

QUESITI

FRANCESCA CANGELLI

Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche.

Il saggio pone a confronto le basi dogmatiche della sentenza Cass., Sez. un., 27 maggio 2016, n. 22474 con gli approdi della dottrina e della giurisprudenza amministrativa sul sindacato della c.d. discrezionalità tecnica. La riflessione rivela significative contaminazioni e suggestioni interdisciplinari tra giurisdizione ordinaria e amministrativa sui concetti di riferimento in tema di valutazioni tecniche.

Sul versante amministrativistico si analizza il percorso di crescita complessiva del sindacato attraverso il superamento degli ostacoli di carattere sostanziale e processuale, che tradizionalmente avevano precluso la sindacabilità.

Nel percorso argomentativo della sentenza Cass. Sez. un. 27 maggio 2016, n. 22474 si riscontra l'utilizzo delle medesime categorie giuridiche al fine di giustificare la rilevanza penale del falso valutativo.

The essay compares the dogmatic bases of the Cass. SS.UU. May 27, 2016, n. 22474 with the results of administrative studies and judicial decisions relating to the c.d. technical discretion. The reflection reveals significant interdisciplinary influences and suggestions between ordinary and administrative jurisdiction on the concepts of reference in terms of technical evaluations.

On the administrative front, the overall growth path of the legal protection is analyzed through the overcoming of the substantial and procedural obstacles, which traditionally had precluded the justiciability.

In the argumentative path of Cass. SS.UU. May 27, 2016, n. 22474 we find the use of the same legal categories in order to justify the criminal relevance of the c.d. "false in evaluation".

SOMMARIO: Premessa. – 1. Libero convincimento del giudice amministrativo e poteri istruttori. – 2. La parabola ascendente del sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica. – 3. Le progressive, parallele aperture sul versante processuale. – 4. I limiti esterni alla giurisdizione: valutazioni, accertamenti e scelte nelle decisioni a contenuto tecnico. – 5. Criteri, fatti materiali e valutazioni nel quadro dogmatico della sentenza Cass. Pen. Sez. un. sul c.d. falso valutativo: una possibile osmosi dogmatica tra giurisdizioni.

1. Premessa.

In aderenza alla struttura consueta delle riflessioni nel tempo susseguitesi in tema di c.d. discrezionalità tecnica, lo studio parte, snodandosi intorno a due poli concettuali, uno di carattere processuale, l'altro di carattere sostanziale:

la dimensione complessiva del libero convincimento del giudice amministrativo e il sindacato del giudice ordinario sui limiti esterni alla giurisdizione amministrativa;

il sindacato del giudice amministrativo su fatti che coinvolgano profili di tipo tecnico (e sono, in questa fase, volutamente generica – non uso termini come valutazioni, accertamenti o scelte – per non anticipare l'esito delle riflessioni sui diversi concetti coinvolti).

Sul versante processuale, il concetto di libero convincimento e i problemi ad esso connessi non hanno sempre ricevuto da un punto di vista dogmatico adeguata attenzione da parte della dottrina processuale amministrativa, se si eccettuano alcuni importanti studi e la costante, quanto ovvia considerazione del divieto di prove legali.

L'aspetto concernente il tema dei limiti esterni alla giurisdizione amministrativa coinvolge, invece, cospicua giurisprudenza della Corte di cassazione, che, quale giudice della giurisdizione, ha significativamente contribuito a dilatare i confini della tutela in favore del cittadino leso da decisioni a contenuto tecnico.

Maggiormente indagato, anche in dottrina, l'aspetto sostanziale della riflessione - discrezionalità tecnica, tra valutazioni, accertamenti e scelte - che presenta punti problematici di maggiore interesse, con riferimento al quadro normativo e soprattutto giurisprudenziale di riferimento, il quale disegna una parabola indubbiamente crescente, se si ha riguardo all'area della sindacabilità, come disegnata dal giudice amministrativo anche su sollecitazione della ricordata giurisprudenza della Corte di cassazione, in tema di limiti esterni.

Le riflessioni saranno, infine, misurate sul versante dogmatico con il percorso argomentativo, solo apparentemente fuori contesto, che le SSU penali della Corte di cassazione hanno costruito nella nota sentenza in tema di falso valutativo, permeata, anche esplicitamente, da riflessioni "amministrativistiche".

2. Libero convincimento del giudice amministrativo e poteri istruttori.

In via preliminare, occorre, lapidariamente, chiarire la portata del principio del libero convincimento del giudice (art. 116, co. 1 c.p.c.), pacificamente operante nel processo amministrativo in forza del rinvio esterno dell'art. 39 c.p.a., con riferimento al giudice amministrativo e alle peculiarità che esso presenta rispetto alla struttura del processo amministrativo, nato e "cresciuto" come processo di tipo impugnatorio, vertente principalmente sulla legittimità del provvedimento impugnato e lentamente transitato verso un giudizio di cognizione sul rapporto¹.

¹ Sull'istituto si rinvia, senza pretesa di completezza ai lavori di R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 209 ss., in part. 215; L. MIGLIORINI, voce *Istruzione*, V) *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1; F. BENVENUTI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 204 ss.; P. CHRULLI, *L'istruttoria*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Bologna, 2010, 521 ss.; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, VII ed., parte 5, cap. 2, sez. III, 385 ss., Torino, 2017. Il principio del libero convincimento, in via generale, trova il suo limite nel principio del contraddittorio, sensibilmente rafforzato dalla disciplina contenuta nel c.p.a. (es. art. 73, comma 3); si v. sul punto, per tutti, F.G. SCOCA, *I principi del giusto*

Le notazioni che seguono segneranno i punti cardine della inadeguatezza del sistema istruttorio tradizionale e delle specificità dell'istruttoria processuale amministrativa e dei principi che l'hanno governata per lungo tempo, rappresentando significativi ostacoli di carattere processuale al sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica.

Va, in primo luogo, segnalata la mancanza di un'autonoma fase istruttoria, a cagione della tradizionale concentrazione tra istruzione e decisione, struttura che non sembra essere venuta meno con il codice del processo amministrativo².

A ciò si aggiunge il carattere prevalentemente documentale del processo, con prove precostituite e formatesi anteriormente all'instaurazione del giudizio, caratterizzato da un limitato accesso al fatto per due ordini di ragioni: la tradizionale limitatezza dei mezzi istruttori, adeguata rispetto ad un sindacato che nasce come di mera legittimità; la ritrosia del giudice amministrativo a "tribunalizzarsi", ad accedere, cioè, al fatto pure in quei casi in cui ha avuto a disposizione (anche prima del c.p.a.) adeguati strumenti istruttori³.

Va rilevato, infine, l'irriducibile squilibrio tra le parti, specie in relazione – per ciò che qui interessa – alla disponibilità dei mezzi di prova (i documenti sono nelle mani della pubblica amministrazione, di norma parte resistente)⁴.

processo, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, VII ed., parte 3. cap. 2, 171 ss., Torino, 2017.

² Cfr. L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit.

³ Il riferimento è alla notissima pronuncia della Corte Costituzionale, che sancì la utilizzabilità di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile (escluso interrogatorio formale e giuramento) alle controversie in materia di pubblico impiego allora spettanti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Come noto, il giudice amministrativo ha molto raramente utilizzato tali poteri istruttori; Corte cost., n. 146 del 1987, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 557, con note di A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel processo amministrativo* e F. SAIETTA, *Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva*.

⁴ A prescindere dalla possibilità di introdurre elementi tecnici nel giudizio attraverso lo svolgimento dell'attività istruttoria processuale, non è priva di rilievo la questione – che si pone in termini del tutto peculiari per ciò che riguarda il contesto del diritto amministrativo – dell'ingresso delle componenti tecniche ad opera delle parti, con riferimento alle rappresentazioni documentali di fatti tecnici. Per ciò che riguarda i privati, gli elementi tecnici della fattispecie entrano nel giudizio attraverso delle perizie di parte cui nella migliore delle ipotesi viene ricollegata una efficacia probatoria assimilabile a quella dei documenti, nel senso che rendono noti certi fatti, che dovranno essere verificati mediante l'assunzione di opportuni mezzi di prova, ponendo solo il giudice in condizione di valutare la rilevanza del fatto ai fini della decisione. (Cons. Stato, sez. IV, n. 6965/2004 esclude la rilevanza di accertamenti sanitari da parte di soggetti diversi da quelli indicati dall'amministrazione). Del tutto diversa l'efficacia probatoria riconducibile alle risultanze documentali provenienti dall'amministrazione, relative a fatti tecnici. Per l'amministrazione si pone il problema delle risultanze tecniche dell'istruttoria procedimentale e, dunque, in particolare degli accertamenti tecnici effettuati dalle pubbliche amministrazioni nel corso del procedimento. Sul punto la giurisprudenza pare perpetuare la condizione di squilibrio tra le parti nel processo amministrativo, continuando a collegare esplicitamente o implicitamente la particolare effica-

Da tale assetto dell'istruttoria nel processo amministrativo consegue che, pur nell'ambito di un processo di parti, retto, di conseguenza, dal principio dispositivo, detto principio si abbina ad un metodo acquisitivo, legato alla sussistenza in capo al giudice amministrativo di poteri d'ufficio in materia istruttoria⁵.

Per tali ragioni l'indiscussa vigenza del principio del libero convincimento nel processo amministrativo appare, in generale ed in astratto, accentuata dai poteri riconosciuti al giudice amministrativo in materia istruttoria: fermo restando l'onere (non della prova ma) del solo principio di prova in capo alle parti, il giudice amministrativo è in grado di dimensionare il materiale probatorio su cui fondare la propria decisione, di "scegliere" in qualche misura gli elementi su cui fondare il proprio libero convincimento.

