French one represent 'a special case', compared to the responses provided by Germany and the USA which, by contrast, have relied on pre-established and generally already operating institutions or agencies».

<sup>113</sup> Quanto affermato è attestato dal richiamo all'art. 25 del Codice della Protezione civile nella Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

<sup>114</sup> A. SAIITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, 3, 2021, p. 847.

misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da *Covid-19* anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1»<sup>115</sup>.

Come è stato da più parti sottolineato, con l'art. 2 del citato d.l. il legislatore rende indefinito e indeterminabile il novero di misure adottabili, operando una sorta di rinvio «in bianco» ad atti amministrativi (che saranno i D.P.C.M.), con conseguente lesione del principio di legalità sostanziale e del principio della riserva di legge<sup>116</sup>.

In seguito, con D.P.C.M. del 23 febbraio 2020 il Governo italiano dispone l'istituzione delle c.d. «zone rosse» con riferimento ai Comuni di Lombardia e Veneto, individuando una serie di misure restrittive per contenere la diffusione del virus<sup>117</sup>, e dando inizio ad una sequenza di atti del Presidente del Consiglio dei ministri sempre più restrittivi dei diritti e delle libertà fondamentali, nel tentativo di gestire gli effetti generati dalla amplissima diffusione del coronavirus.

In particolare, con D.P.C.M. del 9 marzo 2020, le misure adottate il giorno precedente a livello locale riferite alla regione Lombardia e ad alcune province di Emilia-Romagna, Veneto, Piemonte, Marche<sup>118</sup>, che portarono al c.d. *lockdown*, vengono estese a tutto il territorio nazionale.

Ad ogni modo, per porre rimedio al *vulnus* del principio di legalità sostanziale che fino a quel momento aveva connotato il sistema delle fonti – determinato dalla formulazione vaga e indefinita dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020 – viene emanato il d.l. del 25 marzo 2020 n. 19 (convertito con modificazioni dalla legge del 22 maggio 2020, n. 35), con cui vengono

---

<sup>115</sup> Rispetto ad entrambe le fattispecie, l'atto attuativo viene individuato, ai sensi dell'art. 3 del citato decreto-legge, nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.): «le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

<sup>116</sup> In questo senso, v. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di) *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 5 maggio 2020, p. 36; v., altresì, S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in S. STAIANO (a cura di) *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 22 ss.

<sup>117</sup> Cfr. art. 1, comma 1, lett. a) e ss. del D.P.C.M. del 23 febbraio 2020.

<sup>118</sup> Si veda, al riguardo, il D.P.C.M. dell'8 marzo 2020.

L'art. 1, c. 1 del D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 individua le zone del territorio italiano colpite dalle misure: «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia, sono adottate le seguenti misure [...]».

dettagliatamente individuate le misure che possono essere adottate tramite D.P.C.M. (art. 1 e art. 2, comma 1).

Ebbene, nel riscrivere la disciplina emergenziale, il d.l. n. 19/2020 abroga pressoché interamente il precedente decreto-legge, eliminando il controverso riferimento alle «ulteriori misure» di contenimento della pandemia che le autorità competenti avrebbero potuto adottare.

Due ordini di considerazioni risultano, a questo punto, necessarie.

In primo luogo, ci si è chiesti se la sequenza di decreti-legge e D.P.C.M. come congegnata durante il periodo emergenziale potesse essere compatibile con il sistema delle fonti.

In secondo luogo, ci si è chiesti che natura giuridica avessero i D.P.C.M., se fossero inquadrabili tra gli atti sostanzialmente amministrativi o se avessero natura di atti normativi.

La risposta a quest'ultimo quesito determina non solo diverse conseguenze in relazione al regime giuridico applicabile a tali atti (sia sul piano sostanziale, che su quello processuale), ma soprattutto, ai fini della presente ricerca, la natura amministrativa (e non normativa) di tali atti consentirebbe di ricondurre l'attività della Presidenza del Consiglio dei ministri di emanazione dei D.P.C.M. all'esercizio di discrezionalità di natura strettamente amministrativa.

La prima delle due questioni nasce dall'impugnazione di provvedimenti sanzionatori attuativi dei D.P.C.M. che imponevano le misure restrittive. Al riguardo, il dubbio che ha generato la questione di costituzionalità riguardava la presunta incompatibilità dei D.P.C.M. del periodo pandemico e dei d.l. n. 6 e 19 del 2020, con gli art. 76, 77 e 78 Cost., ritenendo inammissibile delegare (nemmeno con decreto-legge) a fonti secondarie la tipizzazione di nuovi illeciti amministrativi: il Governo avrebbe, dunque, attribuito a se stesso l'esercizio della funzione legislativa tramite lo strumento del D.P.C.M.<sup>119</sup>

La giurisprudenza sia amministrativa che costituzionale si è definitivamente espressa sul punto, eliminando le ombre che aleggiavano sulla legittimità del sistema delle fonti del periodo pandemico<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> La questione viene riassunta nel punto 4.1 della sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021: «Il nucleo della denuncia è chiaro: le norme primarie censurate (decreti-legge) avrebbero “delegato” le fonti subprimarie (d.P.C.m.) a definire nuovi illeciti amministrativi, sicché – come recita l'ordinanza di rimessione – sarebbe stato «aggirato il principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi».

<sup>120</sup> Per un approfondimento rispetto al «salvataggio» dei D.P.C.M., si rimanda ad A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Giur. It.*, 1, 2022, p. 9 ss.; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, 3, 2021, p. 841 ss.; C. TRAPUZZANO, *Covid*

Sul tema, va preliminarmente osservato che con sentenza n. 37 del 24 febbraio 2021 la Corte costituzionale ha affermato la legittimità costituzionale di un sistema normativo diverso da quello di gestione delle emergenze tramite ordinanze *extra ordinem* della protezione civile, sicché quest'ultimo, «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»<sup>121</sup>.

Con sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021, la Corte costituzionale ha, altresì, chiarito che il d.l. n. 19/2020 non ha delegato la funzione legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri, ma si è limitato ad autorizzare quest'ultimo all'emanazione dei provvedimenti restrittivi tipizzati all'art. 1 dello stesso decreto-legge<sup>122</sup> (tipizzazione delle misure di contenimento operata dal d.l. n. 19/2020 a cui si è fatto riferimento *supra*, per risolvere lo strappo al principio di legalità sostanziale).

Insomma, è a partire dai correttivi apportati dal decreto-legge n. 19/2020 che, come affermato con Parere n. 850/2021 dalla I Sezione del Consiglio di Stato, «il governo ha impostato correttamente la sequenza logico-giuridica degli atti-fonte preordinati a fronteggiare la pandemia»<sup>123</sup>.

Mentre, da un lato, la norma primaria non deve fornire la disciplina di dettaglio, a ciò essendo preordinata la norma secondaria; dall'altro lato, secondo il Collegio lo strumento del decreto-legge non sarebbe stato abbastanza flessibile per potersi adattare efficacemente ai rapidi mutamenti che hanno connotato il periodo pandemico<sup>124</sup>.

---

19: *legittima la delega governativa ai DPCM per fronteggiare l'emergenza*, in *Quotidiano giur.*, 27 ottobre 2021.

<sup>121</sup> Corte Cost., 24 febbraio 2021 n. 37, punto 9.

<sup>122</sup> Corte Cost., 22 settembre 2021, n. 198, punto 6.3.

<sup>123</sup> Cons. St., sez. I, 28 aprile 2021, n. 850.

<sup>124</sup> Cons. St., sez. I, 28 aprile 2021, n. 850, punto 6.7.2: «il ricorso ai decreti attuativi, operato dai precedenti decreti-legge, qui contestati, sia in sé coerente con il sistema delle fonti, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché in linea generale non è riservata alla norma primaria (ancorché contenuta nell'atto-fonte di necessità e urgenza) la disciplina di dettaglio e analitica delle fattispecie regolate (soccorrendo a tal fine, nella fisiologia della normazione, secondo uno schema gradualista delle fonti, la disciplina secondaria dell'esecutivo); in secondo luogo perché il decreto-legge, per quanto agile e di rapida approvazione parlamentare, non avrebbe consentito, nel sopra descritto contesto storico, la duttilità, l'adattabilità e la flessibilità necessarie ad aderire plasticamente alla continua mutevolezza delle condizioni oggettive di sviluppo e andamento della pandemia, notoriamente variabili e scarsamente prevedibili, con significative

Risultava, così, indispensabile che lo strumento da individuare avesse la adeguata flessibilità per adattarsi all'evoluzione della situazione pandemica.

La scelta è ricaduta sui D.P.C.M., atto che innegabilmente – al di là dei problemi sollevati in relazione al principio di legalità sostanziale – soddisfaceva a pieno tali esigenze.

#### 4. *La natura giuridica e il contenuto dei D.P.C.M.*

Eliminati i residui dubbi di compatibilità con il sistema delle fonti, ci si soffermerà ora sul contenuto delle misure che – in proporzione all'intensificarsi dei contagi e dei catastrofici effetti del coronavirus – hanno progressivamente ristretto i diritti e le libertà dei cittadini in funzione del contenimento della pandemia, la cui veste formale è stata concretamente assunta dallo strumento del D.P.C.M.

Le restrizioni che sono state adottate attraverso i D.P.C.M. sono state di vario genere, e possono ritrovarsi, in generale, nella tipizzazione attuata dall'art. 1, comma 2 del d.l. n. 19/2020.

Semplificando, ritroviamo: il generale divieto di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per comprovate ragioni di lavoro, di salute, o motivi urgenti; il divieto di allontanamento dal territorio comunale, regionale o nazionale; il divieto di assembramento; la chiusura dei parchi e spazi pubblici; la chiusura di cinema, teatri, sale da ballo; la sospensione di manifestazioni e di eventi di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso; la sospensione degli eventi sportivi e la chiusura di palestre e piscine; la sospensione delle attività didattiche universitarie; la sospensione dell'accesso a musei, a istituti e luoghi di cultura; la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia; la chiusura delle attività commerciali di vendita al dettaglio, a eccezione di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità, e la sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti.

---

diversificazioni territoriali, tali da richiedere la capacità di provvedere – di mutare le disposizioni – anche nel breve arco di un mese (o, addirittura, di settimane), duttilità, adattabilità e flessibilità certamente assicurate in misura maggiore dallo strumento esecutivo del d.P.C.M.».

Oltre al contenuto più specifico delle misure, che può essere esaminato semplicemente ripercorrendo la sequenza dei D.P.C.M. del periodo emergenziale, è opportuno analizzare la natura giuridica di questi atti, per poter chiarire – come accennato – se la discrezionalità che entra in gioco nella formulazione di questi atti governativi possa essere ricondotta a quella amministrativa, o sia più propriamente di carattere normativo, e quindi si avvicini maggiormente a quella esercitata dal Parlamento.

Rispetto al discusso tema della natura giuridica dei D.P.C.M. la dottrina, come è stato ben sintetizzato<sup>125</sup>, si divide su tre principali filoni interpretativi.

Una prima impostazione ritiene che i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri siano assimilabili alle ordinanze *extra ordinem*, perciò riassumibili nelle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 1/2018.

Una seconda impostazione qualifica i D.P.C.M. come atti sostanzialmente normativi, seppur nella veste formale di atti amministrativi, avendo i requisiti di generalità e astrattezza che connotano gli atti normativi.

Una terza impostazione reputa, invece, che tali atti abbiano carattere sostanzialmente amministrativo, e siano da configurare come atti amministrativi atipici, dal contenuto generale.

La giurisprudenza si è pronunciata a più riprese sul tema, fornendo soluzioni tra loro distinte<sup>126</sup>.

Inizialmente, parte della giurisprudenza amministrativa aveva affermato che i D.P.C.M. costituivano atti amministrativi generali risultando, di conseguenza, necessario proporre tempestivamente l'azione di annullamento, non potendo questi essere disapplicati<sup>127</sup>.

Successivamente, però, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa esprimeva una posizione di segno opposto.

Con Parere del 15 maggio 2021, n. 850, la I Sezione del Consiglio di Stato si trova a decidere su un ricorso al Capo dello Stato per l'annullamento del D.P.C.M. del 24 ottobre e del 3 novembre 2020 e dei relativi provvedimenti sanzionatori.

Pronunciandosi sulla legittimità del sistema delle fonti del diritto emergenziale, il Consiglio di Stato evidenzia che all'esecutivo è stato attribuito «un potere normativo di livello

---

<sup>125</sup> Per le considerazioni che seguono, v. M. RUBECHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, 1° dicembre 2021, p. 184 ss.

<sup>126</sup> Ricostruisce il tema M. FRANCAVIGLIA, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2022, p. 126 ss.

