

GIOVANNI SABBATO
Consigliere di Stato
g.sabbato@giustizia-amministrativa.it

**LA FULL JURISDICTION NELLA GIURISPRUDENZA
NAZIONALE.**

UN QUADRO COMPLESSO IN EVOLUZIONE

**THE FULL JURISDICTION IN ITALIAN JURISPRUDENCE.
AN EVOLVING COMPLEX PICTURE**

SINTESI

Questo contributo si prefigge di cogliere la linea evolutiva della giurisprudenza nel senso della lenta ma progressiva affermazione del sindacato quantomeno sulle valutazioni tecniche della Pubblica amministrazione. Si parte dalla presa d'atto delle molteplici norme contenute nel codice del processo amministrativo, peraltro ormai non più di recente conio, che denotano la crescente attenzione del legislatore nei riguardi dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo, sia pure con la contestuale riaffermazione, anche in sede correttiva, della cd. riserva di amministrazione. Di qui la necessità di risolvere tale apparente antinomia attraverso la ricerca del crinale che separa un giudice giustamente consapevole del proprio ruolo da uno invece incline a penetrare indebitamente nei gangli dell'*agere* amministrativo. L'ontologica differenza, che resiste tuttora, tra Autorità amministrativa e giurisdizionale non consente quindi, al momento, di accedere ad un sindacato pieno dei fatti di causa che prelude alla sostituzione dell'Amministrazione ad opera del giudice, ma questo non dovrebbe valere anche per le valutazioni tecniche, stante la generalizzata facoltà di ricorrere allo strumento istruttorio della c.t.u. La giurisprudenza ha quindi intrapreso un faticoso e tormentato percorso che ha condotto alla stessa ridefinizione delle nozioni di discrezionalità amministrativa e tecnica per implementare l'intensità del sindacato giudiziale quantomeno in sede di esercizio di discrezionalità tecnica. La giurisprudenza amministrativa ha trovato un valido supporto nella Suprema Corte, che, chiamata ad espletare il controllo sulle sentenze del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 110 del c.p.a., sta assumendo posizioni sempre più meditate e bilanciate rispetto alla specificità che presenta ciascuna controversia. Non si tratta quindi di distinguere tra un sindacato *«forte o debole»* quanto di rintracciare, volta per volta, quei confini che ancora oggi delimitano le competenze giurisdizionali da quelle propriamente amministrative. Poiché il traguardo è ancora lontano si è tentato di formulare

alcune considerazioni che consentano di tranquillizzare il giudice in queste operazioni di scrematura da vecchi retaggi culturali. Si è quindi rilevato, aggiornato lo stesso concetto di interesse pubblico, che l'ordinamento sembra spingere, sia pure in maniera rapsodica e disorganica, verso un nuovo giudice amministrativo che, chiamato ad intervenire a seguito di una *class action* o in nome di esigenze ispirate dal principio di proporzionalità, può conoscere la vicenda senza limiti precostituiti per sindacare finalmente le scelte dell'Amministrazione. In tutto questo, un ruolo non significativo svolge il diritto europeo, vero volano di una metamorfosi culturale prima che giuridica che avvicina sempre più i sistemi giuridici di *civil law* a quelli di *common law* per arrivare ad un ordinamento unitario sì ma armonico ed equilibrato. La crescente sensibilità della giurisprudenza verso i valori europei trova riscontro in sempre più numerose pronunce sia dei giudici amministrativi che delle stesse Sezioni Unite, ma le caratteristiche peculiari del nostro ordinamento, soprattutto nel settore del diritto pubblico, devono indurre a rinvenire in esso le ragioni di quella che appare una svolta ormai necessaria ed ineludibile.

ABSTRACT

This paper aims to grasp the evolutionary line of jurisprudence in the sense of the slow but progressive confirmation of the union on the technical evaluations of the Public Administration. It is the taking charge of the laws in the administrative process, moreover not more recent, which denote the increasing attention of the legislator in relation to the intensity of the union, even in the reaffirmation, even in a corrective, of the so-called. reserve of administration. Hence the need to resolve the apparent antinomy story through the search for the ridge that separates a judge rightly aware of his role from one instead inclined to penetrate unduly into the ganglia of administrative action. The ontological difference, which still resists, between authority and jurisdiction is therefore not, at the moment, in front of a full union of lawsuit that leads to the substitution of the administration by the judge, but this should not also apply to the technical assessments, given the generalized right to resort to the investigative tool of the CTU. The jurisprudence then embarked on a tiring and tormented path that led to the same redefinition of the notions of administrative and technical discretion to implement the influence of the judicial union at least in the exercise of technical discretion. The administrative jurisprudence has found a valid support in the Supreme Court, which, for example, has control over the decisions of the Council of State by jurisdiction, pursuant to art. 110 of the Italian Code of the Administrative Process, is taking increasingly more meditated and balanced positions with respect to the specificity that each dispute presents. It is not a matter of distinguishing between a "*strong or weak*" trade union or of tracing, at a time, those boundaries that still today limit jurisdictional competences from those that are properly administrative. Because the goal is still far away, it has been considered in those skimming operations from old cultural heritage. What has been thought, updated in the same way of public interest, which is the order to push, both pure rhapsodic and inorganic, to-

wards a new administrative judge that, as if to intervene following a class action or in the name of needs inspired by the principle of proportionality, can know the story without preconceived limits to finally unify the choices of the Administration. European law, the real driving force of a cultural metamorphosis before the juridical one that more and more the legal systems of civil law to those of common law to achieve a unitary but harmonious and balanced order. The growing sensitivity of jurisprudence towards values is reflected in more and more pronouncements both of administrative judges and of the same United Sections, but the peculiar characteristics of our legal system, in the field of public law, must induce a finding in it the reasons for what a turning point is now necessary and unavoidable.