Il principio, dunque, specie nell'impianto tradizionale del processo amministrativo assume una portata assai rilevante, che ha condotto la dottrina a utilizzare espressioni forti, attribuendo al giudice amministrativo appellativi come "signore della prova"⁶ o "despota della prova"⁷, in base ad una lettura estensiva del principio del libero convincimento, come comprensivo dei poteri di etero-integrazione e per la deformalizzazione del diritto delle prove, onde il libero convincimento si sostituirebbe e non si affiancherebbe - come doveroso per un processo di parti - al principio dell'onere della prova⁸.

Le caratteristiche originarie del processo amministrativo sono state radicalmente poste in discussione per effetto delle riforme che hanno interessato il sistema di giustizia amministrativa nel suo complesso. Il riferimento è, come è ovvio, al percorso culminato nella emanazione del Codice del processo am-

cia probatoria dei documenti provenienti dalla p.a. resistente al "vecchio" principio della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 1997, n. 833, in *Foro amm.*, 1997, 1974 che afferma testualmente "È legittima la prova documentale, proveniente agli uffici della p.a. convenuta in un giudizio amministrativo e, in particolare, dall'organo competente e che descrive con esattezza e puntualità la *res controversa*, in quanto tale documento, anche quando sia privo di data certa, mantiene pur sempre la forza attestativa propria degli accertamenti tecnici effettuati dalle amministrazioni pubbliche").

⁵ Il Codice ha confermato l'opzione tradizionale per il modello dispositivo, seppur attenuando rispetto al passato la scelta del metodo acquisitivo, cfr. L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 390.

⁶ La citazione è ormai classica: M. NIGRO, *Il giudice amministrativo signore della prova*, in *Il Foro Italiano*, 1967, 9 ss.

⁷ A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal D. Lgs. n. 80/1998 e dalla l. n. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 907 ss.

⁸ Per il temperamento del libero convincimento attraverso il riferimento all'allegazione dei fatti effettuata dalle parti come "confine" per la ricerca della prova, cfr. L. GIANI, *La fase istruttoria*, 391 ss. Il giudice amministrativo, tuttavia, si spinge non di rado a contrastare i poteri delle parti come nell'ordinanza del TAR Puglia - Bari n. 53/2018, nella quale, infatti, il Collegio, pur a fronte della espressa rinuncia di parte ricorrente all'istanza istruttoria, ha chiesto documentati chiarimenti sui titoli dichiarati dal controinteressato, ponendo in capo a quest'ultimo l'incombente istruttorio.

ministrativo, passando attraverso le fondamentali tappe del D.L.vo n. 80/1998 e della L. n. 205/2000. L'assetto descritto non è esente da critiche e la disciplina introdotta dal c.p.a. può leggersi come un'occasione mancata. Proprio il principio del libero convincimento avrebbe imposto, infatti, una regolamentazione rigorosa, per non tradursi in arbitrio, ma rappresentare un potere pur sempre suscettibile di controllo razionale.

La portata di tali interventi normativi è, comunque, di rilevante impatto e, in particolare, per l'aspetto che qui interessa, dilata il novero degli strumenti istruttori del giudice amministrativo, avvicinando sotto questo aspetto le tre giurisdizioni del giudice amministrativo (generale di legittimità, di merito ed esclusiva), ponendo almeno le basi per lo sviluppo di una istruzione probatoria processuale, nel dichiarato obiettivo di rendere più effettiva la tutela.

Per quanto qui interessa, gli strumenti istruttori idonei ad indagare i profili tecnici della decisione amministrativa oggetto del sindacato del giudice amministrativo, sono le verificazioni e la consulenza tecnica d'ufficio, in base alla disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo. Sul punto si tornerà più ampiamente nel prosieguo della trattazione⁹.

Fatte queste brevi notazioni sul libero convincimento e sul sistema istruttorio, è opportuno rilevare come da un punto di vista normativo, con riferimento al contenuto e alla formulazione delle norme, si assista ad una progressiva erosione dell'area della politica a vantaggio della tecnica, ciò fa sì che il giurista sia sempre meno in grado di comprendere appieno il significato della norma di azione e l'amministratore debba ricorrere ad ausili tecnici per la sua applicazione.

3. La parabola ascendente del sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. discrezionalità tecnica.

Il sindacato di legittimità, volto a verificare appunto il rispetto da parte della pubblica amministrazione della norma di azione, deve misurarsi con i crescenti contenuti tecnici delle norme stesse. Tale sindacato, emblematicamente rappresentato dall'alterità concettuale tra accertamenti tecnici e discrezionalità tecnica, è stato interessato da un complesso percorso evolutivo, caratterizzato da vere e proprie mutazioni del concetto di discrezionalità tecnica e dalla progressiva estensione del sindacato del giudice amministrativo.

Concetto estremamente controverso a partire dalla sua denominazione, la c.d. discrezionalità tecnica¹⁰ ha conosciuto nel tempo una estrema mutevolez-

⁹ V. *infra* par. 3.

¹⁰ La bibliografia sul tema è assai copiosa; i riferimenti imprescindibili nella dottrina più risalente sono F.

CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 16 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, 997 ss.; C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 64 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MORTATI, *Voce Discrezionalità*, in *Nss. Dig.*, vol. V, Torino, 1968, pp. 1108 ss.; P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità amministrativa per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, vol. V, Padova, 1970, pp. 163 ss. In tempi più recenti, E. CAPPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 278 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, 247 ss., altresì pubblicato in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet* cit., 405 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss.; G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Politica del diritto*, 1989, 2, 347 ss.; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione nel sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. St.*, 1992, 1565 ss.; G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario: un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1, 158 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Successivamente alla "svolta" giurisprudenziale si apertura al sindacato L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica (Nota a T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 12 maggio 1997, n. 586)*, in *Foro amm.*, 1997, 6, 1727 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1101 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss.; P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 2587 ss.; S. SPINELLI, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 3272 ss.; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1385 ss.; A. MILONE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 5, 1342 ss.; C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 1185 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 983 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439-60 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 N. 205*, in *Dir. Amm.*, 2005, 659 ss.; C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 1359 ss.; C. FALITI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla discrezionalità tecnica con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta nelle gare d'appalto*, in *Giur. merito*,

za dei propri confini dogmatici, sotto due fondamentali profili: la distinzione dalla discrezionalità amministrativa o pura; l'area della sua sindacabilità.

Sullo sfondo la ricordata disciplina dei poteri istruttori.

La c.d. discrezionalità tecnica¹¹ comprende – in senso ampio – le ipotesi in cui le norme che disciplinano l'esercizio del potere comprendono concetti per la cui determinazione la pubblica amministrazione deve ricorrere a scienze extragiuridiche, come accade, per usare un esempio classico, nel caso in cui si ponga il problema della tossicità di una determinata sostanza.

È forse uno dei temi sui quali maggiormente si constata che lo studio del diritto amministrativo fuoriesce dalla alternativa secca tra *ubi remedium ibi ius* e *ubi ius ibi remedium*, per compendiarsi, invece, nella locuzione *ius et re medium*, che indica che diritto sostanziale e tutela si nutrono e si condizionano reciprocamente senza che sia possibile né opportuno stabilire un rapporto di derivazione nell'una o nell'altra direzione¹².

A conferma di ciò, basti sinteticamente considerare che storicamente sono state fondamentalmente due le ragioni che hanno determinato una ridotta sindacabilità della c.d. discrezionalità tecnica. Una ragione di ordine sostanziale, che l'ha considerata come afferente al merito, nel senso di “fatto”, in quanto tale sottratto all'area della sindacabilità ed una di ordine processuale la

2007, 1141 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 791 ss.; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, 823 ss.; A. PRONTERA, *L'agire discrezionale dell'Amministrazione. Tra “vuoti” e “pieni” normativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 278 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 133 ss.; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 385 ss.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 513 ss.; F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 2013, 694 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 705 ss. G. C. DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 2016, n.7; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it.

¹¹ Il “c.d.” rappresenta il doveroso e condiviso riferimento all'insegnamento di M. S. Giannini, secondo il quale l'espressione “discrezionalità tecnica” sia frutto di un errore storico, perché mediante il ricorso a regole tecniche l'amministrazione opera giudizi a contenuto scientifico e non compie operazioni di tipo valutativo, non compie, in altri termini, scelte. In questo senso deve negarsi che la c.d. discrezionalità tecnica possa afferire al merito, perché non coinvolge la ponderazione degli interessi rispetto all'interesse pubblico. In sintesi, la discrezionalità amministrativa è giudizio e volontà, la discrezionalità tecnica è solo giudizio.

¹² Si v. sul punto E. FOLLIERI, *L'insegnamento globale del diritto amministrativo (ius et remedium)*, in *Studium Iuris*, 2004, 709 ss.

mancanza di strumenti istruttori idonei.

Occorre, a questo punto, dar conto sinteticamente dell'evoluzione della nozione e del sindacato. E i due profili sopra evidenziati si intersecano.

Infatti, per comprendere la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, l'indagine sull'individuazione dei confini teorici tra l'una e l'altra ipotesi, ha ad oggetto principalmente i rispettivi limiti di sindacabilità giurisdizionale, «giacché il profilo definitorio [...] e quello della tutela in sede processuale sono così strettamente connessi da esser risultati reciprocamente elementi di condizionamento della stessa riflessione giuridica ed evoluzione giurisprudenziale dell'uno e dell'altro profilo»¹³.