<sup>127</sup> T.A.R. Catanzaro, 9 maggio 2020 n. 841, punto 19.

secondario e di provvedimento generale, modellato sull'esempio delle ordinanze emergenziali di protezione civile sotto il profilo della temporaneità, della eccezionalità e del presupposto dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 24 del codice della protezione civile di cui al d.lgs. n. 1 del 2018»<sup>128</sup>.

Allo stesso tempo, però, viene messo in evidenza che i D.P.C.M. sarebbero connotati da una duplice natura, assimilabili per un verso ai regolamenti (in quanto norme attuative di rango secondario), per altro verso alle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti (avendo carattere temporaneo ed eccezionale)<sup>129</sup>, esprimendo così la compresenza in questi particolari atti sia del profilo normativo, sia del profilo amministrativo<sup>130</sup>.

A differenza della giurisprudenza amministrativa, la sentenza del 22 ottobre 2021, n. 198 della Corte costituzionale si fa portavoce di una diversa impostazione<sup>131</sup>.

La questione nasce da una ordinanza di rimessione del Giudice di Pace di Frosinone avente ad oggetto gli art. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6/2020 e gli art. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020, con riferimento agli art. 76, 77 e 78 della Costituzione.

La Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità dei predetti articoli, chiarisce che i D.P.C.M. devono essere ricondotti agli «atti necessitati», cioè atti emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto, distinguendosi dalle «ordinanze

---

<sup>128</sup> Cons. St., sez. I, 28 aprile 2021, n. 850, punto 6.5.

<sup>129</sup> Cons. St., sez. I, 28 aprile 2021, n. 850, punto 6.11.: «il Governo ha correttamente costruito una nuova impalcatura giuridica fondata sull'art. 77 della Costituzione, mediante la quale – attivando lo schema comune «legge generale – atti attuativi dell'esecutivo», ha predefinito al livello normativo primario, con un sufficiente livello di analisi, gli ambiti, le condizioni e i limiti del potere di disciplina emergenziale, attribuendo al vertice politico-amministrativo dell'esecutivo medesimo la competenza ad adottare decreti aventi la duplice natura, del regolamento – sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge – e delle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti – sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità. Si tratta, dunque, di atti aventi finalità simili alle ordinanze contingibili e urgenti, ma non *extra ordinem*, non “liberi” nei contenuti, bensì inquadrati nell'ordine della previa decretazione d'urgenza, ossia di una cornice di norma primaria che ne predetermina e ne circoscrive con sufficiente livello analitico gli spazi e i limiti applicativi».

<sup>130</sup> Si veda M. FRANCAVIGLIA, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2022, p. 129, che ritiene che la compresenza della natura provvedimentale e regolamentare rappresenti una felice intuizione del Consiglio di Stato.

<sup>131</sup> In senso critico, v. M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 25, 2021, p. 81 ss.; ritiene sia mancata, nel qualificare i D.P.C.M., una analisi dei requisiti di astrattezza, generalità e innovatività, A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, p. 10 ss.; accoglie l'impostazione della Corte, invece, A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziasieme.it*, 19 gennaio 2022.

necessitate», che possono assumere vario contenuto, in quanto espressione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono<sup>132</sup>.

La tassatività delle misure previste dal d.l. n. 19/2020 consente, secondo la Corte, di ricondurle al novero degli atti necessitati.

Tali misure restrittive, dunque, «si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle “ordinanze necessitate” (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile», e non coincidono, infatti, con il modello delle ordinanze di protezione civile<sup>133</sup>.

Altro passaggio fondamentale della sentenza è il riferimento all’art. 1, comma 2 del d.l. n. 19/2020, norma che ha individuato un criterio che orienta l’esercizio della discrezionalità, ovvero l’adeguatezza e la proporzionalità al rischio effettivamente presente sul territorio nazionale o su parti di esso. Il d.l. n. 19/2020 prevede, inoltre, che rispetto alla valutazione sui profili tecnici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità per adottare le misure restrittive dovrà essere sentito, di norma, il Comitato Tecnico Scientifico (art. 2, comma 1 del d.l. n. 19/2020).

Pertanto, oltre alla tipizzazione delle misure, un aspetto che viene messo in evidenza dalla Corte è che tale tipizzazione «è stata corredata dall’indicazione di un criterio che orienta l’esercizio della discrezionalità attraverso i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, comma 2)».

In altri termini, la fonte primaria «ha imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l’attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale»<sup>134</sup>.

Due ordini di considerazioni possono, a questo punto, svolgersi.

---

<sup>132</sup> Come affermato dalla citata Corte Cost., 4 gennaio 1977, n. 4.

<sup>133</sup> Corte Cost., 22 ottobre 2021, n. 198, punto 8.1.

<sup>134</sup> Corte Cost., 22 ottobre 2021, n. 198, punto 6.2.

V., altresì, M. FRANCAVIGLIA che, nel commentare il passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 198/2021 sulla natura giuridica dei D.P.C.M., così osserva: «muovendo dalla tipizzazione delle misure e dalla previsione legislativa di specifici criteri in ordine alle modalità di esercizio della relativa potestà attribuita al Presidente del Consiglio – e in particolare del limite alla discrezionalità amministrativa rappresentato dai «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»–, il Giudice delle leggi ha fissato la natura di atto amministrativo dei d.P.C.m., definendoli «espressione di una potestà amministrativa, ancorché a efficacia generale», v. *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2022, p. 131-132.

In primo luogo, si rileva, da un lato, che i principi di adeguatezza e di proporzionalità al rischio *orientano* l'esercizio della discrezionalità (quindi, i confini della stessa discrezionalità vengono – in qualche misura – limitati da tali principi), e, dall'altro lato, che il rispetto della proporzionalità e dell'adeguatezza dipendono dalle indicazioni tecniche che consentono di valutare se la misura è effettivamente proporzionata e adeguata al rischio. Ebbene, essendo il C.T.S. l'organo preposto a fornire tale *expertise*, ne consegue che la sua attività è potenzialmente idonea a incidere sul margine di scelta lasciato alla p.a., *riducendolo* inevitabilmente.

Inoltre, seguendo l'impostazione della giurisprudenza costituzionale, il potere attribuito al Governo è di natura amministrativa: l'esercizio di tale potere implica, dunque, esercizio di discrezionalità amministrativa, discrezionalità che si esprime nella elaborazione delle misure di contenimento della pandemia, ovvero nella elaborazione del D.P.C.M., il principale strumento con cui sono stati attuate le disposizioni dei decreti-legge emergenziali.

A livello teorico, inoltre, il ruolo del C.T.S. si sarebbe dovuto semplicemente concretizzare nel fornire l'*expertise* tecnica necessaria per adottare una decisione (e, dunque, una misura restrittiva) che fosse il più possibile adeguata e proporzionata alle criticità e ai rischi connessi all'evoluzione del fenomeno pandemico.

Rispettando i ruoli degli attori istituzionali chiamati a partecipare alla elaborazione delle misure di contenimento della pandemia, la decisione ultima – nel suo nucleo *politico* – sarebbe dovuta rimanere di competenza del Governo, chiamato a scegliere la soluzione *più opportuna* sulla base dei dati e delle evidenze scientifiche forniti dal C.T.S. e relativi alla diffusione del coronavirus.

Si verificherà, dunque, se queste premesse teoriche sono state effettivamente rispettate, esaminando il ruolo del C.T.S. e, dunque, l'apporto delle cognizioni specialistiche sulla attività della p.a. connotata dall'esercizio di potere discrezionale.

## 5. *Il Comitato Tecnico Scientifico e il rapporto tra attività tecnico-specialistica e D.P.C.M.*

La normativa del periodo pandemico fa per la prima volta riferimento al C.T.S. con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2020, le cui misure sono state adottate «tenuto conto delle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico»<sup>135</sup>; identico riferimento sarà spesso contenuto nei D.P.C.M. che seguiranno, da quello del 4 marzo 2020 in poi, richiamando le indicazioni o i verbali delle singole sedute del Comitato Tecnico Scientifico. Prima di soffermarsi specificamente sulla attività del C.T.S. in relazione ai D.P.C.M., occorre osservare che le considerazioni che seguiranno non sarebbero state possibili senza la pubblicazione dei verbali dei lavori del C.T.S., disposta a seguito di una controversia instaurata innanzi al giudice amministrativo<sup>136</sup>.

La dottrina ha, innanzitutto, evidenziato come l'ostensione dei verbali del C.T.S. risultasse doverosa, in quanto le misure restrittive del periodo pandemico incidevano pesantemente sui diritti dei cittadini e, pertanto, le decisioni avrebbero dovuto in qualche modo "ritornare" alla collettività in virtù del principio di sovranità popolare<sup>137</sup>.

È stato, tuttavia, necessario un procedimento contenzioso per la pubblicazione dei verbali. La vicenda che porta alla ostensione dei verbali dei lavori del C.T.S. nasce, infatti, da un ricorso avverso il diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato *ex art. 5* del d.lgs. n. 33/2013 emesso dal Dipartimento della protezione civile rispetto ad alcuni di tali verbali<sup>138</sup>. La sezione I *quater* del T.A.R. del Lazio, con sentenza del 22 luglio 2020 n. 8615, accoglie il ricorso, dichiarando l'obbligo del Dipartimento della protezione civile di consentire al ricorrente di prendere visione ed estrarre copia dei verbali oggetto dell'istanza di accesso.

---

<sup>135</sup> Si richiamano, in particolare, le sedute del C.T.S. del 28 febbraio e del 1° marzo 2020, reperibili in <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico/>.

<sup>136</sup> Al momento, tutti i verbali del C.T.S. sono liberamente consultabili al sito internet: <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico/>. Per una ricostruzione, v. F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, p. 147 ss.

<sup>137</sup> *Ivi*, p. 155-156, in cui si fa altresì riferimento al diritto dei cittadini ad essere informati, ai sensi dell'art. 21 Cost.

<sup>138</sup> In particolare, si trattava dei seguenti verbali:

- 1) verbale del 28 febbraio 2020, citato nelle premesse del DPCM del 1° marzo 2020;
- 2) verbale del 1° marzo 2020, citato, anch'esso nelle premesse del DPCM del 1° marzo 2020;
- 3) verbale del 7 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM dell'8 marzo 2020;
- 4) verbale n. 39 del 30 marzo 2020, citato nelle premesse del DPCM del 1° aprile 2020;
- 5) verbale n. 49 del 9 aprile 2020, citato nelle premesse del DPCM del 10 aprile 2020.

Nel motivare la decisione, i giudici amministrativi si pronunciano sulla natura giuridica dei D.P.C.M., qualificando i verbali del C.T.S. come «atti endoprocedimentali prodromici all’emanazione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri»<sup>139</sup>.

I D.P.C.M. vengono considerati «atti atipici»: assomiglierebbero alle ordinanze *extra ordinem* – poiché adottati sulla base di presupposti eccezionali, temporalmente limitati, e in grado di derogare alle norme primarie –, ma difetterebbero del carattere di contingibilità, poiché i rispettivi decreti-legge definiscono dettagliatamente le misure che possono essere adottate con D.P.C.M.<sup>140</sup>. Peraltro, il T.A.R. del Lazio rileva come ai D.P.C.M. «non possa [...] attribuirsi la qualificazione di atti normativi, tale da sottrarli all’accesso ai sensi dell’art. 24, comma 1, della legge n. 241/1990 e dell’art. 1, comma 1 del DPCM n. 143/2011 [...], in quanto privi del requisito dell’astrattezza e della capacità di innovare l’ordinamento giuridico»<sup>141</sup>.

Difatti, è escluso l’accesso rispetto alla attività della pubblica amministrazione diretta all’emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, ai sensi dell’art. 24, comma 1, lett. c) della l. n. 241/1990.

Parallelamente, si esclude la riconducibilità agli atti amministrativi generali (ugualmente sottratti dalla disciplina dell’accesso, ai sensi delle suddette disposizioni) poiché «la legge assicura agli atti amministrativi generali e agli atti di pianificazione particolari forme di pubblicità e trasparenza»<sup>142</sup>.

In altre occasioni, il T.A.R. del Lazio ha chiaramente statuito che il Governo gode di amplissima discrezionalità nel perseguire gli obiettivi di politica sanitaria: i D.P.C.M. costituiscono, pertanto, atti espressione di discrezionalità amministrativa, richiedendo un bilanciamento tra gli interessi contrapposti che, a seconda della misura restrittiva applicata, venivano in rilievo<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8156, punto 5.

<sup>140</sup> Il T.A.R. così si esprime, con riguardo alla natura giuridica di tali atti: «quanto ai DDPCM in argomento, va evidenziata la peculiare atipicità, che si connota da un lato per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti [...], in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all’ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare [...], ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della “contingibilità”, atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposti», cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8161, punto 4.