PAROLE CHIAVE: discrezionalità amministrativa e tecnica, riserva di amministrazione, consulenza tecnica d'ufficio, limiti al sindacato del giudice, influenza del diritto europeo.

KEYWORDS: administrative and technical discretion, administration reserve, office technical advice, limits of the judicial review influence of European law.

INDICE: 1. La progressiva valorizzazione del ruolo del g.a. nell'ottica di una più efficace tutela degli interessi pretensivi – 2. Le contraddizioni del sistema: riserva di amministrazione e sindacato estrinseco – 3. La posizione conservatrice della Corte di Cassazione e i prodromi di un ripensamento – 4. La posizione della giurisprudenza evolutiva – 5. L'A.G.C.M. e il controllo giurisdizionale – 6. L'influenza della giurisprudenza europea – 7. Spunti per riflessioni future.

1. La progressiva valorizzazione del ruolo del g.a. nell'ottica di una più efficace tutela degli interessi pretensivi.

L'evoluzione che l'ordinamento giuridico ha ricevuto negli ultimi anni è stata senza dubbio nel senso di una progressiva valorizzazione del ruolo del giudice amministrativo, tanto che, secondo molti, si sarebbe realizzata da tempo una sorta di trasformazione del processo amministrativo in senso civilistico. Sono diverse le norme contenute nel c.p.a. (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che appaiono sintomatiche di questa riconfigurazione del processo e quindi del G.A., in quanto abilitano il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio nonché a provvedere alla nomina di un commissario *ad acta* «anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza». Si pensi anche alla possibilità di condannare al risarcimento del danno pur in assenza di una previa impugnativa o alla condanna all'adozione di un provvedimento a seguito dell'esercizio dell'azione di adempimento. Il tutto

è culminato nella storica pronuncia dell'Adunanza plenaria¹, secondo cui è possibile ormai affermare che il giudizio amministrativo si è trasformato, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla P.A., da giudizio sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. Il tema meriterebbe ben altro approfondimento. Pare opportuno evidenziare le norme del compendio normativo che disciplinano il processo amministrativo orientate nel senso di assicurare tale traguardo in termini di maggiore efficienza dell'intervento del giudice amministrativo, storicamente intrappolato nel magma degli interessi pretensivi: l'art. 55 (principio di atipicità delle misure cautelari); l'art. 31, co. 3 (azione di adempimento associata al rito sul silenzio); l'art. 34, co. 1, lett. c) (azione di adempimento associata alla richiesta di annullamento di provvedimento reiettivo espresso); l'art. 34, co. 1, lett. e) (nomina del commissario *ad acta* in fase cognitiva); l'art. 114, co. 4, lett. a) (determinazione del contenuto o emissione diretta del provvedimento sospirato in sede di ottemperanza). Questo fa dire alla giurisprudenza² che *«anche in sede di giurisdizione generale di legittimità il g.a. può emanare pronunce di tipo dichiarativo e di condanna (adempimento) allorché non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, atteso che gli art. 30, comma 1, e 34, comma 1, lett. c), c. proc. amm. gli consentono, nei limiti della domanda, di emanare sentenze di condanna all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e disporre misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.; tale norma si pone in stretta correlazione con il generale principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa e nell'ottica della soddisfazione completa della posizione sostanziale di interesse legittimo di cui si chiede tutela, pur con il limite della necessaria contestualità con l'azione di annullamento, nonché dell'assenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica»*.

2. Le contraddizioni del sistema: riserva di amministrazione e sindacato estrinseco.

Si tratta però di comprendere se, al cospetto di questo giudice dalla capacità d'intervento così potenziata, si stagli ancora oggi questa sorta di *enclave* giuridica nella quale l'operato dell'Amministrazione, se di natura discrezionale,

¹ Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corr. giur.*, 2019, 979 ss. con nota di F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*.

² Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5479, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014.

continua ad essere insondabile: la cosiddetta riserva di amministrazione.

In effetti questa zona franca sembra essere sopravvissuta alla stagione di riforme del processo amministrativo, in quanto il legislatore, con il richiamato art. 31, co. 3, prevede che *«il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»*; norma peraltro riproposta dall'art. 34, co. 1, lett. c), (*«L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio»*), come introdotto dal secondo decreto correttivo³.

L'orientamento della giurisprudenza dominante è a sua volta nel senso che gli apprezzamenti discrezionali dell'interesse pubblico e le valutazioni tecniche si prestano ad un sindacato soltanto *ab extrinseco*.