La dottrina tradizionale sulla discrezionalità tecnica mostra un quadro assai complesso, caratterizzato da una molteplicità di posizioni teoriche, cui consegue un diverso dimensionamento della tutela giurisdizionale¹⁴.

La *summa divisio* tra le diverse teoriche in tema di discrezionalità tecnica si fonda sulla sussistenza o meno di un potere di scelta dell'amministrazione: da un lato si ritiene che l'amministrazione operi una scelta applicando criteri e regole di una scienza o di una tecnica¹⁵, dall'altro si ritiene che sia del tutto escluso un margine di scelta, poiché l'applicazione della regola tecnica consente di pervenire a risultati certi ed univoci e non implica esercizio potere discrezionale¹⁶. In altri termini, il *discrimen* è rappresentato dalla presenza o

¹³ L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nota a TAR Lombardia, sez. III, 12.5.1997, n. 586, in *Foro amm.*, 1997, 1730; nel medesimo senso D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 204, che osserva come "le due vicende si intrecciano in modo così complesso e vischioso che risulta per lo più difficile quanto gli aspetti inerenti al dato sostanziale abbiano influito sull'atteggiarsi del suo regime giuridico e quanto invece intrinseche esigenze di carattere giurisdizionale abbiano pesato nella stessa ricostruzione teorica del fenomeno".

¹⁴ In realtà, stanti le incertezze sulla possibilità di ricondurre ad essa uno speciale regime giuridico, si potrebbe contestare la stessa autonomia giuridica del concetto. Così E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1983, 278, sottopone la discrezionalità tecnica ai medesimi limiti di sindacabilità della discrezionalità amministrativa; nella medesima direzione si muovono le riflessioni di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. It.*, cit. Per l'insindacabilità della discrezionalità tecnica, in quanto attinente al merito, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 24 ss.; nel medesimo senso, ma in ragione della irripetibilità del giudizio V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 475 ss.

¹⁵ In giurisprudenza cfr. tra le altre, Cons. Giust. Amm. Sicilia, 25.6.1990, n. 186, in *Foro amm.*, 190, 1514; la medesima posizione è stata confermata da Cons. Stato, sez. IV, 9.4.1999, n. 606, in *Gazz. giur.*, n. 23/1999, 55. Secondo O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., si tratta di una scelta che coinvolge la valutazione dell'interesse pubblico ed in questo senso risulta omogenea alla discrezionalità amministrativa.

¹⁶ Vi è largo consenso in dottrina sulla disomogeneità tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: si parla di scelta operata in base a criteri e regole di una scienza o di una tecnica (G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di GUARINO, Milano, 1983, 207; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, Milano, 1995, 10; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità*

meno di un momento volitivo dopo quello conoscitivo: nel primo caso discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica si differenzerebbero solo in relazione all'oggetto, *rectius* ai criteri sui quali si fonda la scelta, nel secondo caso esse sarebbero due entità del tutto disomogenee, concretando solo la prima e non la seconda una scelta in capo all'amministrazione.

In realtà, nel quadro dottrinario attuale¹⁷ si è concordi nell'affermare la disomogeneità tra le due nozioni, tanto da criticare la stessa locuzione "discrezionalità tecnica"¹⁸. Discrezionalità amministrativa o pura e discrezionalità tecnica si pongono su un piano di netta separazione da un punto di vista concettuale, ma l'equivoco di fondo, che ancora pervade le riflessioni e condiziona le decisioni giurisprudenziali è legato alla maggiore o minore opinabilità dei risultati derivanti dall'applicazione delle regole "tecniche"¹⁹.

amministrativa (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 411) o più in generale di categorie o cognizioni specialistiche (G. BARONE, *Discrezionalità, I Diritto amministrativo (voce)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 8; non ravvisano un potere di scelta (*rectius* esercizio di discrezionalità) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 56, per il quale l'attività amministrativa si esaurisce nel momento conoscitivo), F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1995, 67; C. MARZUOLI, *Potere*, cit., che parla di un potere riservato di valutazioni tecniche. Parlano, poi, di attività vincolata, nei casi in cui l'effetto giuridico discende direttamente dall'accertamento tecnico, G. GUARINO, *op. cit.*, 207; E. CASETTA, *Attività amministrativa (voce)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 530; in quest'ambito si preferisce ricorrere ad altre espressioni, quali accertamenti tecnici, accertamenti tecnici, apprezzamenti e giudizi tecnici, concetti sui quali si tornerà nel prosieguo della trattazione.

¹⁷ Il quadro dottrinario attuale fa tesoro degli insegnamenti della dottrina tradizionale e dei più recenti studi di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.

¹⁸ Per tali posizioni rappresenta sempre un fondamentale punto di riferimento M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 42.

¹⁹ Rammenta R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, 1401, come sul piano epistemologico nessuna scienza sia capace di fornire risultati obiettivamente sicuri. Su altre basi, ma nel medesimo senso, cfr. G. PELEGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario*, cit., 186, il quale osserva che "sostenere l'esistenza di un principio dell'ordinamento che attribuisce rilevanza giuridica ad un fenomeno tecnico in ragione della sua estraneità alla fissazione e alla composizione di interessi (...) implica comunque l'adesione all'idea per cui, in linea di principio, la scienza e la tecnica possono rappresentarsi come forme di conoscenza asettiche, separate dalla politica, avulse dal contesto sociale e dagli interessi che ne percorrono la dimensione"; e tale neutralità risulta indimostrata, finanche con riferimento alle c.d. "scienze esatte", le quali, da un lato non esauriscono il fenomeno della discrezionalità tecnica, dall'altro non sembrano, comunque, condurre a risultati certi. Cfr. anche L. PERFETTI, *Il sindacato*, cit., 1738 ss. Sulla distinzione tra scienze esatte e non esatte v. N. ABBAGNANO, *Scienze (classificazione delle)*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, 755. Avverte M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 56 - per il quale, come si è detto, la discrezionalità tecnica si esaurisce nel momento conoscitivo - che "sino a quando le scienze di cui si applicano le regole danno risultati sufficientemente certi (l'assolutamente certo è noto che non esiste, se non a livelli empirici), i giudizi sono correlativamente certi. Ma se la materia è solo relativamente certa, o addirittura opinabile, altrettanto divengono i giudizi. Sicché se in astratto i giudizi tecnici dovrebbero essere sempre dei giudizi di

Sul piano della sindacabilità giurisdizionale sono stati individuati tre filoni dottrinali²⁰: il primo che riconduce l'insindacabilità della discrezionalità tecnica al fatto che essa attenga all'area del merito amministrativo; il secondo, che considera la discrezionalità tecnica come espressione di un potere riservato, ne riconosce una limitata sindacabilità, potendosi accertare la corretta applicazione delle regole tecniche con i modelli del sindacato sull'eccesso di potere²¹, fermo restando il divieto per il giudice di sostituirsi alla pubblica amministrazione; un terzo orientamento afferma la piena sindacabilità della discrezionalità tecnica perché ritiene insussistente un potere riservato²², ovvero perché si tratta di mera attuazione della legge²³.

In realtà, occorre ancora una volta distinguere diverse ipotesi. Vi sono, infatti, fattispecie in cui la regola tecnica consente di pervenire ad un risultato certo, cui la legge riconduce direttamente un certo effetto giuridico, in cui si tratterà di sindacare un potere vincolato: la valutazione non potrà che essere giusta o sbagliata e non vi è alcuna scelta ulteriore dell'amministrazione, dal momento che è la legge a determinare le conseguenze giuridiche²⁴. Vi sono ipotesi, poi, nelle quali la scelta tecnica – conduca essa ad un risultato certo ovvero opinabile – costituisce il presupposto di una successiva scelta discrezionale, cui si appunterà il sindacato giurisdizionale secondo il consueto canone della ragionevolezza. Vi sono, infine, ipotesi in cui la legge rinvia a discipline extragiuridiche, ma di tipo opinabile e ricollega un dato effetto giuridico alla scelta tecnica effettuata, rimettendo, in sostanza, la decisione amministrativa all'organo tecnico.

Per lungo tempo la giurisprudenza è stata ben lungi dall'offrire chiare indicazioni relative al profilo definitorio²⁵: nonostante ripetuti tentativi di segnare

esistenza, in concreto essi possono talora divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici, in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale”.

²⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione*, cit., 214 ss.; R. VILLATA, *L'atto*, cit., 1403.

²¹ G.A. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 1993, 173 ss.

²² F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 313.

²³ V. CERULLI IRELLI, *Note*, cit. 475.

²⁴ L. PERFETTI, *Il sindacato*, cit., 1739

²⁵ Secondo D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, *Commento a Cons. Stato, sez. IV, 20.10.1997, n. 1212*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/1998, 331, la giurisprudenza è rimasta per lungo tempo legata all'idea che la discrezionalità tecnica non sia altro che un tipo particolare di discrezionalità amministrativa (v., in particolare, nota n. 1, anche per i rinvii bibliografici), cui si collega la sostanziale identità di trattamento in relazione ai poteri del giudice (nota 13). In quel quadro non appariva superabile l'incertezza sulla distinzione tra “attività valutativa discrezionale in senso stretto (in quanto avente ad oggetto una valutazione comparativa tra interessi) e attività discrezionale c.d. tecnica (in quanto diretta alla valutazione di un fatto di qualificazione opinabile)” (334). Per il superamento di tali posizioni da parte delle giurisprudenza si v. *infra* nel testo.

una linea di confine tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, il giudice amministrativo – quando non ha escluso il sindacato sulla discrezionalità tecnica, inquadrandola nel merito amministrativo²⁶ – ha costantemente adottato per entrambe i medesimi strumenti di controllo, talvolta riducendo l'ambito del sindacato della discrezionalità tecnica alle sole ipotesi di travisamento dei fatti ed illogicità manifesta²⁷. In sostanza la giurisprudenza amministrativa ha manifestato la tendenza a svalutare la distinzione, lasciando emergere una differenza solo quantitativa tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica²⁸.