<sup>141</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8615, punto 4.

<sup>142</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8615, punto 4.

<sup>143</sup> Pronunciandosi sulla legittimità del D.P.C.M. del 14 gennaio 2021 con cui veniva sospesa l’attività delle sale da gioco, sale scommesse, ecc., il T.A.R. Lazio rileva che «l’azione della pubblica amministrazione

Seppure parzialmente diversa, questa impostazione non appare, quindi, incompatibile con la (successiva) sentenza della Corte costituzionale precedentemente analizzata: in definitiva, il potere esercitato dal Governo nella emanazione dei D.P.C.M. può essere qualificato come amministrativo, e l'attività demandata all'autorità amministrativa può essere ricondotta all'esercizio di discrezionalità c.d. pura, sebbene nel rispetto dei presupposti tecnico-scientifici individuati tramite i verbali del C.T.S.

Va, a questo punto, esaminato il rapporto tra l'attività consultiva e i poteri amministrativi, per verificare se si sia concretizzato il rischio – precedentemente richiamato – di esercizio di competenze politiche da parte di organi tecnici privi di legittimazione democratica<sup>144</sup>.

Sul punto, lo si anticipa, la risposta è affermativa: è, infatti, possibile notare una quasi integrale corrispondenza tra il contenuto dei pareri del C.T.S. e quello delle successive misure restrittive contenuti nei Decreti Presidenziali<sup>145</sup>.

La dottrina ha, innanzitutto, puntualmente suddiviso i pareri del C.T.S. in pareri di natura tecnica, in pareri “ibridi”, a cavallo tra tecnica e politica, e in pareri dalla forte connotazione politica<sup>146</sup>: l'esercizio di potestà politiche risulterebbe, quindi, una presenza piuttosto rilevante nell'ambito dell'attività del C.T.S.

---

appare essere ispirata dal criterio della massima prudenza, bilanciando correttamente le opposte esigenze di tutela della salute pubblica e del libero esercizio dell'attività economica. In conclusione, può affermarsi che il d.p.c.m. 14 gennaio 2021 abbia compiuto un equo bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti: esso non appare viziato da illogicità o incongruità, essendo stato adottato all'esito di puntuale istruttoria, risultando idoneo (almeno in astratto) a contenere quanto più possibile i contagi, in un quadro emergenziale straordinario, imprevedibile ed in continua evoluzione», cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 giugno 2022, n. 7423, p. 7.6. e 8; in senso conforme, v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2102.

<sup>144</sup> Al riguardo, si veda A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 119 ss.

Sui rapporti tra tecnica e politica nelle decisioni amministrative, con particolare riferimento alle misure di gestione dell'emergenza sanitaria, si veda ad esempio C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2020, p. 269 ss.; A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. STAIANO (a cura di) *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 149 ss.; G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, p. 89 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109 ss.

<sup>145</sup> Lo evidenzia molto bene attraverso una puntuale e accurata analisi, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2022, p. 613 ss. («Un ulteriore profilo di analisi è legato alla concreta incidenza dei pareri resi dal CTS, indice che può essere dedotto dal raffronto con le misure di gestione della pandemia concretamente adottate. Da questo punto di vista, emerge come il governo, nella maggior parte dei casi, abbia tenuto conto, in maniera quasi pedissequa, delle indicazioni fornite dal CTS», cfr. *Ibid.*).

<sup>146</sup> *Ivi*, p. 619 ss.

Ebbene, per analizzare l'apporto dell'attività del C.T.S. in relazione ai D.P.C.M., va effettuato un raffronto dei relativi verbali, ora accessibili, con il contenuto dei provvedimenti emergenziali.

Occorre muovere dall'art. 1 del D.P.C.M. dell'8 marzo 2020, con cui sono state introdotte le misure del c.d. *lockdown* in alcune zone del nord Italia, poi estese su tutto il territorio nazionale, dando avvio alla catena di provvedimenti restrittivi per contenere la pandemia da *coronavirus*.

In particolare, il Decreto richiama il verbale del C.T.S. del 7 marzo 2020 (riunione n. 21), in cui si ritrova la formulazione delle misure restrittive poi applicate dal Governo.

In particolare, si fa riferimento, in sostanza, a una *quasi completa corrispondenza testuale, oltre che contenutistica*, della generalità delle misure restrittive contenute nel Decreto, tra cui figurano, ad esempio: a) libertà di circolazione<sup>147</sup> b) prescrizioni per i soggetti che presentano sintomatologia da infezione respiratoria, per i soggetti sottoposti a quarantena obbligatoria, e per quelli positivi al virus<sup>148</sup>; c) attività lavorativa<sup>149</sup>; d) eventi pubblici<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> A titolo esemplificativo, e per poter verificare la relativa corrispondenza, nelle note seguenti verranno riportati testualmente le norme del D.P.C.M. e le indicazioni desumibili dal Verbale del C.T.S.

Nel caso della libertà di circolazione, si richiama:

- D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. a): «a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»;
- Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. r): «r) limitazione assoluta della modalità in entrata e in uscita dalle zone sopra richiamate e anche all'interno delle stesse aree, salvo che ricorrano ragioni collegate ad indifferibili esigenze lavorative situazioni di emergenza».

Si segnala l'unica aggiunta, sotto il profilo contenutistico, della possibilità di fare ritorno al proprio domicilio, inserita nel Decreto.

<sup>148</sup> Si riportano, rispettivamente:

- D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. b) e c): «b) ai soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) è fortemente raccomandato di rimanere presso il proprio domicilio e limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante; c) divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus»;
- Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. s) e u): «s) per i soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (>37,5°C) è fortemente raccomandato di rimanere nel proprio domicilio e di limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante; u) divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus, con previsione di sanzioni».

<sup>149</sup> Si riportano, rispettivamente:

- D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. e): «e) si raccomanda ai datori di lavoro pubblici e privati di promuovere, durante il periodo di efficacia del presente decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie, fermo restando quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera r)»;
- Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. t): «t) in tutti i casi possibili, anticipazione dei periodi di congedo ordinario e ferie».

<sup>150</sup> Si riportano, rispettivamente:

Le stesse considerazioni possono, altresì, svolgersi per le misure restrittive inerenti a: servizi educativi per l'infanzia e attività didattica in presenza<sup>151</sup>; attività religiosa e di culto<sup>152</sup>; accesso ai musei e ai luoghi della cultura<sup>153</sup>; concorsi pubblici<sup>154</sup>; attività di ristorazione, di bar, e attività commerciali<sup>155</sup>.

Solo in un caso è possibile ravvisare una *quasi completa corrispondenza contenutistica, oltre a una parziale corrispondenza testuale* delle misure restrittive, ovvero rispetto alle limitazioni alle attività sportive<sup>156</sup>, ma, nel D.P.C.M. in commento, resta una ipotesi isolata<sup>157</sup>.

- 
- D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. g): «g) sono sospese tutte le manifestazioni organizzate, nonché gli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati; nei predetti luoghi è sospesa ogni attività»;
  - Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. c): «c) sospensione di tutte le manifestazioni organizzate nonché degli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati».

Si segnala l'unica aggiunta, sotto il profilo contenutistico, degli eventi di carattere «fieristico».

<sup>151</sup> Cfr., da un lato, il D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. h); dall'altro, il Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. e).

<sup>152</sup> Cfr., da un lato, il D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. i); dall'altro, il Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. d).

<sup>153</sup> Cfr., da un lato, il D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. l); dall'altro, il Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. f).

<sup>154</sup> Cfr., da un lato, il D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. m); dall'altro, il Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. g).

<sup>155</sup> Cfr., da un lato, il D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. n), o), r); dall'altro, il Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. h), i), p).

<sup>156</sup> Su questo profilo c'è una divergenza, per cui il D.P.C.M. vieta, a differenza di quanto indicato dal parere del C.T.S., lo svolgimento di attività sportiva agonistica a porte chiuse.

Al riguardo, si riportano, rispettivamente:

- D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. d) e f): «d) sono sospesi gli eventi e le competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, in luoghi pubblici o privati. Sono sospese altresì le sedute di allenamento degli atleti, professionisti e non professionisti, all'interno degli impianti sportivi di ogni tipo;  
f) sono chiusi gli impianti nei comprensori sciistici»;
- Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. a): «a) sono sospesi gli eventi e le competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato; resta comunque consentito lo svolgimento dei predetti eventi e competizioni, nonché delle sedute di allenamento degli atleti agonisti, all'interno di impianti sportivi utilizzati a porte chiuse, ovvero all'aperto senza la presenza di pubblico; in tutti tali casi, le associazioni e le società sportive, a mezzo del proprio personale medico, sono tenute ad effettuare i controlli idonei a contenere il rischio di diffusione del virus tra gli atleti, i tecnici, i dirigenti e tutti gli accompagnatori che vi partecipano. Lo sport di base e le attività motorie in genere, svolte all'aperto sono ammessi esclusivamente a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro;  
b) sospensione dello svolgimento delle attività nei comprensori sciistici».

Si segnala che, in ogni caso, quest'ultimo inciso del verbale viene ripreso letteralmente dall'art. 2, comma 1, lett. g) del D.P.C.M. citato, in relazione alle misure estese a tutto il territorio nazionale.

<sup>157</sup> Peraltro, si segnala che, vi è invece una piena corrispondenza rispetto alle misure restrittive che riguardano la chiusura di centri sportivi, piscine, palestre, centri culturali e sociali.

Rispetto a quanto emerge, le letture che possono essere date sono sostanzialmente due.

In primo luogo, può ipotizzarsi una delega al C.T.S. dell'esercizio di competenze discrezionali, dunque politiche: le misure, elaborate dall'organo tecnico, sarebbero state successivamente ratificate dall'organo politico<sup>158</sup>.

In secondo luogo, può invece ipotizzarsi una attività del C.T.S. non riconducibile alla scelta politica, ma ad una operazione di legittimazione scientifica di decisioni già prese a livello governativo, complice anche la scarsa attendibilità del parametro tecnico nella prima fase dell'emergenza, in cui le certezze scientifico erano molto scarse.

Al riguardo, si è ritenuto che «l'urgenza delle scelte da effettuarsi è stata tale, almeno in alcuni frangenti, da rendere l'intervento dell'organo di consulenza una sorta di ratifica *ex post* di decisioni sostanzialmente già assunte»<sup>159</sup>.

È emersa, peraltro, una particolare attività di concertazione che ha visti coinvolti il Governo e l'organo tecnico-specialistico nella elaborazione delle misure restrittive.

Da un lato, tali considerazioni possono essere dedotte dalle riunioni o audizioni con i componenti del governo, utili a individuare strategie condivise per affrontare la pandemia, e con risvolti positivi, poiché il Governo manterrebbe un ruolo autonomo, non aderendo passivamente alle indicazioni tecnico-scientifiche<sup>160</sup>.

Dall'altro, un ulteriore elemento che depone in questo senso è costituito dalle richieste della Presidenza del Consiglio dei Ministri di fornire un parere sulle singole misure oggetto della bozza di D.P.C.M. che si sarebbe dovuto approvare: rispetto a quest'ultimo profilo, ad esempio, con Verbale n. 161 della riunione del C.T.S. datato 27 febbraio 2021, il C.T.S. ha

---

Al riguardo, si riportano, rispettivamente:

- D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. s): «s) sono sospese le attività di palestre, centri sportivi, piscine, centri natatori, centri benessere, centri termali (fatta eccezione per l'erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza), centri culturali, centri sociali, centri ricreativi»;
- Verbale del C.T.S. 7 marzo 2020, lett. q): «q) sospensione delle attività di palestre, centri sportivi, piscine, centri natatori, centri benessere, centri termali (fatta eccezione per l'erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza) centri culturali, centri sociali, centri ricreativi».

<sup>158</sup> Peraltro, nel verbale si legge che: «il Comitato tecnico-scientifico *individua* le seguenti misure di contenimento [...]» (corsivo aggiunto), lasciando intendere che la decisione sia stata sostanzialmente presa (appunto, *individuata*) dall'organo tecnico.

<sup>159</sup> M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2022, p. 606.

Parla del ruolo dei tecnici come un «paravento» per le decisioni della politica E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. Cost.*, 4, 2020, p. 731.

<sup>160</sup> Sul punto, v. M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2022, p. 614.

restituito al Governo la bozza di D.P.C.M., corredata da alcuni suggerimenti di modifica al testo del provvedimento.