La giurisprudenza è particolarmente numerosa. Basti segnalare quella di seconde cure⁴ secondo cui: *«Nelle gare pubbliche il controllo del giudice della legittimità sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione deve essere svolto "extrinsecus", nei limiti della rilevanza "ictu oculi" dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indizi di invalidità e non alla sostituzione dell'Amministrazione; la sostituzione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'Amministrazione costituisce infatti ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a. quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto; in base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'Amministrazione è infatti in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale sulla motivazione delle valutazioni discrezionali deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti; non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa; deve tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi»*. Ancora più di recente, in materia di pubblici concorsi, i giudici di Palazzo Spada⁵ hanno osservato che *«l'Amministrazione è titolare di un'ampia discrezionalità in ordine sia quanto all'individuazione dei criteri per l'attribuzione ai candidati dei punteggi*

³ D. lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2013, 2, p. 478.

⁵ Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1218, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018.

spettanti per i titoli da essi vantati nell'ambito del punteggio massimo stabilito dal bando, per rendere concreti ed attuali gli stessi criteri stabiliti dal bando, sia quanto alla valutazione dei singoli tipi di titoli; l'esercizio di tale discrezionalità sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che il suo uso non sia caratterizzato da macroscopici vizi di eccesso di potere per irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o arbitrarietà oppure da errori nell'apprezzamento di dati di fatto non opinabili...Invero, come noto (Consiglio di Stato, sez. IV, 30 agosto 2017 n. 4107), in materia di pubblici concorsi, le commissioni esaminatrici, chiamate a fissare i parametri di valutazione e poi a giudicare su prove di esame o di concorso, esercitano non una ponderazione di interessi, ma un'ampissima discrezionalità tecnica, sulla quale il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere in particolari ipotesi-limite, riscontrabili dall'esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti (errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità o irragionevolezza); costituiscono, pertanto, espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica, culturale ovvero attitudinale dei candidati, tanto il momento (a monte) dell'individuazione dei criteri di massima per la valutazione delle prove, quanto quello (a valle) delle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice; da ciò discende che sia i criteri di giudizio, sia le valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo se non nei limitati casi in cui l'esercizio del potere discrezionale trasmodi in uno o più dei vizi sintomatici dell'eccesso di potere (irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti), i quali - tipicamente - rappresentano vizi della funzione amministrativa, per essere stato, il potere, scorrettamente esercitato o finalizzato al raggiungimento di finalità estranee a quella della scelta dei soggetti più idonei a ricoprire la funzione».

Sulla stessa linea interpretativa si è collocata la giurisprudenza di primo grado⁶, la quale ha osservato come non compete al giudice amministrativo il potere di entrare nel merito delle valutazioni espresse dalla Commissione di avanzamento per gli ufficiali delle Forze Armate, dovendo il giudizio rimanere limitato ad una generale verifica della logicità e razionalità dei criteri seguiti in sede di scrutinio. Il sindacato del giudice amministrativo deve allora consistere nella verifica del corretto esercizio del potere valutativo, proprio della Commissione, nell'attribuzione del punteggio ad ogni singolo ufficiale, e, per non sconfinare nel merito dell'azione amministrativa, deve limitarsi al riscontro di palesi irrazionalità nell'assegnazione del punteggio, tali da non richiedere sfumate analisi degli iscritti in quadro, ma emergenti *ictu oculi* per la loro macroscopica evidenza. Ancora si afferma che: «L'individuazione e le modalità di tutela dei

⁶ T.A.R. Lazio - Roma, sez. I-bis, 23 aprile 2014, n. 4386, in www.giustizia-amministrativa.it.

beni soggetti a vincolo costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, insindacabile nel merito, ma soggetta a sindacato di legittimità in rapporto ai consueti parametri di corretto apprezzamento dei presupposti di fatto e congruità delle valutazioni, con possibilità di riscontro di tali fattori - indice di completezza dell'istruttoria espletata e di logicità delle conclusioni tratte - in base alla motivazione del provvedimento conclusivo, da cui deve potersi desumere l'adeguatezza del sacrificio imposto ai privati proprietari, nel superiore interesse pubblico perseguito»⁷.

Un settore del diritto ove è particolarmente accentuata l'esigenza di salvaguardare il prisma delle valutazioni riservate all'Amministrazione è quello che coinvolge il procedimento innescato dalla domanda di equo indennizzo. Così si osserva⁸ che *«Il giudizio stilato dal Comitato di verifica sulla dipendenza da causa di servizio di infermità denunciate da pubblici dipendenti è frutto di discrezionalità tecnica, basandosi su nozioni scientifiche e su dati dell'esperienza propri della disciplina applicata; di conseguenza la possibilità di sindacare in sede giurisdizionale siffatto tipo di discrezionalità riposa sull'individuazione di profili di marcata irragionevolezza delle valutazioni espresse o anche di incompletezza della piattaforma di elementi istruttori che non paiono riscontrabili nel caso in esame»*. Le medesime preoccupazioni sembrano ispirare la posizione assunta dalla giurisprudenza nell'affermare che *«La valutazione del Questore in ordine alla pericolosità sociale di un soggetto, culminata con il rilascio del foglio di via obbligatorio, sfugge al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, tenuto conto dell'ampia discrezionalità che contraddistingue, anche secondo consolidati principi giurisprudenziali, le misure di prevenzione disciplinate dalla l. 27 dicembre 1956 n. 1423»⁹*. Molto cauta è la giurisprudenza anche quando ad essere oggetto di censura sono le valutazioni di Invitalia in ordine a domande di ammissione a contributi ed agevolazioni¹⁰.