Il problema assume in realtà portata generale, potendosi riscontrare a livello normativo un passaggio complessivo dalla discrezionalità amministrativa alla discrezionalità tecnica²⁹; in ogni caso il momento valutativo pone il problema

²⁶ In TAR Sicilia Palermo, sez. I, 4.4.1992, n. 118, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 278, si afferma che “la discrezionalità tecnica comporta un potere di valutazione dei fatti – costituenti presupposto dell'azione amministrativa – alla stregua di conoscenze o regole tecniche e scientifiche, per cui il suo esercizio attiene al merito e non alla legittimità dell'attività della p.a.; da ciò si deduce che gli atti predetti sono sottratti in via generale al sindacato del giudice di legittimità”. Per un'ampia disamina della giurisprudenza si v. L. PERFETTI, *Il sindacato*, cit., 1733 ss.

²⁷ Si vv., senza pretesa di completezza, Cons. Stato, sez. V, 20.12.1995, n. 1773, in *Foro amm.*, 1995, 2689; Cons. Stato, sez. V, 30.3.1993, n. 442, in *Cons. Stato*, 1993, I, 365; Cons. Stato, sez. VI, 22.12.1993, n. 1022, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 889. *Contra* TAR Lombardia Milano, sez. II, 1.4.1988, n. 90, in TAR, 1988, I, 1594 che – in relazione ad una ipotesi di giurisdizione esclusiva – afferma la piena sindacabilità della discrezionalità tecnica nei casi in cui l'applicazione delle regole tecniche conduca a risultati tendenzialmente univoci.

Per quanto riguarda, poi, il giudice ordinario, è ben noto che la nozione di discrezionalità tecnica abbia rappresentato lo strumento principale attraverso il quale superare l'insindacabilità del potere discrezionale, sul presupposto che la sussistenza di poteri di valutazione tecnica in capo alla pubblica amministrazione non facesse venir meno il diritto soggettivo; cfr. E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 90 ss.; in giurisprudenza v. Cass., Sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11305. La distinzione tra accertamenti tecnici e discrezionalità tecnica è stata di recente utilizzata in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 20.10.1997, n. 1212, cit.) come criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Si tratta di un approccio singolare per il giudice amministrativo, ma tipico del giudice ordinario che ricollega l'interesse legittimo all'attività discrezionale, il diritto soggettivo all'attività vincolata. Parte minoritaria della dottrina ritiene che di fronte all'attività vincolata non possano esservi interessi legittimi (E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1983, 279 ss.); sul punto, in termini critici, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 28 ss. In realtà, sia in giurisprudenza che in dottrina si ritiene che la situazione giuridica soggettiva non muta in dipendenza del carattere vincolato o meno del potere: se c'è un potere in senso proprio, esso fronteggia sempre un interesse legittimo; in tal senso D. DE PRETIS, *Commento*, cit., 333.

²⁸ Così Cons. Giust. Amm. Sicilia, 25.6.1990, n. 186, cit., che le distingue soltanto in relazione all'oggetto.

²⁹ Parla di giuridicizzazione delle regole scientifiche F. BASSI, *Note sulla discrezionalità tecnica*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. AMOROSINO, Milano, 1995, 55 ss. Sul punto cfr. anche E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 12.

della sostanza autoritativa del potere esercitato e quello conseguente della tutela delle situazioni giuridiche soggettive³⁰.

Va considerato, però, sin d'ora e in vista delle conclusioni, che la valutazione tecnica è finalizzata all'individuazione della sussistenza dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere di provvedere³¹ e in teoria «non vi è nulla che osti ad una piena conoscenza dei fatti da parte del giudice di legittimità»³². La domanda di tutela delle situazioni giuridiche soggettive che fronteggiano poteri di valutazione tecnica si è scontrata nel tempo – come ricordato – con la tradizionale ritrosia dello stesso giudice amministrativo di pervenire ad un accesso al fatto e con la carenza di adeguati mezzi istruttori³³.

Le istanze della dottrina per una riconsiderazione dell'argomento furono accolte in una importante sentenza del Consiglio di Stato³⁴, che “varò” il nuovo corso, aprendo al sindacato. La pronuncia in esame opera una distinzione tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, precisando che l'applicazione di una norma tecnica «può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario

³⁰ Sul punto si v. P. LAZZARA, “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 212 ss. Peraltro, deve tenersi conto anche del diritto comunitario e della sua tendenziale neutralità quanto alla dimensione della tutela giurisdizionale, dovendo esso influire solo sul piano sostanziale (cioè delle situazioni giuridiche soggettive); sul punto cfr. M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *www.giust.it*; P. LAZZARA, *op. cit.*, 245 ss.; R. CARANTA, *Nuove questioni su diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1993, III, 663; ID, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; G. SANTANIELLO, *Le situazioni soggettive del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1209; G. B. VERBARI, *Limiti e carenze dell'istruttoria nel processo amministrativo alla luce della normativa comunitaria, della legge n. 241 del 1990 e del decreto legislativo n. 29 del 1993*, in *Problemi del processo amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, Venezia, 1997, 61.

³¹ Precisa, infatti, B. E. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, nota a Cass., Sez. un., 22 settembre 1997, n. 9344, in *Foro it.*, 1998, 1566 ss., che “la Cassazione ritiene possibili in sede di legittimità sia l'interpretazione di norme che contengono concetti indeterminati, sia l'accertamento autonomo dei fatti e la loro diretta sussunzione entro lo schema normativo. L'unico limite che la Cassazione pone a questo sindacato è che esso rimanga strettamente funzionale all'accertamento della legittimità o illegittimità dell'atto impugnato” (1572). Per un'ampia elaborazione sui concetti indeterminati v. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

³² D. DE PRETIS, *Valutazione*, cit., 699.

³³ Uno degli ambiti in cui il tema della discrezionalità tecnica ha rappresentato un banco di prova sia per gli aspetti sostanziali che per quelli processuali è stato quello delle offerte anomale nei contratti pubblici, su cui sia consentito rinviare a F. CANGELLI, *Le offerte anomale tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Cons. St.*, 2001, IV, 703. È proprio, infatti, in materia di offerte anomale che la giurisprudenza è pervenuta ad affermare per la prima volta l'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione generale di legittimità. Si fa riferimento alla sentenza del TAR Lombardia, 12.5.1997, n. 586, cit.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 9.4.1999, n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 182, con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* e P. LAZZARA, “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive, cit.

apprezzamento quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili, ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità³⁵. Su tali basi non sembra ragionevole l'esistenza di una "riserva di amministrazione" sulle valutazioni tecniche che costituiscono presupposti di fatto dell'azione amministrativa, pertanto il sindacato sugli apprezzamenti tecnici «può svolgersi [...] 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 e a procedimento applicativo».

Si supera finalmente la prospettiva del sindacato di tipo estrinseco sulla discrezionalità tecnica attraverso l'eccesso di potere, cioè sulla ragionevolezza e sulla logica del procedimento tecnico, in particolare sulla coerenza tra presupposti e conclusioni e sulla correttezza formale del procedimento tecnico e delle regole applicate; si "vara", quindi, il nuovo corso, negando che sussista eccesso di giurisdizione per sconfinamento nel merito, quando il giudice amministrativo sia chiamato a indagare sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato, segnando una dilatazione dei poteri del giudice amministrativo e un avvicinamento al tipo di sindacato effettuato dal giudice ordinario.

Si transita, definitivamente, da un controllo meramente estrinseco (logica astratta e procedimenti applicativi) ad un controllo intrinseco del criterio tecnico prescelto e della sua applicazione, quindi, in sostanza si perviene a sindacare l'attendibilità della soluzione tecnica confluita nella decisione amministrativa.

4. Le progressive, parallele aperture sul versante processuale.

Il problema, però, non era solo aprire la via al sindacato sulle valutazioni tecniche o, in altri termini, consentire al giudice amministrativo l'accesso al fatto, ma soprattutto quello conseguente di munirlo degli adeguati strumenti processuali per pervenire a tale sindacato³⁶.

³⁵ Ma cfr. Cass., Sez. un., 5 agosto 1994, n. 7261, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1920, secondo cui non sono ipotizzabili sconfinamenti nella sfera del merito quando il giudice amministrativo "indaghi sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato"; nella sentenza è, inoltre, affermato che "Anzi, il potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato viene considerato lo specifico della giurisdizione generale di legittimità".

³⁶ L. PERFETTI, *Il sindacato*, cit. 1745, ma cfr. *amplius*, V. DOMENICHELLI, *Per un processo amministra-*

Una prima, significativa, apertura da parte della giurisprudenza si ebbe con una decisione del TAR Lombardia³⁷, in cui per la prima volta venne disposta una consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione generale di legittimità.