Invero, a titolo di esempio, come emerge dal Verbale n. 158 del 24 febbraio 2021, il C.T.S. si è impegnato – dopo aver svolto una audizione con il Ministro della cultura in relazione alla riapertura delle sale da teatro, da concerto e dei cinema<sup>161</sup> – «a produrre una puntuale analisi delle proposte formulate dal Ministero per i beni e le attività culturali in vista della predisposizione del prossimo DPCM nel corso della prossima riunione»<sup>162</sup>.

Ed è proprio con il successivo Verbale n. 159 del 26 febbraio 2021 che si ha la conferma dell'esercizio di potere discrezionale da parte del C.T.S.

Nella c.d. *zona gialla*, oltre a misure restrittive già in vigore, l'organismo tecnico «ritiene di suggerire l'esclusione di eventi promozionali (ad es. ingresso gratuito la prima domenica del mese)»; inoltre, «sottolineando che il fine settimana è certamente occasione di maggiore afflusso alle strutture museali e presso gli altri istituti e luoghi della cultura, il CTS ritiene necessario ribadire il rafforzamento di tutte le misure idonee a garantire modalità di fruizione contingentata»: in tal senso, evidenzia il C.T.S. che «oltre a prevedere un forte contingentamento degli ingressi rispetto allo storico dei visitatori che abitualmente accedono ai musei e agli altri luoghi della cultura nei fine settimana, l'ingresso deve essere consentito esclusivamente previa prenotazione *online* e/o telefonica prevedendo anche l'assegnazione di una specifica fascia oraria per l'ingresso e l'indicazione della durata massima possibile della permanenza all'interno della struttura»<sup>163</sup>.

È evidente il carattere discrezionale della scelta in esame, volta a comparare gli interessi pubblici in gioco, tra cui la tutela della salute pubblica e il diritto alla fruizione dei beni culturali e dei luoghi della cultura.

Non solo. Ancora una volta, le risultanze emerse dal Verbale dei lavori del C.T.S. vengono incluse nel contenuto del D.P.C.M. successivo: nel caso di specie, si fa riferimento al comma 1 dell'art. 14 (rubricato: *Musei, istituti e luoghi della cultura*) all'interno del Capo III

---

<sup>161</sup> La concertazione emerge esplicitamente dalla nota con cui viene data la disponibilità al Ministro della Salute per una audizione innanzi al C.T.S.: difatti, il Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo chiede di sottoporre la propria istanza al C.T.S., «così da poter *trattare insieme le misure necessarie* e successivamente poter dare utili indicazioni agli operatori interessati e ai cittadini» (corsivo aggiunto), cfr. Allegato 1 al Verbale n. 158 del 24 febbraio 2021.

<sup>162</sup> Verbale n. 158 del 24 febbraio 2021, p. 2.

<sup>163</sup> Verbale n. 159 del 26 febbraio 2021, p. 4-5.

(*Misure di contenimento del contagio che si applicano in Zona gialla*) del D.P.C.M. 2 marzo 2021<sup>164</sup>.

Di nuovo, è senz'altro agevole riscontrare la presenza di considerazioni che costituiscono espressione di discrezionalità, ad esempio, dal Verbale n. 161 del 27 febbraio 2021: in tal caso, il C.T.S., rispondendo alla richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri circa la sospensione nelle zone rosse delle attività dei barbieri, dei parrucchiere e dei centri estetici<sup>165</sup>, evidenzia che, anche in ragione della circolazione delle varianti del virus e della loro maggiore trasmissibilità, «ritiene adeguato il rafforzamento di tale misura al contesto epidemiologico attuale, anche in relazione alle specifiche attività caratterizzate da elementi imprescindibili di prossimità tra persone e impossibilità del rispetto del distanziamento fisico di un metro»<sup>166</sup>.

Insomma, è evidente l'atteggiarsi del C.T.S. come *attore politico*.

È possibile spiegare questo fenomeno sia con la delega delle scelte al C.T.S., sia con la legittimazione scientifica delle decisioni del Governo attraverso una successiva "ratifica" svolta dal C.T.S.: in entrambi i casi, comunque, tale organismo avrebbe assunto compiti che in parte esulano dalle proprie competenze, e l'unica differenza tra i due scenari sarebbe la dimensione formale o sostanziale in cui le funzioni politiche vengono esercitate.

Ciò che rimane invariato, in entrambe le ipotesi, è il fatto che vi è stato un esercizio di attribuzioni estranee alla mera attività di consulenza tecnico-scientifica, sconfinando in valutazioni di opportunità politica<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> La disposizione citata così recita: «Il servizio di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, è assicurato, dal lunedì al venerdì, con esclusione dei giorni festivi, a condizione che detti istituti e luoghi, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei locali aperti al pubblico, nonché dei flussi di visitatori (più o meno di 100.000 l'anno), garantiscano modalità di fruizione contingentata o comunque tali da evitare assembramenti di persone e da consentire che i visitatori possano rispettare la distanza tra loro di almeno un metro. A far data dal 27 marzo 2021, il sabato e i giorni festivi, il servizio è assicurato a condizione che l'ingresso sia stato prenotato *on line* o telefonicamente con almeno un giorno di anticipo. Resta sospesa l'efficacia delle disposizioni regolamentari di cui all'articolo 4, comma 2, secondo periodo, del decreto del Ministro per i beni culturali e ambientali 11 dicembre 1997, n. 507, che prevede il libero accesso a tutti gli istituti e ai luoghi della cultura statali la prima domenica del mese».

<sup>165</sup> Cfr. Verbale n. 161 del 27 febbraio 2021, all. 1.

<sup>166</sup> Cfr. Verbale n. 161 del 27 febbraio 2021, p. 5.

<sup>167</sup> M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2022, p. 621.

Sui rischi connessi alla delega di funzioni politiche, v. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 130 ss.

Ebbene, si ritiene inammissibile scaricare la responsabilità della decisione «su soggetti o organismi non deputati né tantomeno legittimati a compiere scelte politico-amministrative, sia perché cioè esorbiterebbe dalle funzioni loro attribuite sia perché ciò potrebbe creare delle falle nel sistema istituzionale»<sup>168</sup>.

Non deve, invece, considerarsi sufficiente che tale responsabilità sia *formalmente* attribuita al decisore politico.

Infatti, se è vero che la scelta di limitare le funzioni del C.T.S. alla attività consultiva, senza attribuire a tale organismo la decisione finale sulla valutazione del rischio permette «di non “diluire” la responsabilità democratica – in termini di legittimazione del potere esecutivo che rimonta al controllo politico esercitato dal Parlamento, ma anche, ed in misura qualificante, alla protezione dei diritti della collettività – e di non incoraggiare uno “scivolamento” verso una legittimazione (esclusivamente e anche solo prevalentemente) scientifica delle decisioni adottate»<sup>169</sup>, è altresì vero che il *sostanziale* esercizio di competenze politico-discrezionali rende concreto tale rischio, incidendo negativamente sul rispetto dei ruoli e delle responsabilità degli attori istituzionali, oltre che sull’effettività del controllo giudiziario che, rispetto alle misure restrittive discrezionali, deve esercitare un sindacato conforme alle regole generali, ovvero tale da non sconfinare nel merito amministrativo<sup>170</sup>.

Pertanto, la concertazione dell’azione politica, la definizione delle misure restrittive in forma condivisa, e l’attribuzione di compiti non propriamente di mera consulenza tecnica agli organi tecnici, può condurre a difficoltà nell’individuare e selezionare le componenti decisionali che costruiscono la valutazione tecnica complessa, da cui conseguono criticità nel rispettare i relativi ruoli e individuare le corrispondenti responsabilità degli attori istituzionali<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, p. 157.

<sup>169</sup> C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2020, p. 286-287.

<sup>170</sup> F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, p. 157.

<sup>171</sup> M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2022, p. 614.

Se si aderisce – come già messo in evidenza<sup>172</sup> – alla prospettiva che vede una integrazione della tecnica e della politica, in un’ottica di scambio reciproco e complementarietà, va trovato un punto di equilibrio tra due istanze: la necessità di evitare di delegare il potere politico agli organi tecnici, eludendo la responsabilità politica dei decisori, e quella di prendere decisioni basate su un ragionevole fondamento scientifico<sup>173</sup>.

Parallelamente, proprio nel rispetto dei reciproci ruoli, se la politica non può prescindere dalle conoscenze fornite dalla scienza, quest’ultima, «senza ergersi a criterio risolutore universale, deve ammettere e riconoscere la natura complessa delle questioni da risolvere e non pretendere di comprimere il margine di discrezionalità della decisione politica»<sup>174</sup>.

Ancora una volta, la netta separazione *ab origine* tra il parametro valutativo tecnico e la decisione di opportunità politica consente di tenere separate e distinte le competenze, da un lato, degli organismi tecnici e, dall’altro, dell’autorità amministrativa, in modo da non confondere le responsabilità di ciascuno dei partecipanti al processo di formazione della decisione pubblica, oltre che consentire un corretto esercizio del controllo giurisdizionale sui distinti segmenti della decisione tecnica complessa.

## 6. *I comitati e le decisioni tecnicamente complesse nel Diritto UE: la procedura centralizzata di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci*

A completamento dell’analisi svolta, si approfondirà un tema già introdotto riflettendo sul controllo giurisdizionale, quello delle valutazioni complesse in materia di autorizzazione all’immissione in commercio dei farmaci.

In particolare, si esaminerà il rapporto tra l’organizzazione e le funzioni degli organismi tecnici europei, e la relativa decisione tecnico-amministrativa.

---

<sup>172</sup> Cfr. Cap. I, par. 3.

<sup>173</sup> L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 73 ss.

<sup>174</sup> M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di “normalizzazione” dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2022, p. 622.

L'assunto di partenza (già visto) che, in questo caso, va ritrovato a livello normativo, è la considerazione delle decisioni tecniche complesse come formate da due segmenti decisionali: il primo, che può essere definito *tecnico-valutativo*, privo di valutazioni di opportunità tipiche del bilanciamento di interessi che connota la discrezionalità amministrativa; il secondo, che può essere definito *discrezionale*, in cui tali profili possono essere, invece, presenti.

Si è già avuto modo di sottolineare come le procedure di autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco possano seguire una procedura nazionale o una procedura europea centralizzata.

Muovendo da quest'ultima, è il Reg. (CE) n. 726/2004 (d'ora in poi: il Regolamento) che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario e istituisce l'*European Medicines Agency* (EMA)<sup>175</sup>.

L'Agenzia si compone di un consiglio di amministrazione, con funzioni di programmazione e di bilancio, il quale nomina il direttore esecutivo, che esercita funzioni di rappresentanza legale dell'ente, di gestione e di coordinamento.

Inoltre, centrale rilievo nella composizione dell'EMA viene assunta dai comitati, che costituiscono il motore dell'Agenzia, ed «elaborano valutazioni di carattere scientifico non riconducibili alla tutela di interessi nazionali»<sup>176</sup>.

Tra quelli che fanno parte dell'EMA, ai sensi dell'art. 56 del Regolamento, figurano: il comitato per i medicinali per uso umano (CHMP); il comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza (PRAC); il comitato per i medicinali veterinari (CVMP); il comitato per i medicinali orfani (COMP); il comitato per i medicinali a base di piante (HMPC); il comitato per le terapie avanzate (CAT); il comitato pediatrico (PDCO).

L'EMA, attraverso i suoi comitati, fornisce alle istituzioni europee e agli Stati Membri pareri scientifici del più alto livello, sulle valutazioni di *qualità, sicurezza ed efficacia* dei medicinali, ai sensi dell'art. 57 del Regolamento.

Tale articolo individua, tra le varie funzioni a cui è preposta l'Agenzia attraverso i suoi comitati, le valutazioni scientifiche all'interno delle procedure unionali di autorizzazione all'immissione in commercio, e la conseguente attività di farmacovigilanza.

---

<sup>175</sup> Tale regolamento sostituisce il Reg. (CE) n. 2309/1993 che istituiva la *European Agency for the Evaluation of Medicinal Products* (EMEA).

Si veda, per le considerazioni che seguono e per un inquadramento generale dell'EMA, M. FILICE, *L'accountability della European Medicines Agency*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2018, p. 1013 ss.

<sup>176</sup> *Ivi*, p. 1014 ss.

Più in generale, giova osservare che l'attività dei comitati è di carattere prettamente tecnico-specialistica e, sulla questione oggetto della valutazione del comitato, tende al raggiungimento del *consenso scientifico*, come espressamente disposto dall'art. 61, par. 7 del Regolamento<sup>177</sup>.

Questa considerazione trova conferma nelle successive norme del Regolamento tra cui, innanzitutto, l'art. 65, par. 2, che prevede che «i membri del consiglio di amministrazione sono nominati sulla base delle loro conoscenze specialistiche pertinenti nella gestione e, ove opportuno, dell'esperienza nel settore dei medicinali per uso umano e veterinario».