A nulla rileva il potenziamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, in particolare con la facoltà di ricorrere al c.t.u., oltre che alla verifica, facoltà già riconosciuta dalla l. 21 luglio 2000, n. 205. Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha osservato che, *«con riferimento al sindacato sulle valutazioni am-*

⁷ Cfr. T.A.R. Molise, sez. I, 11 aprile 2014, n. 240, in *Foro amm.*, 2014, 4, p. 1231.

⁸ T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, 11 aprile 2014, n. 940, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014.

⁹ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 aprile 2014, n. 694, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 296, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018, secondo cui esiste una *«sfera riservata»* alle valutazioni di Invitalia non suscettibile di essere invasa dal giudice amministrativo. V anche Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2018, n. 1508, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che - richiamata la pronuncia n. 20 del 2012 dell'Ad. plen., che ha affermato la generale emersione di valori pubblicistici nel settore imprenditoriale interessato dall'erogazione di misure finanziarie - ha rilevato *«la necessità di apprezzare in modo particolarmente rigoroso gli elementi che fondano la previsione favorevole di finanziamento di iniziative imprenditoriali a carico dell'erario. La valutazione di tali elementi comporta l'espletamento, ad opera del soggetto erogatore, di un'attività istruttoria che, attraverso l'analisi del progetto imprenditoriale nel contesto socio-economico nel quale si colloca, consenta di esprimere una ragionevole prognosi sull'attendibilità del risultato imprenditoriale che ci si prefigge»*.

ministrative in tema di anomalia delle offerte di gara, [che] compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. Il superamento, quindi - grazie anche alla novità di cui all'art. 16 l. n. 205 del 2000 in tema di consulenza tecnica -, di ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo in astratto la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico, non toglie che - anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale - il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto. Nella verifica dell'anomalia, pertanto, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del g.a. solo allorquando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, e ciò a causa del residuo di dubbi circa l'idoneità dell'offerta minata da spie strutturali di inaffidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico».

È dato quindi osservare che la più gran parte della giurisprudenza amministrativa è per un sindacato estrinseco sulle valutazioni discrezionali (a contenuto tecnico o meno)¹¹, risultando così minoritaria quella posizione, favorevole all'ammissibilità del sindacato cd. intrinseco ma debole, sostenuta da una famosa pronuncia del Consiglio di Stato¹², e soltanto residuale quella che si spinge fino a ritenere possibile un sindacato intrinseco e forte del giudice, intendendosi con tale espressione la sostituzione dell'idea tecnica del giudice a quella propugnata dall'Amministrazione. Una parte sempre più cospicua della giurisprudenza sembra però propendere per un sindacato intrinseco di tipo debole, ove il giudizio verta su provvedimenti che esprimono una discrezionalità tecnica riconosciuta in determinate materie alla Pubblica amministrazione, ponendo in tal modo un limite alla statuizione finale resa dal giudice medesimo, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo (anch'esse sindacate), «se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragio-

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 248, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2016: «Nel processo amministrativo il sindacato del Collegio giudicante sulla discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione è volto a verificare se sussistano i vizi di legittimità dedotti dal ricorrente e non a sostituire tout court la valutazione dell'Amministrazione».

¹² Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 in *Foro amm.*, 2000, p. 422, con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*.

voli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere; ossia, in sostanza il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»¹³.

Lo scrutinio, in ogni caso, dovrebbe condursi secondo un preciso ordine di incisività progressiva. In tal senso si è osservato come il giudice debba limitarsi ad un controllo logico-documentale estrinseco laddove questo sia già in sé sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento quanto al rispetto dei criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. Ove, invece, emergano chiari elementi che facciano propendere per un uso scorretto della discrezionalità tecnica tale da giustificare una ripetizione delle indagini specialistiche con ricorso alla tecnica del sindacato intrinseco, il giudice potrà provvedervi verificando l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, «fermo restando» - come sopra precisato - «che esula dal compito del giudice amministrativo il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'Amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite»¹⁴. Non viene comunque trascurata la ontologica differenza tra discrezionalità amministrativa e tecnica, in quanto nel primo caso il sindacato del giudice amministrativo è senz'altro di tipo estrinseco «e deve arrestarsi non solo dinanzi alle scelte equivalenti, ma anche dinanzi a quelle meno attendibili, purché non irragionevoli»¹⁵.

Negli ultimi tempi però, come meglio si dirà, la giurisprudenza sembra rifuggire da rigide classificazioni nominalistiche, che facciano leva su «specifiche aggettivazioni (debole o forte)»¹⁶.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5209, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁴ Cfr. C. SALTELLI, *Commento all'art. 63 C.P.A.*, in G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2010, p. 602.

¹⁵ Cons. Stato, sez. III, 1° marzo 2017, n. 962, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017.

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1234, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «il principio di precauzione di cui all'art. 191 TFUE e agli artt. 3-ter e 301 D.Lgs. n. 152 del 2006 [...] non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile, richiedendo esso stesso una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile».