La consulenza tecnica d'ufficio rappresenta, come è noto, un mezzo di autonoma valutazione del fatto e costituisce per questo un incisivo strumento per sindacare le valutazioni tecnico-discrezionali³⁸; la sua esclusione dal novero degli strumenti a disposizione del giudice amministrativo nella giurisdizione generale di legittimità era legata alla "esigenza di garantire all'amministrazione la riserva degli apprezzamenti discrezionali"³⁹.

Sul piano sostanziale si osserva che «la cognizione in sede giurisdizionale non può ritenersi limitata all'accertamento dei vizi dell'atto e al solo sindacato esterno di quest'ultimo»⁴⁰. Sul piano processuale si afferma che l'esperibilità della consulenza tecnica non deve ritenersi esclusa dalla circostanza che si verta in tema di discrezionalità tecnica, poiché, al contrario, ci si porrebbe in contrasto con il principio della parità delle posizioni processuali, la cui effettività è strettamente legata all'esistenza di un adeguato regime probatorio⁴¹. Peraltro, non sono riscontrabili ostacoli di ordine teorico: il principio acquisitivo - secondo il quale gli incumbenti istruttori sono a carico della parte che più facilmente è in grado di esperirli - non sembra contraddetto dall'ammissione della consulenza tecnica nel processo amministrativo, poiché il giudice potrà acquisire «i fatti che la parte ha introdotto nel giudizio, sia fornendone la prova che chiedendone la sua assunzione»⁴².

Il giudice amministrativo inizia, quindi, a far proprie le istanze della dottrina circa la sindacabilità della discrezionalità tecnica, da un lato, e l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, dall'altro.

Un primo riconoscimento legislativo della opportunità di dotare il giudice amministrativo di più ampi poteri istruttori venne operato con il D.L.vo 31.3.1998, n. 80, il quale estese la utilizzabilità della consulenza tecnica

tivo paritario, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 417 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.; L. ACQUARONE, *Riflessioni e proposte in tema di riforme del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 155 ss.

³⁷ TAR Lombardia, III, 12.5.1997, n. 586, in *Foro amm.*, 1997, 1725 ss. con nota di L. PERFETTI, cit.

³⁸ L. PERFETTI, *Il sindacato*, cit., 1730.

³⁹ A. TRAVI, *Garanzia*, cit. 575.

⁴⁰ La sentenza in esame richiama testualmente, in proposito, un proprio precedente (TAR Lombardia, sez. III, 16.7.1996, n. 1198, in *Riv. amm. (suppl. lomb.)*, 1997, 235), per affermare che "la circostanza che si verta nella specie in tema di discrezionalità tecnica non esclude l'ammissibilità di tale mezzo di prova".

⁴¹ Per utili indicazioni sui modelli processuali di altri Paesi v. L. PERFETTI, *Il sindacato*, cit. 1746, in particolare nota 49.

⁴² L. PERFETTI, *op. et loc. cit.*

d'ufficio nelle materie attribuite dallo stesso decreto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Fondamentale, poi, una successiva pronuncia della quarta sezione del Consiglio di Stato⁴³, che rimette alla Corte Costituzionale la questione relativa alla esperibilità della consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione generale di legittimità. Si afferma che il giudice amministrativo deve disporre di «strumenti istruttori adeguati per sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche svolte dall'amministrazione (...). Né ciò implica sostituzione, nei casi dubbi od opinabili, del giudizio del giudice (...) a quello dell'Amministrazione. [...] [Q]uando il risultato della verifica giudiziale si sia positivamente concluso, nel senso che il giudizio tecnico dell'Amministrazione risulti corretto pur se opinabile, anche il sindacato giudiziale di legittimità deve ritenersi positivamente esaurito, nel senso della legittimità del provvedimento finale».

Al dibattito dottrinale e alle oscillazioni della giurisprudenza sembra aver posto fine il legislatore con l'approvazione della L. 21.7.2000, n. 205, recante «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa», che all'art. 16 dispone l'esperibilità della consulenza tecnica nella giurisdizione generale di legittimità, aggiungendo all'art. 44 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato le parole «ovvero disporre consulenza tecnica».

L'impianto descritto ha, poi, trovato definitivo e generale accoglimento nel Codice del processo amministrativo che avalla, con apposita disciplina processuale, le descritte esigenze istruttorie, preordinate a che le valutazioni tecniche operate dalla pubblica amministrazione nello svolgersi dell'attività di perseguimento del pubblico interesse, vengano incise dall'instaurazione di un sindacato vertente sulla loro effettiva coerenza con la realtà fattuale.

Invero, ciò risulta possibile attraverso l'attivazione di due diversi mezzi istruttori: verifica e consulenza tecnica d'ufficio. L'esecuzione di una verifica è disposta dal G.A. ogni qual volta sia ritenuto «necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche» (art. 63, co. 4). L'art. 66 si limita, poi, a prescrivere, al primo comma, che «Il collegio, quando dispone la verifica, con ordinanza individua l'organismo che deve provvedervi, formula i quesiti e fissa un termine per il suo compimento e per il deposito della relazione conclusiva. Il capo dell'organismo verificatore, o il suo delegato se il giudice ha autorizzato la delega, è responsabile del compimento di tutte le operazioni». Giova inoltre specificare che detta ordinanza va «comunicata dalla segreteria all'organismo verificatore» (co. 2) e che, a norma dell'art.19, comma 2, tale

⁴³ Cons. Stato, sez. IV, 17.4.2000, n. 2292 (ord.), in *Cons. Stato*, 2000, I, 987 ss.

organismo deve essere «pubblico, estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche». La disposizione in rilievo eleva, quindi, ad oggetto di verifica il vaglio della veridicità propria di ogni decisione tecnico-scientifica compiuta dalla PA.

La disciplina codicistica della consulenza tecnica d'ufficio rivela un impianto sensibilmente diverso. Al giudice amministrativo è consentito avvalersi dell'assistenza di consulenti tecnici unicamente nei casi in cui egli lo ritenga "indispensabile" (artt. 19, co. 1, e 63, co. 4)⁴⁴.

Oltre alla graduazione nella opzione tra i due mezzi istruttori e ai profili relativi al soggetto cui affidarli⁴⁵, residua secondo la dottrina una differente natura, che le renderebbe tra loro infungibili⁴⁶: la verifica sarebbe utilizzabile per i meri accertamenti tecnici, la consulenza tecnica d'ufficio nei casi di vera e propria discrezionalità tecnica. Sulla distinzione si tornerà diffusamente più avanti nel testo, ma ad avviso di chi scrive la questione rischia di essere meramente terminologica e contrapporre o distinguere indebitamente tra loro entità omogenee (valutazioni tecniche semplici ovvero complesse) che differiscono per il solo aspetto quantitativo.

Il perpetuarsi delle distinzioni in dottrina e nella disciplina processuale contribuisce a rendere abbastanza raro e non sempre correttamente configurato l'uso della consulenza tecnica da parte del giudice amministrativo⁴⁷.

⁴⁴ Al riguardo, L. GIANI, *La fase istruttoria* cit., 386-387, afferma che, "A differenza del previgente sistema, nel quale, a seguito della introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, parte della dottrina e la stessa giurisprudenza avevano riconosciuto una sostanziale equivalenza in termini di efficienza probatoria tra i due mezzi istruttori, delimitandone [...] i rispettivi ambiti applicativi, nel Codice di fatto viene stabilita una graduazione tra di essi. E ciò in contrasto con le acquisizioni proprie del sistema processuale civile nel quale non esiste una gerarchia in ordine alla efficacia delle prove che sono rimesse all'apprezzamento (prudente) del giudice. Mentre la verifica può, infatti, essere disposta nella generalità dei casi, il giudice può fare ricorso alla consulenza tecnica soltanto qualora lo ritenga indispensabile".

⁴⁵ Secondo E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, p. 890, secondo cui "La verifica è affidata a un organismo pubblico, munito di specifiche competenze tecniche ed estraneo alle parti del giudizio".

⁴⁶ Cfr. sul punto G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, par. 5; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 268-269, il quale coerentemente afferma che quale "non è normalmente un mezzo di prova: non dovrebbe servire a dimostrare la verità di un fatto storico, ma dovrebbe consentire di acquisire gli elementi tecnici necessari per comprendere il significato e il valore di quel fatto".

In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. VI, 5/1/2015, n. 11, "La differenza tra verifica e consulenza consiste, oltre che nella differenza del soggetto che la effettua, nel fatto che la prima non è diretta ad esprimere valutazioni e a fornire un giudizio tecnico, ma si limita alla natura di mero accertamento tecnico".

⁴⁷ È curioso, tuttavia, che in alcuni filoni giurisprudenziali si affermi a chiare lettere che è difficile individuare il limite netto oltre il quale il controllo sulla ragionevolezza della scelta sconfini nel sindacato di merito ed è impossibile definire aprioristicamente le possibilità concrete di utilizzazione della consulenza tecnica d'ufficio. La ridotta potenzialità del mezzo nelle mani del giudice amministrativo.

Si supera, in tal modo, la classica alterità concettuale tra verificazioni e consulenze e i conseguenti rispettivi limiti applicativi: le verificazioni erano, in quel contesto esperibili nel giudizio di legittimità nell'ambito del sindacato sul provvedimento amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere per carenza o errore sui presupposti, mentre le perizie e consulenze introducendo un apprezzamento tecnico che costituisce manifestazione di discrezionalità erano ammissibili esclusivamente nel giudizio di merito, esteso ai profili fattuali e al sindacato sull'opportunità e sulla convenienza del provvedimento impugnato.