Esistono, poi, specifiche norme a garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità dei membri degli organi che compongono l'Agenzia.

L'art. 63 par. 2 del Regolamento stabilisce, infatti, che «i membri del consiglio di amministrazione, i membri dei comitati, i relatori e gli esperti non hanno interessi economici o d'altro tipo nell'industria farmaceutica che possano infirmare la loro imparzialità», e «si impegnano ad agire al servizio dell'interesse pubblico e con uno spirito d'indipendenza e presentano ogni anno una dichiarazione dei loro interessi finanziari»<sup>178</sup>.

Passando alla procedura di autorizzazione centralizzata di un farmaco per uso umano, va sottolineato il ruolo centrale del CHMP, che formula il parere dell'Agenzia sull'ammissibilità dell'istanza, sulla modifica, sospensione o revoca dell'autorizzazione<sup>179</sup>.

A conclusione della fase istruttoria, entro quindici giorni dalla sua adozione, viene trasmesso alla Commissione, agli Stati Membri e al richiedente il parere corredato da una relazione di valutazione del medicinale, e dalle ragioni che motivano le sue conclusioni *ex art. 9, par. 3 del Regolamento*.

---

<sup>177</sup> «Nell'elaborazione dei pareri, i comitati si adoperano al massimo per raggiungere un consenso scientifico. Se tale consenso non può essere raggiunto, il parere è costituito dalla posizione della maggioranza dei membri e dalle posizioni divergenti con relative motivazioni», cfr. art. 61, par. 7 del Reg. (CE) n. 726/2004.

<sup>178</sup> Questo aspetto non coincide con l'organizzazione della corrispondente agenzia italiana, l'AIFA che, invece, non è indipendente dall'esecutivo, ma resta sottoposta alle funzioni di indirizzo del Ministero della salute e alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 48, comma 2 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326).

Data la dipendenza dall'esecutivo, risulta effettivamente più difficile qualificare il potere dell'AIFA, nel rilascio dell'autorizzazione, come meramente tecnico-valutativo: come visto nel Cap. II, par. 6.3.1., infatti, non è pacifico che la valutazione rischio/beneficio non presenti profili di discrezionalità.

Nella procedura centralizzata, invece, si può anticipare come il legislatore europeo abbia suddiviso chiaramente la sfera tecnica da quella politica: mentre all'EMA è affidata l'istruttoria, la Commissione ha il potere di decisione finale, potendosi eventualmente discostare dal parere dell'Agenzia.

<sup>179</sup>«[...] il comitato per i medicinali per uso umano ha il compito di formulare il parere dell'agenzia su qualsiasi problema di ammissibilità dei fascicoli presentati secondo la procedura centralizzata, di rilascio, modificazione, sospensione o revoca di un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale per uso umano [...]», cfr. art. 5, par. 2 del Reg. (CE) n. 726/2004.

Entro i successivi quindici giorni, la Commissione elabora un progetto di decisione potendo, altresì, discostarsi dal parere dell’Agenzia, ma dovendo allegare «una spiegazione dettagliata delle ragioni delle differenze», ai sensi dell’art. 10 del Regolamento.

Rispetto al rapporto tra poteri della Commissione e dell’Agenzia, la dottrina ha evidenziato che «il legislatore europeo ha effettuato una precisa ripartizione di compiti, inserendo nella fase istruttoria la formulazione del parere dell’Agenzia e in quella decisoria l’apprrezzamento della Commissione», attraverso una scelta che appare ispirata alla separazione fra attività scientifica e politica; in realtà, però, una volta che i requisiti tecnici per la commercializzazione del medicinale sono stati accertati, non residuerebbe spazio per una ponderazione di interessi da parte della Commissione, poiché l’autorizzazione può essere negata solo qualora non siano dimostrate la qualità, la sicurezza e l’efficacia del farmaco, o se l’etichettatura e i foglietti illustrativi non sono conformi alla normativa europea (art. 12, par. 1 del Regolamento)<sup>180</sup>.

È possibile, al riguardo, qualificare il potere della Commissione come vincolato, poiché, una volta stabilito che il farmaco è sicuro, essa «non ha il potere di scegliere la misura più opportuna nei confronti del richiedente bilanciando diversi interessi, ma è tenuta a rilasciare l’autorizzazione»<sup>181</sup>.

Pertanto, la valutazione della Commissione, nella generalità dei casi, non implica un controllo di merito, ma si limita alla verifica del rispetto degli aspetti tecnici e procedurali. È, invece, il parere dell’EMA che, «pur non essendo vincolante, costituisce la sede sostanziale della decisione»<sup>182</sup>.

In primo luogo, quella descritta è una ipotesi emblematica, in cui il parametro scientifico e la normativa europea, che a quest’ultimo attribuisce rilevanza, concorrono alla riduzione della discrezionalità.

Il Regolamento, in questo caso, vincola la Commissione al dato tecnico-scientifico, non lasciando spazio alla ponderazione e al bilanciamento di interessi: entrambi elementi che offrono una ulteriore conferma – rispetto a quanto già visto<sup>183</sup> – dei mutamenti del potere decisionale, in questo caso nel senso di una sua tendenziale compressione.

---

<sup>180</sup> M. FILICE, *L’accountability della European Medicines Agency*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2018, p. 1021 ss. e 1038 ss.

<sup>181</sup> *Ivi*, p. 1039.

<sup>182</sup> *Ivi*, p. 1040.

<sup>183</sup> Cfr. Cap. I, par. 8.2.

In secondo luogo, si trova una importante dimostrazione dell'assenza di discrezionalità nell'ambito delle valutazioni sulla efficacia e sicurezza dei farmaci, valutazioni che, come precedentemente evidenziato<sup>184</sup>, non implicano un bilanciamento di interessi.

Alla luce di quanto sottolineato, viene, ancora una volta, confermata la possibilità di isolare i segmenti valutativi della decisione tecnicamente complessa, in cui resta esclusa, nel caso di specie, l'opportunità tipica della discrezionalità pura<sup>185</sup>.

## 7. *Considerazioni conclusive*

Le riflessioni sinora svolte, relative al complesso rapporto che coinvolge la tecnica e il potere amministrativo, sono state sviluppate esaminando l'attività degli organismi tecnici, quest'ultima sinteticamente riconducibile alla valutazione specialistica dei fatti che precede e risulta funzionale all'assunzione della decisione pubblica.

In particolare, l'analisi si è concentrata sull'apporto del Comitato Tecnico Scientifico nell'elaborazione dei D.P.C.M., quali misure di contenimento della diffusione della pandemia da *coronavirus*, al fine di verificare se vi fosse stato esercizio di potestà politiche da parte di un organo privo della necessaria legittimazione democratica.

Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha precisato che le fonti primarie (nello specifico, i decreti-legge emanati per fronteggiare l'emergenza sanitaria) avevano attribuito al Presidente del Consiglio un potere di natura amministrativa, poiché limitato dai principi di proporzionalità e di adeguatezza (rispetto al rischio presente sul territorio nazionale), cioè dai tipici criteri che orientano l'esercizio della discrezionalità amministrativa, di cui i D.P.C.M. sono, pertanto, espressione.

Per verificare se il C.T.S. avesse esercitato – o meno – prerogative politiche, è stato effettuato un raffronto tra il contenuto dei verbali dei lavori del C.T.S., e quello dei D.P.C.M., che presentano, in diverse occasioni, una quasi completa corrispondenza testuale, oltre che contenutistica.

---

<sup>184</sup> Cfr. Cap. II, par. 6.3.1.

<sup>185</sup> Si rimanda, sul punto, alle considerazioni del Cap. II, par. 6.3.1.

Si osserva, nello specifico, come l'organo tecnico si sia atteggiato come attore politico, esprimendo scelte puramente discrezionali nell'esercizio della propria attività, e come il Governo lo abbia coinvolto nella elaborazione delle misure di contenimento della pandemia, in una particolare forma di concertazione tra soggetti che, tuttavia, rivestivano ruoli distinti. In questo scenario, possono essere formulate due ipotesi: a) la sostanziale delega di competenze politiche al C.T.S., con successiva ratifica da parte di quest'ultimo; b) una operazione di legittimazione scientifica realizzata da parte del C.T.S. in relazione a decisioni già prese a livello governativo, complice anche la scarsa attendibilità iniziale del parametro tecnico.

In ogni caso, l'organo tecnico ha agito fuoriuscendo dalle proprie attribuzioni, non limitandosi a svolgere una mera valutazione tecnico-specialistica.

Il sostanziale esercizio di competenze politico-discrezionali rende, in definitiva, concreto il rischio di stemperare la responsabilità democratica e di fornire una legittimazione meramente scientifica delle decisioni assunte, con esiti negativi sul reciproco rispetto dei ruoli e delle responsabilità degli attori istituzionali, oltre che sull'effettività del controllo giudiziario.

Tali obiettivi potrebbero essere più agevolmente raggiunti attraverso una netta separazione tra il profilo tecnico-valutativo e quello di opportunità politica, in modo da individuare i corrispondenti segmenti in cui si articola la decisione tecnicamente complessa.

Sul punto, è stato altresì esaminato il caso della procedura europea di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci, disciplinata dal Reg. (CE) n. 726/2004, istitutivo dell'EMA e dei relativi comitati tecnici, preposti all'attività di valutazione scientifica nell'ambito di dette procedure.

Tra questi, il comitato per i medicinali per uso umano (CHMP) formula il parere dell'Agenzia sull'ammissibilità dell'istanza, sulla modifica, sospensione o revoca dell'autorizzazione, mentre alla Commissione Europea è affidato il compito di elaborare un progetto di decisione, potendosi discostare dal parere tecnico solo motivando adeguatamente.

Si è evidenziato, dunque, come emerga una scissione tra valutazione scientifica e decisione politica: da un lato, l'attività dell'organismo tecnico e, dall'altro, quella demandata all'organo politico.

Tuttavia, nel caso di specie non sembra che alla Commissione possa dirsi attribuito un vero e proprio potere di bilanciamento degli interessi in gioco, posto che l'accertamento dei

requisiti tecnici per la commercializzazione del farmaco ne esaurisce la valutazione; piuttosto, esso pare qualificarsi come potere vincolato, limitato a un controllo formale e procedurale sul parere.

Si assiste, in conclusione, a un duplice risultato: da un lato, la riduzione del profilo discrezionale della decisione amministrativa e, dall'altro, la decisa demarcazione tra il segmento tecnico-valutativo e quello discrezionale della decisione.

## CONCLUSIONI

All'esito del presente lavoro, è possibile trarre alcune considerazioni finali dall'indagine svolta.

Muovendo dall'analisi del rapporto tra scienza e diritto prima, e tra tecnica e diritto poi, si è potuto osservare come le conoscenze specialistiche abbiano una incidenza sulla realtà giuridica risalente nel tempo, e tale da condizionare significativamente le decisioni dei pubblici poteri<sup>1</sup>.

Un aspetto centrale, sottolineato da tempo dagli studiosi, può ritrovarsi nel carattere di incertezza relativo alle evidenze scientifiche poste alla base delle decisioni pubbliche<sup>2</sup>; l'opinabilità del problema tecnico costituisce, perciò, sia il nucleo, che l'origine dei dibattiti sulla c.d. discrezionalità tecnica<sup>3</sup>.

La crescente complessità e incertezza scientifica incide, dunque, su diversi aspetti della giuridicità.

Tale scenario, che nasce dalla tensione della tecnica a imporsi sul diritto e vede la prima tentare di trasformarsi da mezzo a fine, produce effetti che ricadono sia sulla dimensione politico-amministrativa, sia su quella giurisdizionale.

Con riferimento alla prima, è stato rilevato che l'impatto della tecnica nel mondo del diritto, unita alla deferenza della politica verso la scienza, può condurre a sviluppi tecnocratici, in cui le funzioni istituzionali vengono demandate a esperti che assumono il compito di prendere decisioni pubbliche in assenza di un collegamento con il circuito democratico-rappresentativo.

---

<sup>1</sup> La dottrina più attenta ha osservato che sembra presente un rapporto di proporzionalità tra le conoscenze scientifiche e il nucleo politico della decisione discrezionale: si osserva, al riguardo, che «più c'è conoscenza scientifica e capacità tecnica, più viene usata perché ha eminenza, affidabilità, e perciò meno spazio c'è per la politica dentro alle decisioni amministrative», P. FORTE, *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2021, p. 971 ss.

<sup>2</sup> M. BUCCHI, *La democrazia alla prova della scienza*, in *Il Mulino*, 6, 2003, p. 1050 ss.