3. La posizione conservatrice della Corte di Cassazione e i prodromi di un ripensamento.

Il sistema attuale non può reputarsi soddisfacente, sia perché non collima con il principio di effettività della tutela assicurata dal G.A. in base all'art. 1 del c.p.a., sia perché comporta la sostanziale rinuncia al ricorso a quegli strumenti istruttori (c.t.u.) la cui introduzione nel giudizio di legittimità ha rappresentato una grande conquista per il processo amministrativo. Eppure esso trova conforto nelle pronunce della Corte di Cassazione, che, ai sensi dell'art. 110 del c.p.a. effettua il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato sia pure «*per soli motivi inerenti alla giurisdizione*». Peraltro, l'art. 110 riproduce l'art. 111, co. 8, Cost., in quanto avente il medesimo tenore letterale. Il Supremo Collegio ha infatti coniato la fattispecie dell'eccesso di potere giurisdizionale, che si verifica quando il Consiglio di Stato invade il campo riservato al legislatore o all'autorità amministrativa, esercitando per esempio un sindacato di merito nei casi non previsti. Un settore in cui il Supremo Collegio è stato chiamato ad esprimere il suo potere tutorio è quello del sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici di esami o concorsi pubblici (valutazioni inserite in un procedimento amministrativo complesso nel quale viene ad iscriversi il momento valutativo tecnico della commissione esaminatrice quale organo straordinario della pubblica amministrazione), valutazioni gravate da illegittimità soltanto quando il giudizio della commissione esaminatrice sia affetto da illogicità manifesta o da travisamento del fatto in relazione ai presupposti stessi in base ai quali è stato dedotto il giudizio sull'elaborato sottoposto a valutazione. Ebbene, a tal riguardo, il Supremo Collegio afferma che «*la valutazione del giudice amministrativo non valica i confini della sua giurisdizione se si limita ad apprezzare la congruità e logicità del provvedimento impugnato, senza invadere la discrezionalità tecnica dell'amministrazione*». Così si è espressa la Corte di Cassazione civile¹⁷, rilevando che, come più volte già affermato¹⁸ «*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*». Inoltre gli Ermellini hanno chiarito che «*le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione,*

¹⁷ Cass., S. U., 22 maggio 2012, n. 8071, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 651.

¹⁸ V., fra le altre, Cass., S. U., 21 giugno 2010, n. 14893, in *Foro it.*, 2011, 3, I, p. 837; Cass., S. U., 9 maggio 2011, n. 10065, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, p. 713; Cass., S. U., 19 dicembre 2011, n. 27283, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, p. 1787.

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». Nel medesimo senso si è espressa la Corte di Cassazione¹⁹ in un caso in cui era stato proposto un ricorso avverso il provvedimento di non ammissione agli esami orali di abilitazione alla professione di avvocato. Il Supremo Collegio ha rigettato il ricorso ribadendo che «Il sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici di esami o concorsi pubblici (valutazioni inserite in un procedimento amministrativo complesso nel quale viene ad iscriversi il momento valutativo tecnico della commissione esaminatrice quale organo straordinario della pubblica amministrazione), è legittimamente svolto quando il giudizio della commissione esaminatrice è affetto da illogicità manifesta o da travisamento del fatto in relazione ai presupposti stessi in base ai quali è stato dedotto il giudizio sull'elaborato sottoposto a valutazione». Si ricordi anche quanto rilevato in materia di appalti pubblici²⁰, nel senso che «A norma dell'art. 38, comma 1, lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione che bandisce la gara; il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa; l'adozione del criterio della "non condivisione" si traduce, infatti, non in un errore di giudizio - insindacabile davanti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione - ma in uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia in un superamento dei limiti esterni della giurisdizione tale da giustificare l'annullamento della pronuncia del g.a.».

Eppure si registra, da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, se non un vero e proprio *revirement* quantomeno una revisione parzialmente critica della propria granitica posizione sfavorevole ad un sindacato intrinseco, affermando, con una nota pronuncia²¹, che «l'esercizio della discrezionalità tecnica, non

¹⁹ Cass., S. U., 28 maggio 2012, n. 8412, in *Foro it.*, 2012, 10, I, p. 2681.

²⁰ Cass., S. U., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2012, 3, p. 552.

²¹ Cass., S. U., 20 gennaio 14, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057, con nota di B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013.*

essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che del provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può pertanto sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica». Sulla stessa falsariga si pone una pronuncia immediatamente successiva²², con la quale le Sezioni Unite affermano il principio secondo cui il sindacato sulla discrezionalità tecnica, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato (per controllo estrinseco), si estende anche alla verifica (intrinseca) dei fatti posti a fondamento del provvedimento e si allarga pure ai profili tecnici di tali fatti il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità del provvedimento. In altre parole, l'unico limite del controllo del G.A. è quello della mera opinabilità della P.A., cioè quello delle valutazioni di opportunità (ossia dell'interesse pubblico) sottratte ai giudizi di legittimità, non potendo in tal caso la giurisdizione sostituirsi all'Amministrazione. La stessa Corte di Cassazione ha così mostrato una qualche apertura che, «sia pure timidamente e richiamando la giurisprudenza comunitaria»²³, ha permesso di affermare come i confini tra le valutazioni amministrative non sindacabili e la giurisdizione non siano più così rigidi grazie all'applicazione dei principi fondamentali della pienezza della tutela giurisdizionale e della proporzionalità. Conviene riportare uno stralcio di questa importante pronuncia: *«l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 3, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione. Il che vuol dire che il giudice, procedendo ad un sindacato di merito, emette una pronunzia autoesecutiva, intendendosi come*

²² Cass., S. U., 16 gennaio 2014, n. 774, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, secondo cui «Non è affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale la decisione con cui il giudice amministrativo interpreta le clausole di una convenzione urbanistica alla luce delle regole di buona fede e correttezza che soprassedono alle fasi di formazione, conclusione ed esecuzione della convenzione, essendo alla stessa applicabili i comuni principi dell'ermeneutica contrattuale, sebbene si tratti un accordo destinato a disciplinare gli obblighi e le facoltà incombenti alla parte pubblica e privata in connessione con l'esercizio di potestà autoritative da parte della prima».