5. I limiti esterni alla giurisdizione: valutazioni, accertamenti e scelte nelle decisioni a contenuto tecnico.

Decisive, per l'inquadramento dogmatico e per la crescita complessiva del sindacato, le decisioni susseguitesi negli ultimi anni delle Sez. un. Civili della Corte di cassazione, le quali, pronunciandosi sulla giurisdizione del giudice amministrativo, ne hanno efficacemente definito i limiti esterni⁴⁸.

Giova offrirne un quadro di sintesi.

La sindacabilità delle decisioni del giudice amministrativo per motivi inerenti alla giurisdizione sussiste soltanto laddove sia riscontrabile un eccesso di potere giurisdizionale, quando, in altri termini, il giudice amministrativo, «eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso»⁴⁹.

vo emerge in trasparenza quando si provi a dare lettura dei quesiti posti al consulente da giudice amministrativo. Si rischia in definitiva di sfumare la distinzione tra verificazioni e consulenza (v. Cons. Stato, sez. IV, n. 6965/2004) e, di conseguenza, la portata realmente innovativa della novella (del 2000, confluita nel Codice) se si eccettua il profilo del soggetto chiamato a renderla.

⁴⁸ Tra le più significative, Cass., Sez. un., Civili, sentenza 27 marzo - 22 maggio 2012, n. 8071; Id., Sez. un., 21 giugno 2010 n. 14893; Id., Sez. un., 9 maggio 2011 n. 10065 cfr. anche Id., Sez. un., 19 dicembre 2011 n. 27283; Id., Sez. un., 9 novembre 2011 n. 23302; Id., Sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622; Id., Sez. un., civ. n. 8071 del 22 maggio 2012; Id., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

⁴⁹ Secondo Cass., Sez. un., 9 novembre 2011 n. 23302, cit. «le decisioni del giudice amministrativo sono viziata per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della

In questo quadro le valutazioni tecniche sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, quando ciò non comporti una “invasione” della sfera del merito amministrativo.

L’affermazione merita una riflessione attenta sul dato terminologico e sulle categorie giuridiche coinvolte.

Un punto fermo e invalicabile è rappresentato dal divieto di sostituzione della decisione del giudice a quella riservata per legge all’amministrazione. In ogni caso, dunque, il giudice amministrativo non può operare una scelta, sovrapponendo la sua nuova e autonoma ponderazione di interessi a quella effettuata dalla pubblica amministrazione⁵⁰.

Su questo aspetto parte della dottrina sconta un parziale errore di prospettiva. Le decisioni a contenuto tecnico – come osservato alla stregua della dottrina tradizionale – a stretto rigore concreterebbero soltanto il momento del giudizio e non quello della scelta. Il giudizio si distingue, poi, in giudizio tecnico in senso stretto e giudizio di valore, facendo corrispondere al primo un sindacato di tipo forte e al secondo un sindacato di tipo debole.

In parallelo ai due tipi di sindacato – legati, come noto – alla maggiore o minore opinabilità delle scienze di riferimento, si assiste a un’accentuata confusione terminologica che rischia di alterare indebitamente i termini della riflessione dogmatica.

Vi è chi ritiene che l’operazione compiuta dal giudice amministrativo nel caso di sindacato di tipo forte sia definibile in termini di accertamento e dia per questo luogo a un sindacato pieno, poiché si tratterebbe di accertare, appunto, la sussistenza di uno o più elementi fattuali, la cui erronea valutazione ha falsato la decisione tecnica assunta dalla pubblica amministrazione. Tale lettura

opportunità e convenienza dell’atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell’annullamento, esprima la volontà dell’organo giudicante di sostituirsi a quella dell’Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all’esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso”. E ancora Cass. Sez. un., civ., n. 8071 del 22 maggio 2012, cit., “le valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi...sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo – senza che ciò comporti un’invasione della sfera del merito amministrativo. (...) le decisioni del giudice amministrativo sono viziatae per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell’atto, ovvero “quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell’annullamento, esprima la volontà dell’organo giudicante di sostituirsi a quella dell’Amministrazione”.

⁵⁰ Peraltro la corte di giustizia CE 21.1.1999, C-120/1997 evidenzia come per il diritto comunitario il giudice debba poter sostituire la propria valutazione degli elementi di fatto a quella della pubblica amministrazione.

ra viene, poi, spinta ad estreme ed errate conseguenze quando conduce a legittimare la sostituzione della decisione dell'amministrazione con quella del giudice (eventualmente anche a mezzo di consulenza tecnica d'ufficio).

Nel caso, invece di sindacato di tipo debole si parla di discrezionalità tecnica o di "apprezzamento", sul presupposto che la opinabilità della scienza di riferimento induca una difficoltà nella separazione concettuale tra giudizio tecnico in senso stretto e giudizio di valore. In questi casi - che sottendono la verifica della logicità della scelta - viene espressamente esclusa ogni valenza sostitutiva della decisione del giudice, che tuttavia avrà, comunque, un effetto conformativo sulla futura azione amministrativa⁵¹.

Il quadro descritto non ci trova concordi. La distinzione tra sindacato forte e sindacato debole non rinviene il suo *discrimen* nella possibilità di sostituzione della decisione del giudice a quella dell'amministrazione. Tale elemento, come osservato, deve escludersi in entrambi i casi se non si vuole incorrere nel rischio di eccesso di potere giurisdizionale per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

Così, pare corretto distinguere tra valutazioni tecniche semplici (sindacato forte) o complesse (sindacato debole), con ciò evidenziando che la distinzione operi sul solo piano quantitativo, affermando la sindacabilità di entrambe⁵².

Naturalmente la "struttura" del sindacato e i relativi strumenti saranno differenti, pur nel comune e naturale quadro dogmatico dell'eccesso di potere. Nel primo caso il carattere accertativo del sindacato si avvarrà di quelle figure sintomatiche dell'eccesso di potere legate al fatto o ai presupposti della decisione; nel secondo caso l'accentuazione dei profili propriamente valutativi comporterà l'utilizzo di quelle figure sintomatiche collegate alla logicità e alla

⁵¹ Sulla distinzione tra accertamenti e apprezzamenti nella giurisprudenza amministrativa, sempre attuali le considerazioni contenute in Cons. Stato, sez. IV, ord. N. 2292/2000, con la quale si rimetteva alla Corte costituzionale la questione relativa alla CTU nel processo amministrativo: A ben vedere, la controversa distinzione, di cui si è detto, *tra accertamenti ed apprezzamenti* può ancora avere una propria utilità, ove venga utilizzata per demarcare - alla stregua del contingente stato di sviluppo tecnico-scientifico di ciascuna disciplina nel singolo contesto storico e sulla base della conseguente esistenza, o meno, di regole tecniche univoche, oggettive o neutrali - il confine tra due gruppi di ambiti. L'uno nel quale siano possibili, per quanto applicativamente complesse, misurazioni e valutazioni le cui risultanze costituiscono oggetto, secondo il comune sentire, di generale e convinta accettazione (atti che, convenzionalmente, possono qualificarsi "accertamenti tecnici"), se l'altro in cui ogni misurazione e valutazione assuma necessariamente connotazioni di equivocità, soggettività e "non neutralità", come tipicamente accade per tutti i fenomeni umani, sociali e culturali, definibili, per analoga convenzione, "apprezzamenti tecnici".

⁵² Si afferma in giurisprudenza, in quest'ottica, la sindacabilità de "l'apprezzamento degli elementi di fatto dell'amministrazione, siano essi semplici o complessi", Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 866 e in *www.giust.it*, con nota di G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità*.

coerenza della decisione⁵³.

Appare, poi, evidente, in concreto che un sindacato forte possa creare l'apparenza di una sostituzione, specie per le ipotesi di attività vincolata, ma di sostituzione non potrà trattarsi. Tale evenienza, come è ovvio, non può darsi per le ipotesi di sindacato debole.

Ma mai, secondo la ricordata giurisprudenza di legittimità sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa potrà escludersi ogni forma di sindacato. Infatti, neppure quando perciò si tratti di un atto a contenuto fortemente valutativo si può negare al giudice il potere-dovere di vagliarne la relativa motivazione, nei termini sopra accennati; e, se pure è vero che in siffatte situazioni, esiste il rischio che detto giudice sostituisca indebitamente la propria valutazione a quella dell'amministrazione, per riscontrare un eventuale invasione del merito amministrativo non basta certo soltanto il fatto che il giudice si sia soffermato a soppesare gli argomenti sui quali la motivazione dell'atto impugnato si articolava. Non gli sarebbe altrimenti possibile esprimere alcun giudizio sulla congruità e logicità di quella motivazione e si perverrebbe così all'inammissibile risultato di rendere di fatto insindacabile la decisione⁵⁴.

Il giudice amministrativo sarà, pertanto, chiamato a cogliere la linea di discriminare - talora sottile, ma mai inesistente - tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che invece consiste nella scelta tra diverse possibili opzioni valutative, queste sì inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute. L'insindacabilità della valutazione dell'amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che, peggio ancora, manifesti l'illogicità o la contraddittorietà della loro applicazione nella fattispecie concreta⁵⁵.

⁵³ Secondo Cass., Sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622 "per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto".

⁵⁴ In questi termini, Cass., Sez. un., civ. n. 3622/2012, cit.