<sup>3</sup> Questo porta alcuni, peraltro, a ritenere presente una ponderazione di interessi, qualora non vi siano certezze scientifiche che rendano vincolata la decisione: «[...] le cognizioni scientifiche sono in grado di rendere vincolate le decisioni politiche solo quando si presentino in termini di certezze assolute che non subiscono il condizionamento di altri interessi concorrenti capaci di limitarne l'impatto sulla decisione da prendere, sia essa amministrativa o legislativa. Altrimenti la tecnica lascia spazio alla ponderazione degli interessi tipica del potere amministrativo ma non esclusiva di esso, posto che anche il potere legislativo si esercita privilegiando alcuni interessi su altri», cfr. F. MONCERI, *Ripercussioni della pandemia COVID-19 sul sistema giuridico*, in *Amministrazione in Cammino*, 12 gennaio 2021, p. 6.

Rispetto a tale inaccettabile risultato, deve optarsi per un sistema in cui le istanze della politica e della tecnica collaborino, nel rispetto reciproco dei relativi ruoli e responsabilità.

In questo senso, se è vero che la politica non può ormai prescindere dai presupposti scientifici forniti dalla *expertise* tecnica, essa mantiene un ruolo imprescindibile, restandole sostanzialmente affidato, in virtù del principio di legittimazione democratica, il compito di comporre gli interessi che vengono in rilievo nella decisione.

L'indagine ha, successivamente, riguardato il ruolo della tecnica nella decisione amministrativa.

Muovendo dalla ricostruzione di siffatto istituto, si è messo in risalto il passaggio dalla decisione amministrativa in senso stretto, alla decisione amministrativa in senso lato, intesa come *iter* di formazione della decisione per realizzare l'interesse pubblico.

Spostando l'attenzione sulla determinazione dell'assetto di interessi in gioco, il tema della decisione tende, così, a coincidere con quello della discrezionalità amministrativa.

È stata, dunque, ricostruita l'evoluzione della discrezionalità amministrativa e tecnica, rilevando come l'impostazione teorica tradizionale, che presuppone una netta scissione tra valutazione tecnica e scelta discrezionale, costituisca ancora il punto di partenza delle tesi dottrinali più recenti.

Al riguardo, si assiste a diversi processi di mutamento che interessano il potere discrezionale, il quale assume oggi un carattere multiforme.

Se, da un lato, esistono dinamiche ampliative o anticipatorie della discrezionalità, dall'altro lato il processo di erosione sembra essere quello maggiormente significativo.

Le principali cause di compressione del potere discrezionale sono la tecnicizzazione del diritto che, unita all'apporto del diritto europeo e alla crisi della politica, determinano l'espansione dei profili valutativi della decisione amministrativa, i quali tendono a prendere il posto, nei settori ad elevata tecnicità, dello spazio propriamente discrezionale della scelta.

Tra gli effetti di siffatto scenario vi è, altresì, l'ampliamento dei profili oggettivi della decisione, con conseguente incremento della sindacabilità della decisione amministrativa in sede giurisdizionale.

È stato, dunque, indagato il rapporto tra la tecnica e il potere giudiziario, declinato nel sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche della p.a.

Al riguardo, i presupposti teorici di partenza, appena enunciati, non risultano compatibili con il controllo giudiziario svolto dalla giurisprudenza amministrativa, il cui *self restraint*

non è coerente con le premesse in tema di discrezionalità su cui il panorama scientifico e giurisprudenziale pare concordare.

Si è mosso, pertanto, dalla ricostruzione dell'evoluzione del sindacato sulle decisioni discrezionali e sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione.

Ebbene, inizialmente insindacabile, la c.d. discrezionalità tecnica è stata oggetto di un progressivo ampliamento del controllo giurisdizionale, attraverso una evoluzione giurisprudenziale che ha distinto i profili di opinabilità da quelli di opportunità della decisione, separando l'istituto dall'area del merito amministrativo insindacabile.

Il sindacato sugli atti delle *Authorities* (in particolare delle Autorità di regolazione e dell'AGCM) ha determinato una crescente espansione del perimetro della verifica giurisdizionale delle valutazioni tecniche, portando tale controllo, inizialmente denominato "debole", ad acquisire un definitivo carattere intrinseco.

È stato, quindi, analizzato il sindacato di *full jurisdiction*, derivante dall'interpretazione dell'art. 6 CEDU da parte della Corte EDU, che ha contribuito a rendere maggiormente incisivo il controllo giudiziario sulle valutazioni tecniche, esprimendo preferenza per l'interpretazione che lo considera uno strumento funzionale all'esercizio di una piena giurisdizione di legittimità.

Sono stati, dunque, portati ulteriori argomenti a sostegno di un ampliamento del controllo sulle valutazioni tecniche, ritenendo che il giudice non si debba limitare a verificare la presenza della soluzione all'interno della gamma di risposte plausibili per il problema tecnico.

Innanzitutto, la dottrina preferibile identifica l'attività valutativa tecnica come funzione conoscitiva o di giudizio, consistendo in attività di accertamento e qualificazione dei fatti, tendenzialmente ripetibile dal giudice, non riconducibile all'esercizio del potere poiché non presente la ponderazione degli interessi tipica della discrezionalità.

In questa prospettiva, peraltro, l'intensità del controllo giurisdizionale è supportata dal dato positivo di rango costituzionale che impone una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, ai sensi dell'art. 24 e 113 Cost.

Un ulteriore argomento è stato introdotto elaborando la distinzione tra sostituzione giudiziale *ammissibile* e sostituzione *inammissibile*: muovendo dal dato codicistico, sia nell'ambito della giurisdizione di legittimità, sia nell'ambito di quella di merito, si è dimostrato come la sostituzione possa dirsi *ammissibile* ogniqualvolta l'assetto degli interessi sia definito dal legislatore, e non residuino margini di discrezionalità amministrativa.

È stato escluso, pertanto, un problema di inammissibile sostituzione giudiziale: ove non venga invaso il merito come scelta di opportunità o convenienza, non può configurarsi alcuna violazione del principio di separazione dei poteri, poiché tale *inammissibile* sostituzione non può dirsi integrata.

Ancora, altra conferma dell'impostazione di partenza si ritrova nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, pronunciandosi in materia di eccesso di potere giurisdizionale, tiene distinte le valutazioni tecniche dai profili discrezionali della decisione, riconducendo la prima all'attività di accertamento, da cui è esclusa la ponderazione degli interessi in gioco, legittimando un controllo pieno sugli apprezzamenti tecnici della p.a.

Date queste premesse, è il sindacato di *maggiore attendibilità* il modello di controllo che si ritiene auspicabile e coerente con i presupposti teorici visti.

Tale modello è stato ricostruito analizzando la giurisprudenza della Sezione VI del Consiglio di Stato a partire dalla sentenza n. 4990/2019, evidenziando come la Sezione ne riprenda i principi, che emergono in numerosi e rilevanti precedenti giurisprudenziali affrontati nel corso della trattazione.

A ulteriore sostegno di tale modello di sindacato, sono state esaminate le forme più incisive del controllo giurisdizionale svolto dalla recente giurisprudenza amministrativa, oltre al ruolo assunto dai mezzi istruttori nel processo amministrativo.

Rispetto a quest'ultimo profilo, si è potuto affermare come il modello di sindacato risenta del principio dell'onere della prova: colui che agisce in giudizio è, infatti, tenuto a fornire una propria ricostruzione dei fatti che risulti maggiormente attendibile rispetto a quella dell'amministrazione.

In particolare, centrale è il rilievo assunto dalla c.t.u. che, oltre a determinare il risultato di una piena cognizione processuale del fatto nel giudizio amministrativo, si configura come presupposto per giungere ad una valutazione di correttezza e attendibilità tecnica della soluzione adottata.

La crescente rilevanza della tecnica in campo giuridico consente, inoltre, di superare il *self restraint* nella applicazione di questo strumento istruttorio, anche vincendo le resistenze dell'interpretazione letterale del dato positivo: in definitiva, il Codice del processo amministrativo, anche per mezzo della c.t.u., mette a disposizione del giudice tutti gli strumenti necessari per realizzare una tutela giudiziale piena ed effettiva.

Rispetto, invece, alla giurisprudenza, si è evidenziato come, partendo da alcuni precedenti legati all'esperienza pandemica da *Covid-19*, emerga la natura complessa di alcune decisioni

tecniche della p.a., in cui è possibile ravvisare la scissione tra momento valutativo-tecnico e momento discrezionale. Da tale premessa, sarebbe auspicabile un sindacato giurisdizionale strutturalmente diverso, di *maggior attendibilità* nel primo caso, e nelle forme dell'eccesso di potere, nel secondo.

Lo stesso risultato è stato raggiunto analizzando la normativa in materia di sperimentazione animale, oltre ad alcune decisioni afferenti ai settori della vigilanza bancaria e dei beni culturali e paesaggistici; tale esame giurisprudenziale ha, altresì, consentito di svolgere alcune riflessioni relative ai concetti giuridici indeterminati che vengono in rilievo in siffatte decisioni.

Rispetto a queste ultime ipotesi, è nuovamente emersa, innanzitutto, la natura composita della decisione tecnica, che può essere scissa in due segmenti decisionali, affiancandosi la valutazione tecnica alla scelta discrezionale.

Tale distinzione sarebbe possibile verificando se il concetto giuridico indeterminato che viene in rilievo presenta o meno profili di discrezionalità, in termini di ponderazione comparativa di interessi.

Al riguardo, è stata centrale l'analisi della discrezionalità amministrativa e tecnica in prospettiva comparata, esaminando i corrispondenti istituti nell'ambito degli ordinamenti giuridici sudamericani, che risentono della teoria dei concetti giuridici indeterminati.

Nell'ambito di queste esperienze giuridiche resta dirimente l'elemento di ponderazione degli interessi che anche nel nostro ordinamento qualifica il potere discrezionale.

L'analisi del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa e tecnica evidenzia, poi, come anche nei sistemi giuridici sudamericani si possano specularmente individuare ipotesi in cui la sostituzione giudiziale è ritenuta ammissibile.

Si è, dunque, aderito a quel gruppo di letture che ritiene esistenti due tipi di concetti indeterminati: quelli forieri di discrezionalità amministrativa, e quelli che non lo sono (corrispondenti, nell'ordinamento italiano, alle valutazioni tecniche della p.a.).

Mentre la concretizzazione di questi ultimi consisterebbe in attività interpretativo-applicativa della legge, i primi sarebbero, invece, qualificati dal bilanciamento degli interessi svolto dall'amministrazione, e andrebbero individuati interpretando la norma e verificando se la legge demanda all'amministrazione il compito di definire l'interesse generale mediante il bilanciamento degli interessi in gioco.

Alcune soluzioni interpretative risultano, infine, in grado di mettere in luce le contraddizioni del sistema, e confermano le premesse di partenza dell'indagine: non sono, infatti,

giuridicamente giustificati i limiti al sindacato sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati che non comportano esercizio di discrezionalità, data l'attività cognitiva che li caratterizza.

Da ultimo, il tema del ruolo delle conoscenze specialistiche nell'ambito della decisione pubblica, attraverso l'apporto dei comitati tecnici, è stato calato nella dimensione applicativa.

I casi analizzati sono stati due: la gestione dell'emergenza epidemiologica da *Covid-19* tramite l'adozione di misure di contenimento dei contagi, e l'autorizzazione europea per l'immissione in commercio dei medicinali.

Nel primo caso si è rilevato che i D.P.C.M. con cui erano state disposte le misure restrittive durante il periodo pandemico costituivano espressione di discrezionalità amministrativa.

Per verificare l'incidenza delle conoscenze specialistiche sulla discrezionalità, è stato analizzato il contenuto di diversi verbali del C.T.S. e dei conseguenti D.P.C.M.: il risultato è stato una quasi integrale corrispondenza testuale e contenutistica dei due atti.

Tale fenomeno ha due spiegazioni plausibili: da un lato, la sostanziale delega di funzioni politiche, quindi amministrative, all'organo tecnico privo di legittimazione democratica, con successiva ratifica della decisione da parte dell'organo politico; dall'altro lato, una legittimazione scientifica di decisioni già prese a livello governativo.

In entrambi i casi, dall'esame dei verbali si evince che il C.T.S. si è comportato durante la pandemia come un attore politico, esercitando attribuzioni che, esulando dalle proprie competenze, erano estranee alla mera attività di consulenza tecnico-scientifica.

Tale risultato concretizza il rischio di diluire la responsabilità democratica e di sconfinare in una mera legittimazione scientifica delle decisioni politiche, incidendo negativamente sul rispetto dei ruoli e delle responsabilità degli attori istituzionali, oltre che sul piano dell'effettività del controllo giudiziario che, rispetto alla discrezionalità amministrativa, non può sconfinare nel merito amministrativo.