²³ A. GIACALONE, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative – Il commento*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 6, p. 677 (nota a Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016, n. 210).

tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. per tutte Cass. S.U. 28 aprile 2011 n. 9443). Si è inoltre precisato che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato, non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non quando il Consiglio di Stato si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la voluntas legis applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto, non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla ratio che il loro coordinamento sistematico rivela. D'altro canto, val la pena di ricordare che, anche sulla spinta evolutiva dell'ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione, si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principii fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale (full jurisdiction. Art. 6 CEDU e art. 47 dei diritti fondamentali dell'Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merito amministrativo, insindacabile»

4. La posizione della giurisprudenza evolutiva.

Si assiste ad ogni modo, negli ultimi anni, al progressivo rafforzamento dell'idea che il G.A., dopo l'abbattimento del muro della irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, possa travolgere anche quello della riserva di amministrazione, al fine di dar vita ad un vero e proprio processo sul rapporto senza riserve di sorta. In questo processo virtuoso assume un ruolo di protagonista la stessa giurisprudenza, sempre più consapevole del proprio ruolo, già solo per la diffusione della tesi del controllo intrinseco sia pure debole. Tale rinnovato atteggiamento è compendiato nella formula sintetica, ma esplicativa, secondo cui «una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità». Tale linea metodologica si rinviene anche in recente giurisprudenza²⁴, la quale avverte che «La discrezionalità tecnica, infatti, esprime un concetto diverso dal merito amministrativo, sicché essa non può essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo, il quale deve esplicitarsi in ordine all'apprezzamento, in punto di legittimità, degli elementi di fatto posti alla base del provvedimento impugnato. Tuttavia, la censurabilità della discrezionalità tecnica non deve mai arrivare alla sostituzione del giudice all'amministrazione nell'effettuazione di valutazioni opinabili, ma deve consistere nel controllo, ab externo, dell'esattezza, correttezza, logicità e razionalità del giudizio, senza impingere nel merito (della condivisibili-

²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 1093, in www.giustizia-amministrativa.it.

tà) della scelta compiuta». Il Consiglio di Stato²⁵ ha, di conseguenza, riconsiderato l'assimilazione tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in specie muovendo dall'assunto per cui «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». Ha così trovato accoglimento, inaugurando un nuovo filone giurisprudenziale, la tesi del sindacato intrinseco, volta a riconoscere poteri di indagine maggiormente incisivi sulle scelte tecnico-discrezionali dell'Amministrazione. Per l'effetto si è ritenuto che il giudice amministrativo possa estendere il proprio scrutinio alla correttezza del criterio tecnico utilizzato per addivenire alla valutazione: non più, pertanto, la mera valutazione estrinseca dell'operato dell'Amministrazione, priva della possibilità di applicare e ripetere le valutazioni tecniche con le cognizioni da questa utilizzate, ma una vera e propria verifica della correttezza del procedimento e degli esiti raggiunti, con la possibilità di rimettere in discussione il *modus operandi* dei detentori del potere. L'importanza della pronuncia è valorizzata da parte di chi osserva che la stessa ha dato la stura ad un «sindacato diretto...intrinseco...forte»²⁶.

Sullo sfondo del dibattito concernente il *nomen iuris* del sindacato si è, però, innestato un distinto filone giurisprudenziale che, nel ripudiare la filosofia delle «etichette», milita per una concezione più sostanzialista, ispirata al principio dell'effettività della tutela. I sostenitori di quest'ultima posizione — principiano (anche) dai ridotti effetti pratici derivanti dall'adesione all'una o all'altra delle tesi sopra richiamate — osservano come distinguere tra sindacato «debole» e «forte» sia un problema terminologico di trascurabile importanza, di talché si dovrebbe canalizzare l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, ed 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'Amministrazione sia stato correttamente esercitato»²⁷.

Lungo il crinale di siffatte premesse, il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica — in disparte le antinomie dovute a crisi classificatorie — deve potersi attestare su una linea di controllo che, senza ingerirsi

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 in *Foro it.*, 2001, con nota di A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*.

²⁶ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, II, 2017, p. 141.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2347.