⁵⁵ Tale quadro teorico era già presente nelle più attente riflessioni della giurisprudenza amministrativa 2292/2000 "Precludendo al giudice la possibilità, anche astratta, di compiere gli anzidetti riscontri e la "verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo" (C.d.S., IV, n. 601/99, citata), in qualche caso l'interesse legittimo di una parte processuale potrebbe scadere ad oggetto di una tutela meno intensa e rigorosa in violazione del canone di cui all'art. 113, II comma, della Costituzione. Invero, l'annullamento invocato dal ricorrente potrebbe essere talora precluso dall'inesatta ascrizione all'insindacabile ambito del merito anche di quei giudizi dell'amministrazione che, invece, dovrebbero essere frutto esclusivo della corretta

È proprio questo equivoco di fondo che lascia persistere ingiustificate chiusure nella giurisprudenza del giudice amministrativo. Non sempre pare effettivamente accresciuta la dimensione complessiva del sindacato, quando si ribadisce la distinzione tra accertamenti tecnici (controllabili ma abbastanza raramente controllati da GA) e apprezzamenti tecnici (insindacabili in quanto afferenti al merito), in corrispondenza della maggiore o minore esattezza della scienza di riferimento e reciprocamente della minore o maggiore opinabilità della valutazione.

Secondo quanto argomentato, si potrebbe ipotizzare una graduazione, che vede sindacabili nei termini sinora descritti gli accertamenti tecnici e la discrezionalità tecnica, senza che per questo il giudice debba compiere alcun giudizio di ponderazione tra interessi, proprio della sola discrezionalità amministrativa o pura.

Va da sé che nella realtà fenomenica possano darsi ipotesi in cui l'applicazione di regole tecniche coinvolge, valutazioni di opportunità, cioè profili non neutrali rispetto al gioco degli interessi. Un esempio può chiarire: le caratteristiche tecniche di un macchinario o di un qualsivoglia manufatto soddisfano non di rado interessi differenziati, quali la funzionalità, la sicurezza, l'estetica o altro e ovviamente la valutazione del dato strettamente tecnico muta secondo l'interesse ritenuto nel caso concreto prevalente.

Il giudizio tecnico scorretto (e, quindi, probabilmente falso) non può equipararsi a un giudizio di merito forse opinabile, ma scaturente da una corretta applicazione della regola tecnica. Mentre in quest'ultimo caso correttamente il giudice amministrativo dovrà astenersi dal sindacato, perché determinerebbe una invasione del merito amministrativo, nel primo caso è riscontrabile, invece, un vero e proprio vizio di legittimità dell'atto: ciò tanto se la falsità del giudizio derivi dall'applicazione di un criterio tecnico scientificamente riconosciuto inadeguato, quanto se discenda da operazioni materiali non corrette o insufficienti dell'amministrazione che ha operato l'apprezzamento⁵⁶.

5. Criteri, fatti materiali e valutazioni nel quadro dogmatico della sentenza

utilizzazione di criteri tecnici "neutrali".

Non occorre, verosimilmente, giungere a tanto per rendersi conto del fatto che gli accertamenti integralmente controllati dalla tecnica non possono essere posti sullo stesso piano della ponderazione d'interessi. Né la relativa opinabilità di ogni giudizio tecnico-scientifico (che deve essere affrontata nel suo corretto ambito prospettico) può implicare l'astratta esclusione di ogni sindacato giurisdizionale in proposito".

⁵⁶ Cons. Stato, ord. n. 2292/2000, cit.

Cass. sez. un sul c.d. falso valutativo: una possibile osmosi dogmatica tra giurisdizioni.

Alla naturale dialettica tra le posizioni del giudice amministrativo e quelle della giurisprudenza di legittimità sulle questioni di giurisdizione, giova, ad avviso di chi scrive, operare, altresì, un confronto con le statuizioni della sentenza Cass. Pen. Sez. un. sul c.d. falso valutativo, a causa di significative assonanze e contaminazioni concettuali con il tema della sindacabilità delle valutazioni tecniche.

E l'operazione si rivela più agevole di quanto fosse in astratto prevedibile quando si consideri, quale opzione metodologica di fondo la comune matrice del sindacato di legittimità, sia pure con le ovvie e note differenze tra le giurisdizioni.

Secondo quanto sinora argomentato, il giudizio tecnico è, dunque, questione di diritto, non di merito, per cui il giudice (ogni giudice!) dovrebbe ripercorrerlo, verificando la correttezza dei presupposti e delle condizioni tecniche "incorporati" dalla norma. Questo il punto dal quale partire per confrontare gli approdi in tema di discrezionalità tecnica con il quadro dogmatico della citata sentenza delle Sezioni Unite penali.

Se, quindi, sul versante amministrativistico, può dirsi raggiunta una pacifica uniformità di vedute sulla sindacabilità degli accertamenti tecnici e una più limitata sindacabilità degli apprezzamenti tecnici, quando la scienza di riferimento presenta un significativo margine di opinabilità, occorre chiarire l'incidenza del momento valutativo e la sua sindacabilità secondo le Sezioni Unite penali.

Naturalmente la riflessione della sentenza è volta a chiarire la portata dell'art. 2621 c.c., come novellato dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, art. 9 e la conseguente ampiezza del sindacato da parte del giudice di merito, ai fini della sussistenza degli elementi del reato, in una logica che riproduce in parte la contrapposizione tra accertamenti e apprezzamenti tecnici, cui la norma incriminatrice pare conferire rilevanza penale, ma soprattutto, relativamente ai secondi, mira a chiarire quando per una valutazione possa predicarsi l'attributo della falsità, pacificamente riferibile, invece, ai meri accertamenti.

Le Sezioni unite penali, investite dalla quinta Sezione Penale⁵⁷, nella sentenza in esame si pronunciavano sul quesito se, in tema di false comunicazioni so-

⁵⁷ Con ordinanza depositata in data 4 marzo 2016, la Quinta Sezione ha rimesso alle Sezioni unite la questione in ordine al seguente quesito:

"Se, in tema di false comunicazioni sociali, la modifica con cui l'art. 9 della legge 27 maggio 2015, n. 69, che ha eliminato, nell'art. 2621 cod. civ., l'inciso 'ancorché oggetto di valutazioni', abbia determinato un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie, ovvero se tale effetto non si sia verificato"

ciali, la modifica operata dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, mediante l'eliminazione, nell'art. 2621 c.c., dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", avesse determinato un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie, ovvero se tale effetto non si fosse verificato⁵⁸.

E rispetto a tale tema le suggestioni offerte dalla pronuncia sono numerose e a tratti paiono persino nutrirsi della "fatica" del giudice amministrativo nella costruzione del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica.

La controversia portata all'analisi delle Sez. un. ha riguardato in estrema sintesi la predicabilità dell'attributo della "falsità" rispetto ad attività valutative.

La fattispecie oggetto di analisi del supremo consesso è rappresentata dalle false comunicazioni sociali, tema, peraltro, come noto, politicamente sensibile, rispetto alle polemiche sul tentativo di dilatare l'area dell'impunità per i *white collars* e oggetto, nel tempo, di numerosi interventi di riforma⁵⁹. Giova evidenziare come l'intervento normativo del 2015 appariva - come pure si osserva nella sentenza - dichiaratamente ispirato alla finalità di tendere a una rinnovata "trasparenza societaria" e a ripristinare, altresì, una significativa risposta sanzionatoria ai fatti di falsità in bilancio, ritenendosi non adeguato l'assetto repressivo introdotto dal decreto legislativo n. 61 del 2002.

Sul punto, come noto, la sentenza conclude sullo specifico principio di diritto, così statuendo:

"Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione

⁵⁸ Sarebbe questa la sede per dar conto degli innumerevoli contributi sul tema in generale e sulla sentenza in particolare, ma il profilo scientifico di chi scrive, versata in altre discipline, renderebbe comunque limitati ed arbitrari i risultati dello sforzo di documentazione. Sia consentito, per questo il riferimento agli scritti, che hanno effettivamente costituito la base delle presenti riflessioni. A. MANNA, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali tra law in the books and law in action: cronaca di una discutibile riforma. Artt. 2621-2622 c.c.*, in *questa Rivista*, 2016, 487 ss.; M. N. MASULLO, *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 febbraio 2016; M. N. MASULLO, *Oltre il dato normativo: la ragionevole punibilità delle false valutazioni*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, 1429 ss.; A. ABUKAR HAYO, *L'oggetto materiale e l'oggetto giuridico delle false comunicazioni sociali - Commento alla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione penale del 27/05/2016 n. 22474*, *Arch. pen.*, fasc. 2/2016; D. PIVA, *Le Sezioni unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 giugno 2016; M. FUMO, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: sintagmi, locuzioni, litoti ed altre (fuorvianti?) diavolerie linguistiche*, in *Diritto penale dell'economia* (a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa), Tomo I, cap. II, sez. II, Torino, 2017.

⁵⁹ La sentenza dà conto della evoluzione normativa della fattispecie: "Nel codice di commercio del 1882 (Zanardelli) era utilizzata l'espressione «fatti falsi»; il legislatore del 1942 preferì indicare la falsità con una litote («fatti non rispondenti al vero»), espressione rimasta in vigore sino al 2002, quando, con il decreto legislativo n. 61 del 2002, fu sostituita da «fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni» (...); infine, la legge n. 69 del 2015 ha preferito «fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero», eliminando l'inciso «ancorché oggetto di valutazioni» ed aggiungendo l'aggettivo «rilevanti» al sintagma «fatti materiali»".

o alla omissione di fatti oggetto di ‘valutazione’, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l’agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni”.

I dichiarati limiti del presente lavoro impediscono di valutare il *decisum* nella sua interezza e inducono a estrapolare dal principio di diritto e dai passaggi motivazionali i concetti rilevanti ai fini delle riflessioni in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche.

Espressione che assume assoluto rilievo nel contesto amministrativistico è il riferimento alla «presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati».