Questo scenario complica ulteriormente l'individuazione delle componenti della decisione tecnicamente complessa.

La netta separazione tra il parametro valutativo tecnico e la decisione di opportunità politica consente, ancora una volta, di tenere separate e distinte le competenze, da un lato, degli organismi tecnici e, dall'altro, dell'autorità amministrativa, in modo da non confondere le responsabilità di ciascuno dei partecipanti al processo di formazione della decisione

pubblica, oltre che permettere un corretto esercizio del controllo giurisdizionale sui distinti segmenti della decisione tecnica complessa.

Rispetto, invece, alla procedura di autorizzazione centralizzata per l'immissione in commercio dei farmaci, è stata analizzata la normativa europea e il ruolo dei comitati tecnici in relazione alla decisione autorizzatoria.

In particolare, oltre a rilevare ulteriormente la possibilità di isolare il segmento tecnico-valutativo da quello discrezionale della decisione tecnicamente complessa, la disciplina non lascia spazio al bilanciamento di interessi, e vincola la Commissione europea al dato tecnico-scientifico elaborato dal comitato preposto alla valutazione specialistica, confermando la tendenziale compressione riservata al potere amministrativo discrezionale.

In conclusione, si è dimostrato come l'apporto dell'*expertise* tecnica implichi una tendenziale riduzione della discrezionalità, poiché le evidenze scientifiche – tra gli altri fattori – costituiscono un parametro a cui le autorità amministrative devono attenersi nel decidere (aspetto che emerge con forza attraverso l'intervento del diritto europeo, che dà rilievo all'istruttoria svolta dagli organismi tecnici e riduce i profili discrezionali della decisione).

Non solo; può, infatti, osservarsi come la discrezionalità c.d. pura, riassumibile nella politicità della decisione afferente al merito amministrativo, spesso sia già esaurita prima del momento in cui viene assunta la decisione amministrativa<sup>4</sup>.

L'anticipazione del momento discrezionale, qualificato dal bilanciamento degli interessi in gioco, si ritrova, infatti, in diverse ipotesi in cui assumono rilievo le cognizioni tecnico-specialistiche (tra cui, ad esempio, la decisione algoritmica e le valutazioni delle commissioni esaminatrici<sup>5</sup>).

---

<sup>4</sup> P. FORTE, *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2021, p. 971.

<sup>5</sup> Al riguardo, si vedano le considerazioni del Cap. I, par. 8.2. Ancora, in dottrina, P. FORTE, *op. cit.*, p. 969 ss.: «[...] in moltissime operazioni amministrative, e soprattutto se nella decisione sono implicate opzioni meramente tecno-scientifiche, forse non è il caso di fare troppa questione di interessi: è facile assumere che non possano avere un esito dipendente da una valutazione comparata di interessi un controllo sulla circolazione stradale, le eventuali sanzioni conseguenti, la famigerata misurazione del grado di alcolicità nelle bevande, o nel sangue umano dopo una bevuta delle medesime; ma bisogna anche ammettere che ugualmente non è questione di assetto di interessi un esame universitario, o la elargizione di sostegni economici, o la concessione di un bene, o la iscrizione ad una organizzazione pubblica, ed insomma in tante altre circostanze di azione amministrativa, anche quando possano essere percepite come più o meno discrezionali: e non perché comparazione, selezione, preferenza di interessi, orientamenti, finalità ed obiettivi, qui come lì, non vi siano, ma perché abbiamo compreso sempre meglio che vanno condotte e fissati fuori ed anzi prima dell'intervento propriamente amministrativo, chiamato a rilevare la realtà (in forma di accertamento, acclaramento, o valutazione) e a sussumerla rispetto ai parametri prefissati in una sede antecedente, politica o di governo».

La possibilità (e necessità) di isolare il segmento decisionale tecnico da quello discrezionale consente di scindere le valutazioni dei presupposti scientifici – che, analizzando la normativa, non implicano ponderazione degli interessi – dalle scelte di opportunità – che comportano una valutazione dell’interesse pubblico.

Ad avviso di chi scrive, è attraverso l’interpretazione della norma e dei concetti giuridici indeterminati che vengono in rilievo (identificando se è o meno necessario un bilanciamento di interessi e, dunque, se implicano esercizio di discrezionalità) che è possibile tenere separati i profili tecnici da quelli discrezionali della decisione: tale operazione di separazione ha diverse ricadute positive, a cominciare da quelle viste in materia di sindacato giurisdizionale<sup>6</sup>, passando per una chiara ripartizione dei ruoli degli attori istituzionali (nei casi appena trattati, comitati tecnici, da un lato, e autorità amministrativa preposta alla decisione, dall’altro), da cui consegue una rigorosa definizione delle rispettive responsabilità.

Al riguardo, si osserva come da più parti si dia risalto al fenomeno che accompagna il crescente rilievo degli organismi tecnici nella decisione pubblica, ovvero quello per cui, soprattutto nei processi decisionali connotati da elevate conoscenze tecnico-specialistiche, l’*expertise* si configura come unico principio di legittimazione di una decisione, con conseguente «depoliticizzazione» della stessa<sup>7</sup>.

Proprio la legittimazione della decisione, nel momento in cui la tecnica assume un rilievo cruciale, si lega al ruolo degli organismi tecnici.

Si è osservato come la corrispondenza tra decisione discrezionale e decisione tecnica possa essere spiegata, da un lato, come delega di competenze politiche a organi tecnici, e, dall’altro, attraverso la ricerca di una *successiva* legittimazione scientifica, mediante una sorta di ratifica *ex post* della scelta dell’autorità amministrativa.

Ad ogni modo, si tratta di un risultato non accettabile, in cui i rischi sono rappresentati dall’uso strumentale della scienza da parte della politica<sup>8</sup>, da un lato, e dalla deriva tecnocratica, dall’altro.

---

<sup>6</sup> A cui si rimanda, cfr. Cap. II.

<sup>7</sup> G. IERACI, *Expertise e comitati tecnici nelle decisioni pubbliche. Il caso della regolazione europea delle emissioni inquinanti e delle particelle in sospensione (PM10)*, in *Riv. It. Polit. Pubbl.*, 1, 2019, p. 8 ss.

<sup>8</sup> A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, p. 125. L’A. ritiene, al riguardo, necessario abbandonare con i comitati istituiti *ad hoc*, e passare a un modello in cui i comitati tecnico-scientifici che devono interagire con la politica siano precostituiti per legge.

Al riguardo, è stato osservato come la surrettizia delega di funzioni possa portare ad «annacquare» il regime di responsabilità in capo al decisore politico<sup>9</sup>.

Se la scienza che dirige la politica è una minaccia che va scongiurata, le decisioni politiche non possono fare a meno della scienza: il rapporto, però, non può essere rovesciato.

La sfera politica mantiene il suo rilievo anche quando la scelta amministrativa ha una base tecnico-scientifica: se, dunque, la decisione non può prescindere dalle conoscenze scientifiche, resta comunque inalterata la dimensione politica, ovvero «la capacità umana di avere, riconoscere e darsi finalità, scopi, obiettivi, orientamenti, e valori cui ispirarsi, tutti elementi dei quali anche la più elevata scienza o la tecnica più sofisticata non sono, non possono, non vogliono essere dotate»<sup>10</sup>.

Si torna, a chiusura del percorso fin qui tracciato, a quello che è l'ideale platonico – e irrinunciabile – della politica: una attività che, secondo la misura del conveniente e dell'opportuno, è finalizzata alla realizzazione del bene comune<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 130.

<sup>10</sup> P. FORTE, *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2021, p. 1007.

<sup>11</sup> U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 274-275.

## BIBLIOGRAFIA

ACOCELLA C., *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2020

ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, I, IV ed., Milano, Giuffrè, 1978

ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, Giuffrè, 1960

ALLEN A. M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012

ALLEN A. M., GOISIS F., "Full Jurisdiction" under Article 6 ECHR: *Hans Kelsen v the Principle of Separation of Powers*, in *European Public Law*, 26, 2020

ALLEN A. M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012

ALLEN A. M., *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018

ALLEN A. M., *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020

ALLEN A. M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2012

AMORTH A., *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939

ARCURI A., *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 gennaio 2022

AVANZINI G., *Intelligenza artificiale e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, CEDAM, 1989

BACA ONETO V. S., *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012

BACA ONETO V. S., *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*, Piura, Universidad de Piura, 2003

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967

BACIGALUPO M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997

BANFI A., *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2015

BARONE G., *Discrezionalità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989

BELTRÁN DE FELIPE M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995

BELVISO L., LAVATELLI M., *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, in *Gior. Dir. Amm.*, 3, 2021

BENETAZZO C., *Eccesso di potere giurisdizionale e dialogo tra Corti*, Torino, Giappichelli, 2024

BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959

BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1, 1950

BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986

BIAVATI P., *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questionegiustizia.it*, 9 marzo 2022

BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996

BORRIELLO F., *Judicial review of administrative decisions based on complex technical evaluations. A comparative study between Italy and the United States*, in *Federalismi.it*, 12, 2021

BOTTO G., *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17, 2024

BOULIN VICTORIA I. A., *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014

BRUTI LIBERATI E., *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2019

BUCCHI M., *Beyond Technocracy. Science, Politics and Citizens*, Springer, New York, 2010

- BUCCHI M., *La democrazia alla prova della scienza*, in *Il Mulino*, 6, 2003
- BULLINGER M., *La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial*, en *La Ley*, 4, 1987
- CACCIAVILLANI C., *Sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020
- CAIA G., AICARDI N., *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, *Introduzione, il diritto amministrativo obbiettivo: le fonti, contenuto, efficacia ed applicazione del diritto obbiettivo*, Padova, La Litotipo, 1914
- CANNADA BARTOLI E., *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, vol. V, 1960
- CAPACCIOLI M., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1983
- CAPORALE F., *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 4, 2019
- CAPORALE F., *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2020
- CAPPALÀ M., *Chi è il guardiano della full jurisdiction? Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti antitrust, tra ricorso per cassazione e ricorso per revocazione. A proposito di alcune recenti pronunce*, in *Il Processo*, 1, 2022
- CAPPALÀ M., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 21, 2019
- CARANTA R., *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2, 2003
- CARANTA R., *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, Il Mulino, 1996
- CARANTA R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006

CARBONE A., *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020

CARDI E., COGNETTI S., *Eccesso di potere (atto amministrativo – teoria generale)*, in *Dig. Disipl. Pubbl.*, V, I agg., 2012

CARROZZA P., *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016

CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2012

CASONATO C., *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016

CASSAGNE J. C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009

CASSESE S., *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009

CASSESE S., *La nuova discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

CASSESE S., *Le autorità indipendenti. Origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, Il Mulino, 1996

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989

CATELANI E., *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. Cost.*, 4, 2020

CATELANI E., *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016

CAVINO M., *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 25, 2021

CECCHETTI M., *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 1996

CECCHETTI M., *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2006

CERRI A., *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2004

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. Amm.*, IV, 1984

CERULLI IRELLI V., *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993

CHIEFFI L. (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, Cacucci editore, 2016

CHIEPPA R., *Codice del Processo Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2022

CHIRULLI P., *Provvedimenti sanzionatori antitrust e sindacato giurisdizionale: è davvero tempo di una svolta?*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020

CHITI M. P., *Profili della 'tecnificazione': la nuova disciplina europea delle banche e dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016

CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001

CINTIOLI F., *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. Dir.*, Ann. II-2, Milano, Giuffrè, 2008

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005

CINTIOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015

CINTIOLI F., *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2019

CIRILLO G. P., CHIEPPA R., *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, CEDAM, 2010

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993

- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019
- COGNETTI S., *Legge, amministrazione, giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014
- COMADIRA J. R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, II ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003
- COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004
- CONTESSA C., *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 24 luglio 2018
- CORSO G., *Politica, tecnica, discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- CORTELAZZO M., ZOLLI P. (a cura di), *DELI – Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, seconda edizione in volume unico, Bologna, Zanichelli, 2022
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008
- CUDIA C., *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2016
- CUNIBERTI M., *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- CUOCOLO L., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di) *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 5 maggio 2020
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008
- D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004
- D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB Edizioni, 2008
- D'ANGELO F., *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e la loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018

D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013

D'ANGELO F., *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021

D'ANGELOSANTE M., *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016

DARNACULLETA GARDELLA M. M., *Discursos sobre la relación entre la ciencia y el Derecho. Esbozo de una cartografía*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2021

DE BELLIS M., *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016

DE LEONARDIS F., *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 3, 2016

DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. Amm.*, 12, 1999

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995

DEL CORONA L., *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020

DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2020

DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2000

DESDENTADO DAROCA E., *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico*, II ed., Pamplona, Aranzadi, 1999