nelle scelte discrezionali della Pubblica amministrazione, sia in grado di assicurare la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l’Autorità detta, appunto, le regole del gioco. Il Consiglio di Stato, nel caso di specie, non condivide l’impostazione propugnata dai giudici della Suprema Corte, e nel rimarcare la necessità di un sindacato intrinseco, ripercorre l’*excursus* giurisprudenziale e normativo che, mosso dall’intento di garantire la piena attuazione ai principi comunitari e, prima ancora, a quelli contenuti nella Carta Costituzionale (in particolare, gli artt. 24, 103 e 113 Cost.), ha lentamente prodotto la metamorfosi del giudizio amministrativo, facendolo passare da «*giudizio sull’atto*» a «*giudizio sul rapporto*». L’idea che si riporta è quella di garantire un «*giudizio di accertamento dell’eccesso di potere nel quale il giudice amministrativo, pur non spingendosi sino a sindacare la valutazione dei vari interessi fatta dall’autore dell’atto, verifica tuttavia che tali interessi esistano davvero nella realtà fenomenica, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti e che vi sia una coerenza logica nella valutazione compiuta*»²⁸. Col che si conclude, su questa preliminare questione, ricordando come «*il giudizio sulla attendibilità delle scelte di natura tecnica, effettuate dalla pubblica amministrazione, rientri*» — a tutti gli effetti — «*nel perimetro di una moderna giurisdizione di legittimità*», volta a garantire quell’effettività di tutela tanto patrocinata dal diritto europeo²⁹. La sentenza da ultimo citata sembra accogliere quest’ultima tesi con riferimento all’attività contrattuale della P.A., materia che ha registrato sensibili resistenze alla sindacabilità delle valutazioni tecniche delle stazioni appaltanti³⁰. Così, di recente, il Consiglio di Stato³¹ ha ritenuto, in sintonia con la descritta posizione conservatrice della Corte di

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2013, 10, p. 2721, con nota di A. UBALDI, *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*.

²⁹ Così si è espresso il Cons. Stato, n. 26 *cit.*, a proposito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara.

³⁰ Di recente, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 789, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «*Nelle controversie ad oggetto gare pubbliche, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'appaltante in verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della logicità e ragionevolezza e della congruità della istruttoria, ma non può operare la stessa verifica; né può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta, sovrapponendo la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - dell'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso; e nelle procedure per l'aggiudicazione, l'esame delle giustificazioni del soggetto, tenuto a dimostrare la non anomalia dell'offerta, rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, e soltanto in caso di macroscopiche illogicità, errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto, il giudice può intervenire, restando per il resto la capacità di giudizio confinata entro i limiti dell'apprezzamento tecnico di tale tipo di discrezionalità*».

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in *Foro it.*, 2014, 3, III, p. 173, con nota di G. SIGISMONDI, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto d'equilibrio*.

Cassazione, che *«In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa. ... Ne consegue che il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della 'non pretestuosità' della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, al fine di ritenere esistente il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera 'non condivisibilità' della valutazione stessa 'ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente'. In questa prospettiva, il giudice amministrativo può accertare 'l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate' ma non può valutare 'solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura'»*. Così pure si afferma che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in occasione della verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione nell'esercizio della discrezionalità tecnica³². Eppure una decisione del Consiglio di Stato³³, che richiama anche la giurisprudenza di Strasburgo, pare addirittura adombrare, nel campo della discrezionalità (non tecnica ma) schiettamente amministrativa, il potere del giudice di *«appurare l'effettivo perseguimento della scelta ottimale fra più soluzioni possibili»*. Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione di non poco momento, perché sembrerebbe implicare il potere del giudice di accertare quale sia la soluzione più opportuna, ciò che è tradizionalmente riservato alla P.A. Con tale pronuncia il Massimo organo di G.A. rileva che *«L'insindacabilità nel merito di apprezzamenti discrezionali (nella specie, quelli sottesi alla perimetrazione di un Parco naturale), ha subito nel tempo una significativa evoluzione, in linea con i principi costituzionali e comunitari del "giusto processo" - inscindibile dalla effettività della tutela - e del "giusto procedimento amministrativo", che vede la pubblica autorità chiamata a rendere conto in modo sempre più incisivo - e con accresciute modalità di partecipazione e di verifica dei diretti interessati - della razionalità delle proprie determinazioni; con la conseguenza che le limitazioni del sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti discrezionali all'esatta rappresentazione dei fatti ed alla congruità dell'iter logico, seguito dall'Autorità emanante il provvedimento, debbono ormai ritenersi superati dai parametri di attendibilità della valutazione, che sia frutto di discrezionalità tecni-*

³² Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1505, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2016.

³³ Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1330, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2012, 3, p. 677.

ca, e di non arbitrarietà della scelta, ove sia stata esercitata una discrezionalità amministrativa; pertanto, sotto il primo profilo, è ormai pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia».

Ma anche il giudizio cautelare ha risentito di questa rinnovata consapevolezza del giudice amministrativo attraverso l'adozione di pronunce cautelari di natura sostitutiva³⁴, anche a fini di reintegrazione in forma specifica³⁵. Si sono registrate poi ipotesi³⁶ in cui il giudice amministrativo ha sostituito direttamente il risultato di un pubblico concorso, senza il conforto di una c.t.u. ma semplicemente sulla base di relazioni di esperti prodotte dal ricorrente. In un caso il giudice, operando secondo il modello del controllo intrinseco forte, ha senz'altro sostituito la valutazione tecnica operata dalla P.A. con quella posta in essere dal c.t.u., pur essendo tale valutazione solo ipoteticamente erronea³⁷. Non è da escludere che lo stesso legislatore voglia dare una spinta in tal senso, se si pensa che il decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti e delle concessioni, all'art. 80, co. 5, lett. c), non cita più espressioni legate alla motivazione o alla valutazione, bensì alla «*dimostrazione*», in maniera da assicurare un più pervicace controllo giurisdizionale.