Particolarmente pregnanti alcuni passaggi motivazionali della sentenza sul punto. Si afferma, infatti, che la valutazione – se si basa obbligatoriamente su criteri vincolanti e predeterminati – «è un modo di rappresentare la realtà non dissimile dalla descrizione o dalla constatazione, sebbene l’ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento». In quest’ottica, può affermarsi una sostanziale equiparazione tra la falsità di un enunciato valutativo fondato su false premesse e la falsità di un enunciato (parimenti valutativo) che sia in aperta contraddizione con criteri di valutazione indiscussi e indiscutibili⁶⁰.

E la rilevanza dei criteri di valutazione induce a volgere la riflessione al processo di progressiva oggettivazione e rigida predeterminazione dei criteri, alla cui applicazione sono chiamate le pubbliche amministrazioni, che, non di rado, determina il transito (totale o parziale) da una fattispecie valutativa in senso pieno ad una meramente accertativa, con le conseguenze sopra delineate sull’ampiezza del sindacato. E tale processo si verifica o perché è il legislatore a fissare rigidamente e interamente criteri e parametri o perché le norme impongono all’amministrazione la previa fissazione dei criteri di valutazione, al fine di oggettivare il più possibile le decisioni a contenuto tecnico. In altri termini, o vi sono precisi parametri normativi, o i parametri sono fissati dalla stessa pubblica amministrazione, nella logica degli autolimiti. In entrambi i casi, appare verosimile che discostarsi dai criteri – se costituisce un presupposto per la rilevanza penale delle relative valutazioni – suggerisce un’ampia

⁶⁰ Cospicua giurisprudenza che si fonda su parametri di valutazione normativamente determinati o tecnicamente indiscussi. *Ex plurimis*, Cass., Sez. V, n. 15773 del 24 gennaio 2007; Cass., Sez. V, n. 7067 del 12 gennaio 2011; Cass., Sez. V, n. 35104 del 22 giugno 2013; Cass., Sez. VI, n. 8588 del 06 dicembre 2000, dep. 2001; Cass., Sez. I, n. 45373 del 10 giugno 2013.

possibilità di sindacato di legittimità delle valutazioni, nella prospettiva del giudice amministrativo.

Se, quindi, la crescente oggettivazione e predeterminazione dei criteri di valutazione conduce a una dilatazione dell'area degli accertamenti a danno di quella degli apprezzamenti, ne può correttamente conseguire una dilatazione dell'area del sindacato del giudice amministrativo, che in ultima analisi avviene a censurare come "falso" un giudizio operato mediante ricorso a criteri illogici e procedimento applicativo errato secondo la disciplina tecnica di riferimento.

Ulteriore passaggio della motivazione funzionale alla riflessione che qui si conduce è quello relativo alla consolidata giurisprudenza, *ante* riforma del 2015. In tale contesto non si dubitava affatto della rilevanza penale del falso valutativo; si affermava, infatti, che la norma dovesse ritenersi violata, quando «pur riconoscendo un ampio margine di opinabilità, [...] si travolgeva ogni criterio di ragionevolezza»⁶¹.

L'espressione "suona" particolarmente evocativa per un amministrativista, per il quale la ragionevolezza si erge a minimo comune denominatore delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, dunque, anche al sindacato sulla discrezionalità tecnica, che si avvale delle stesse.

Significative, inoltre, le riflessioni in tema di rapporto tra falso ed errore. Partendo sempre dal concetto di valutazione tecnica come applicazione (più o meno diretta e più o meno opinabile) di criteri, essa «ben può configurarsi come errata o addirittura falsa (a seconda dell'elemento psicologico che la supporta), in quanto tale valutazione è elaborata in contesti implicanti l'accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o tecnicamente certi; e dunque sarà falsa (ovvero errata) se da tali parametri si discosti; ciò in quanto, laddove il giudizio faccia riferimento a criteri predeterminati, esso è certamente un modo di rappresentare la realtà, analogo alla descrizione o alla constatazione. Conseguentemente può dirsi falso l'enunciato valutativo che contraddica criteri indiscussi o indiscutibili e/o sia fondato su premesse contenenti false attestazioni»⁶².

⁶¹ M. FUMO, *op. cit.* L'Autore del contributo è anche l'estensore della sentenza in esame, nella quale, sul punto si richiamano i seguenti precedenti: Cass., Sez. V, n. 44702 del 28 settembre 2005; Id., Sez. VI, n. 17290 del 13 gennaio 2006; Id., Sez. V, n. 49362 del 07 dicembre 2012; Id., Sez. V, n. 8984 del 18 maggio 2000; Id., Sez. V, n. 40833 del 07 luglio 2000.

⁶² Le sezioni unite riportano un passaggio della sent., Cass., Sez. V n. 15773 del 24 gennaio 2007, in tema di "falsità medica". Sul punto si richiama, inoltre, l'orientamento delle Sezioni unite (n. 51824 del 25/09/2014), che, a seguito della sentenza Corte cost. n. 163 del 2014, citando puntualmente la giurisprudenza sopra ricordata, afferma che «le norme positive ammettono talora la configurabilità del falso ideologico, anche in enunciati valutativi e qualificatori, come avviene, ad esempio, nell'art. 2529 cod.

Le basi teoriche sin qui illustrate giungono, poi, a misurarsi esplicitamente con il concetto di discrezionalità tecnica, contrapposta alla discrezionalità amministrativa o pura, chiarendo come in quest'ultimo caso il pubblico ufficiale, chiamato ad esprimere un giudizio, è libero anche nella scelta dei criteri di valutazione; nel primo (in materia urbanistica), sussiste, invece, un riferimento (eventualmente anche implicito) a previsioni normative, recanti criteri di valutazione. Nel primo caso, la attività di apprezzamento del pubblico ufficiale è assolutamente discrezionale e, conseguentemente, il documento che contiene il giudizio non è destinato a provare la verità di alcun fatto, per cui non ne sarebbe predicabile la falsità; nel secondo, viceversa, «si è in presenza di un esercizio di discrezionalità tecnica, che vincola la valutazione ad una verifica di conformità della situazione fattuale a parametri predeterminati. Ne deriva che l'atto potrà risultare falso se detto giudizio di conformità non sia rispondente ai parametri cui esso è (anche implicitamente) vincolato».

L'atto valutativo comporta, dunque, necessariamente un apprezzamento discrezionale del valutatore, ma si tratta di discrezionalità tecnica. E soprattutto quando la scienza di riferimento presenti un ridotto margine di opinabilità e i parametri di valutazione siano costruiti in base a precisi riferimenti normativi, l'attività è «sindacabile anche con riferimento al suo momento valutativo; e ciò appunto in quanto tali valutazioni non sono "libere", ma vincolate normativamente e/o tecnicamente».

Se questi sono gli approdi delle Sezioni unite, dalla loro applicazione all'ambito del sindacato sull'azione amministrativa, derivano alcune, importanti conseguenze in tema di predicabilità del falso nelle valutazioni, con conseguente, possibile, transito dalla illegittimità amministrativa alla illiceità penale.

Il ragionamento si presta ad essere ipoteticamente applicato a tutte le ipotesi in cui la decisione consegue ad un giudizio tecnico, circostanza che, ad esempio, tipicamente ricorre per la materia concorsuale, recentemente incisa da numerose e penetranti decisioni del giudice amministrativo e sempre più frequentemente portata all'attenzione dell'opinione pubblica.

Peraltro, la materia dei concorsi costituisce un valido banco di prova della tenuta delle riflessioni sin qui svolte. Se, infatti, si accetta l'idea che i concorsi siano inquadrabili nei procedimenti amministrativi di accertamento⁶³ e si evidenzia, inoltre, il processo di progressiva oggettivazione dei criteri di valuta-

civ. (valutazione esagerata dei conferimenti e degli acquisti delle società)», quando, appunto si fa «riferimento a criteri predeterminati». In tali casi, «anche in relazione ai giudizi di natura squisitamente tecnico-scientifica, può essere svolta una valutazione in termini di verità-falsità».

⁶³ Secondo i noti insegnamenti di M. S. GIANNINI.

zione⁶⁴, essi si sostanziano in esercizio di discrezionalità tecnica e, cioè, in analisi di fatti (più o meno complessi) e giammai di interessi, con ciò aprendosi progressivamente al sindacato da parte del giudice amministrativo.

E - facendo tesoro delle “contaminazioni” penalistiche - i relativi giudizi, al pari degli enunciati in fatto, possono essere non veritieri. Nell’ambito, quindi, di contesti che implicino l’accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o tecnicamente indiscussi, le valutazioni formulate da soggetti cui la legge riconosce una determinata perizia possono non solo configurarsi come errate, ma possono rientrare altresì nella categoria della falsità ideologica. Sarebbe, pertanto, ideologicamente falsa la valutazione che contraddica criteri indiscussi o indiscutibili e sia fondata su premesse contenenti false attestazioni.

Naturalmente il riferimento alla falsità del giudizio va letto in termini di errore rispetto alla esigenza di sindacare una decisione amministrativa illegittima, perché appunto errata, pur non escludendo, nei casi più eclatanti una possibile rilevanza penale del fatto, ove naturalmente si riscontrino tutti gli ulteriori elementi contemplati dalla norma incriminatrice.

⁶⁴ Cfr. art. 35, D.L.gs. n. 165/2001, testo normativo, che fa salvi i riferimenti al D.P.R. n. 487/1994, art. 12 ed ivi ai concetti di autolimita e dovere di motivazione.