DESDENTADO DAROCA E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1997

DEVOTO G., OLI G. C., *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1972

DI MARTINO A., *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

- DURANTI F. S., *I “poteri acquisitivi” del consulente tecnico: l’istruttoria processuale tra onere probatorio delle parti ed evoluzioni giurisprudenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2024
- FALCON G., CORTESE F., MARCHETTI B., *Commentario breve al Codice del Processo Amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, 2021
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo, I. L’attività*, Padova, CEDAM, 2013
- FALCONE M., *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big data*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- FANTIGROSSI U., *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993
- FARANO A., MARZOCCO V., *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell’argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. STAIANO (a cura di) *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2020
- FELDMAN R., *The role of science in law*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- FELIZIANI C., *Art. 6 CEDU, full jurisdiction e giustizia amministrativa*, in A. CARBONE (a cura di), *L’applicazione dell’art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, III ed., Madrid, Civitas, 1999
- FERNÁNDEZ T. R., *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005
- FERRERO E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 3, 2014
- FIDONE G., *Sulla qualificazione del potere di removal della Banca d’Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la full jurisdiction*, in *Giur. Comm.*, 13, 2023
- FILICE M., *Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull’attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6, 2018
- FILICE M., *L’accountability della European Medicines Agency*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2018
- FINOCCHIARO G., *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il dir. dell’informaz. e dell’informat.*, 4-5, 2012
- FIorentino L., *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2013

- FOLLIERI E., *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova Rass.*, 14, 1981
- FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 7, 2017
- FOLLIERI F., *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018
- FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, CEDAM, 2017
- FORTE P., *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2021
- FRACCHIA F., *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il Gas*, in *www.giustamm.it*, 10, 2007
- FRANCAVIGLIA M., *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2022
- FROSINI T. E., *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. Inform.*, 3, 2003
- GALIMBERTI U., *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999
- GALLI L., *I poteri del giudice dell'ottemperanza tra esecuzione delle sentenze amministrative ed effettività della tutela. Spunti dalla recente giurisprudenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2024
- GALLI L., *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2014
- GALLO C. E., *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 15ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2011
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, in *Revista de Administración Pública*, 38, 1962
- GARRONE G. B., *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1991
- GASPARRI P., *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965
- GASPARRI W., *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L'organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Dir. Pubblico*, 2, 2012

- GIANNINI M. S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Il Foro It.*, vol. 75, IV, 1952
- GIANNINI M. S., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, luglio 1984
- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950
- GIGLIONI F., *Il giudizio sulle valutazioni tecniche delle commissioni di abilitazione scientifica nazionale*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2023
- GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 28 febbraio 2013
- GIULIETTI W., *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative “composte”*, in *Dir. Amm.*, 2, 2017
- GOISIS F., “*A de novo review of all factual and legal issues*” v. *un esame “point by point [...] without having to decline jurisdiction [...] in scrutinising findings of fact or law made by the administrative authorities”*. *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell’esperienza europea e statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2021
- GOISIS F., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. Amm.*, 1, 2021
- GOISIS F., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull’art.7, co.1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018
- GOISIS F., *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2018
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015
- GOISIS F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. Amm.*, 1, 2018
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, III ed., Torino, Giappichelli, 2018
- GRECO G., *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2023

- GRECO G., *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2021
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1983
- GUICCIARDI E., *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, III, 1959
- IANNOTTA L., *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2019
- IANNUZZI A., *Complexity, Crisis and Science-Based Decisions*, in M. DE DONNO, F. DI LASCIO (a cura di), *Public Authorities and Complexity. An Italian Overview*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022
- IANNUZZI A., *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018
- IANNUZZI A., *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020
- IERACI G., *Expertise e comitati tecnici nelle decisioni pubbliche. Il caso della regolazione europea delle emissioni inquinanti e delle particelle in sospensione (PM10)*, in *Riv. It. Polit. Pubbl.*, 1, 2019
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001
- JASANOFF S., *Beyond epistemology: relativism and engagement in the politics of science*, in *Social studies of science*, vol 26, n. 2, 1996
- JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America* (a cura di M. TALLACCHINI), Milano, Giuffrè, 2001
- JASANOFF S., *State of knowledge: the co-production of science and social order*, London-New York, Routledge, 2004
- JASANOFF S., *The fifth branch. Science advisers as policymakers*, Cambridge, Harvard University Press, 1990
- KORMAN K., *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, Springer, 1910
- LAMBERTI A., *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Giur. It.*, 1, 2022

LAMBERTI L., *Effettività della tutela e sindacato giurisdizionale sugli atti sanzionatori delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020

LAVIOLA F., *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 20, 2021

LAZZARA P., «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2000

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001

LEDDA F., *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato sulla p.a.*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987

LIBERALI B., DEL CORONA L. (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022

LIGUORI F., *Giudizio di merito come giudizio di legittimità o giudizio di legittimità come giudizio di merito?*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018

LIGUORI F., *Il sindacato «debole» sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6, 2003

LIGUORI F., *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 1, 2019

LIGUORI F., *Le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti e il giudice amministrativo*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022

LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 8, 2018

LIPPOLIS L., *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1, 2023

LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020

LUCIANI M., *La sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista AIC*, Lettera AIC, 12, 2023

- MACCHIA M., *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *Vol. IV. La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016
- MAGIDE HERRERO M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000
- MAIRAL H. A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, vol. 2, 1984
- MANETTI M., *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994
- MARCHETTI B., *Al di là dello Stato: la europeizzazione e la globalizzazione dell'amministrazione italiana*, in *Politica del diritto*, 2, 2021
- MARCHETTI B., *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- MARÍN HERNÁNDEZ H. A., *La discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007
- MARTINI G., *Il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio: dal deficit di garanzie al giudice deus ex machina*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985
- MASUCCI A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2011
- MAZZONI C. M., (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, Il Mulino, 1998
- MERKL A. J., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Lipsia-Vienna, Deuticke 1923
- MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2013
- MERUSI F., *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Meriti e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000
- MERUSI F., PASSARO M., (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002
- MERUSI F., TOSCANO G., *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989

- MEYNAUD J., *La tecnocrazia: mito o realta?*, Bari, Laterza, 1966
- MINGARDO G., *Il ruolo del comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020
- MOLITERNI A. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021
- MOLITERNI A., *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2023
- MOLITERNI A., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2021
- MONCERI F., *Ripercussioni della pandemia COVID-19 sul sistema giuridico*, in *Amministrazione in Cammino*, 12 gennaio 2021
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, UTET, 1960
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972
- MOZO SEOANE A., *La discrecionalidad de la administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*, Madrid, Montecorvo, 1985
- NICOSIA F. M., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, Jovene, 1991
- NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962
- NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953
- NIGRO M., *Sulle decisioni amministrative*, in *Foro Amm.*, IV, 1950
- OTTAVIANO V., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992
- PAJNO A., *Amministrazione e ricostruzione dopo il Coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2020
- PAJNO A., *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2004
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2000
- PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 2, 1996
- PAOLANTONIO N., *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. Amm.*, 2, 2024

- PAREJO ALFONSO L., *Administrar y juzga: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993
- PARODI G., *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Giur. It.*, 2, 2021
- PATRONI GRIFFI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 6 giugno 2017
- PENASA S., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015
- PERFETTI L., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2, 2000
- PERULLI G., *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2002
- PESCE G., *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964
- PIZZI E. A., *La prospettiva della filosofia della scienza*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022
- PLATONE, *Politico*, in *Tutti gli scritti*, Milano, Rusconi, 1991
- POLICE A., *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in S. TORRICELLI (a cura di) *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997
- POLICE A., *Vincoli procedurali e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraia, 1911
- PREVITI L., *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022
- QUAGLIONI D., *Intervento conclusivo*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, Cedam, 2006

- RAGONE G., *Eine empirische wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, Giappichelli, 2020
- RAMIREZ-ESCUADERO D. S., *El control de la Proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro Editore, 1912
- RANELLETTI O., *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992
- RASELLI A., *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, Giuffrè, 1975
- RODOTÀ S., TALLACCHINI M., *Introduzione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010
- RODOTÀ S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997
- RUBECHI M., *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, 1 dicembre 2021
- SÁINZ MORENO F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976
- SAITTA A., *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, 3, 2021
- SAITTA F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001
- SALTARI L., *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019
- SALVIA F., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2002
- SAMMARTINO P. M. E., *Actos discrecionales: concepto, límites y control. Apuntes sobre el fallo "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos"*, in J. R. COMADIRA, *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994

- SANDULLI A. M., *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963
- SANDULLI A. M., *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avak*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1976
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984
- SANDULLI A., *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa. Dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1989
- SANINO M., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Milano, Wolters Kluwer, 2019
- SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova Cedam, 2011
- SAPORITO G., *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001
- SCALERA A., *È viziata da eccesso di potere la sentenza del CdS che ordina la rinnovazione della correzione della traccia di civile nel concorso per magistratura*, in *Diritto e Giustizia*, 134, 2024
- SCHMITT C. (a cura di SALVATORE A.), *La situazione della scienza giuridica europea*, Milano, Quodlibet, 2020
- SCIORTINO A., *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- SCOCA F. G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2, 2008
- SCOCA F. G., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2020
- SCOCA F. G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2000
- SCOCA F. G., *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 1985
- SCOCA F. G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 14, 1981
- SCOCA F. G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998

SCOCA F. G., *Sull'effettività della tutela dell'interesse legittimo nel processo*, in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, F. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022

SCOCA F. G., *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale*, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

SEVERINO E., *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998

SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2015

SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, Giuffrè, 2010

SORACE D., *Tavola rotonda*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale*, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

SPATTINI G., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 1, 2011

STAIANO S., *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in S. STAIANO (a cura di) *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2020

STRAZZA G., *Sull'uso off-label dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 (nota a Cons. St., sez. III, 10 dicembre 2020, n. 7097)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 13 gennaio 2021

TALLACCHINI M., *La costruzione giuridica dei rischi*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004

TALLACCHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2012

TOMASI M., *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in [Osservatoriosullefonti.it](http://Osservatoriosullefonti.it), 1, 2022

TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 1, 2017

TORRICELLI S., *Autorità amministrative indipendenti e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale*, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020

- TRAPUZZANO C., *Covid 19: legittima la delega governativa ai DPCM per fronteggiare l'emergenza*, in *Quotidiano giur.*, 27 ottobre 2021
- TRAVI A., *Decisione amministrativa*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019
- TRAVI A., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e App.*, 11, 1997
- TRIMARCHI M., *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018
- TROMBETTA G., *Emergenza COVID-19: un tentativo di inquadramento*, in *Amministrazione in Cammino*, 27 maggio 2020
- VACCARI S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017
- VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. 3, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981
- VARGAS OSSA N., CARVAJAL GARCÍA A. E., GONZÁLEZ CIFUENTES R. M., *La discrecionalidad técnica en la aplicación de sanciones ambientales sus límites y su control judicial: Una aproximación desde la metodología incorporada en el Decreto 3678 de 2010*, in *El Ágora USB*, 2, 2023
- VIDETTA C., *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008
- VIGNOLO CUEVA O., *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017
- VIOLINI L., *La complessa, multiforme relazione tra scienza e diritto*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022
- VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1, 1957
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968
- VITTA C., *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.*, IV, 1924

- VITTA C., *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. It.*, IV, 1906
- VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, (trad. it.) *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1974
- WUNDER HACHEM D., *Principio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Forum, 2011
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1958
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1, 1924, p. 381 ss. ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955
- ZEGARRA VALDIVIA D., *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006
- ZEI A., *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2008
- ZITO A., *Consumazione del potere e discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione. Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

## SITOGRAFIA

<https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/dichiarazioni-direttore-generale-organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/3010-emcov-oms2> (consultato in data 8 marzo 2024)

<https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/dichiarazioni-direttore-generale-organizzazione-mondiale-della-sanita-oms/3012-emcov-oms4> (consultato in data 8 marzo 2024)

[https://temi.camera.it/leg19DIL/area/19\\_1\\_37/l-emergenza-covid-19.html](https://temi.camera.it/leg19DIL/area/19_1_37/l-emergenza-covid-19.html) (consultato in data 8 marzo 2024)

[https://www.treccani.it/enciclopedia/emianopsia\\_\(Dizionario-di-Medicina\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/emianopsia_(Dizionario-di-Medicina)/) (consultato in data 1 ottobre 2024)

<https://iapb.it/emianopsia/> (consultato in data 1 ottobre 2024)

<https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico/> (consultato in data 7 ottobre 2024)