Il percorso avviato è però ben lontano dall'aver raggiunto un punto d'arrivo. Si pensi a quanto di recente affermato dal Consiglio di Stato³⁸ a proposito del parere del Comitato di verifica sulle cause di servizio, che «*consiste in un atto connotato da discrezionalità tecnica, fondato su nozioni scientifiche e su dati di esperienza tecnico discrezionale, con la conseguenza che il medesimo nel giudizio amministrativo è insindacabile, salvo le ipotesi di irragionevolezza manifesta, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto tali da poter incidere sulla valutazione medica finale, nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito*». Ma soprattutto si pensi alla recente lapidaria affermazione dell'Adunanza plenaria, secondo cui «*il giudice amministrativo non può mai sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di valutazioni discrezionali, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito stabiliti dalla legge*»³⁹.

³⁴ Come T.A.R. Lombardia, 19 gennaio 2004, n. 139, in *www.giustizia-amministrativa.it*: in tal caso, si è statuita la facoltà del ricorrente, leso dall'attività edificatoria intrapresa in base ad una denuncia di attività, di chiedere al giudice l'emissione di un ordine di sospensione dei lavori, attuandosi così una forma di sostituzione del giudice nell'esercizio dei poteri di vigilanza e repressione spettanti alla P.A..

³⁵ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1999, n. 537, in *Urbanistica e app.*, 1999, 11, p. 1237, con nota di L. DE PAULI, *Dietro al "velo di Maja": il risarcimento degli interessi legittimi*.

³⁶ T.A.R. Emilia-Romagna - Parma, 16 luglio 2001, n. 491, in *Dir. Form.*, 2001, p. 876.

³⁷ T.R.G.A. Trento, 12 maggio 1997, n. 105, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 305, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018.

³⁹ Cfr. Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro amm.*, 2016, 6, p. 1470.

5. L'A.G.C.M. e il controllo giurisdizionale.

I poteri dell'A.G.C.M. hanno rappresentato un interessante banco di prova per saggiare la latitudine e l'intensità del sindacato del giudice amministrativo⁴⁰. È ben nota la tesi che, a fronte della peculiare collocazione delle Autorità indipendenti nel firmamento ordinamentale che le rende non accomunabili a qualsiasi autorità amministrativa, opta per un controllo giurisdizionale di minore portata, definito con espressione eloquente «*deferente*». I tempi sono maturi per accedere una ricostruzione diversa che valorizzi ancora una volta il ruolo del giudice amministrativo. Di recente, infatti, il Tar capitolino⁴¹, chiamato ad esprimersi in sede di ottemperanza, a fronte delle articolazioni difensive dell'Autorità nel senso dell'assimilazione dei poteri dell'A.G.C.M. a quelli riconosciuti alla Commissione europea secondo l'ampia discrezionalità che le viene riconosciuta dalla Corte di Giustizia, ha precisato che non è stato messo in discussione «*il riconosciuto ambito di apprezzamento tecnico nella valutazione delle segnalazioni pervenute all'Autorità*», quanto il fatto che, riscontrata la presenza di distorsioni concorrenziali, l'Autorità era obbligata a emanare misure precettive della concorrenza, non potendo circoscrivere il suo intervento ai poteri di *advocacy*. Il Collegio ha, inoltre, evidenziato che nell'esercizio della sua giurisdizione di legittimità, il giudice amministrativo può sindacare con pienezza gli apprezzamenti tecnici e fattuali compiuti dall'Autorità nello svolgimento delle sue funzioni. Ha richiamato a tal uopo anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui «*il giudice può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto della indagine ed il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, anche utilizzando le scienze specialistiche appartenenti all'Autorità*» e può sindacare i relativi atti «*anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati*»⁴². Il Collegio, infine, ha riportato il già esaminato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'A.G.C.M. comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento e si estende anche ai profili tecnici. Rispetto a questi ultimi, se da un lato non è possibile sostituirli in sede giurisdizionale data la loro opinabilità, dall'altro risultano pienamente sindacabili sotto il profilo dell'attendibilità,

⁴⁰ In tema, v. M. FILICE, *Il problematico confine fra i poteri dell'AGCM e il sindacato del giudice – Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 3, p. 389 (nota a sentenza a T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 5 luglio 2016, n. 7732).

⁴¹ T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 5 luglio 2016, n. 7732, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴² Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

della logicità e della ragionevolezza. Pertanto, alla luce degli indirizzi più attuali della giurisprudenza, ciò che va affermandosi è uno *standard* di controllo comune al livello europeo, in cui è attribuito al giudice il compito, non di svolgere un potere in materia antitrust, ma di verificare che quest'ultimo sia stato correttamente esercitato⁴³. Residuano dubbi circa la assoluta pienezza del sindacato del giudice dell'ottemperanza rispetto alle valutazioni tecniche esercitate dalle *authority*, come nel caso della perimetrazione del mercato rilevante svolta dall'A.G.C.M. ai fini del rilevamento di un abuso di posizione dominante, potendosi ritenere che, nonostante l'ammissibilità della c.t.u. anche nel giudizio di ottemperanza, la configurazione dei requisiti per l'emanazione di un provvedimento sanzionatorio, costituisce attività non riesercitabile in tale sede tramite la nomina di un Commissario *ad acta*. Tale perplessità non deve tuttavia indurre a trascurare la particolarità del giudizio di ottemperanza, che, come sopra evidenziato (*sub* §1), conferisce al Giudice amministrativo un potere di sindacato di merito; tanto più che la nullità dell'atto in violazione o elusione del giudicato lascia intendere che, come opinato da un recente orientamento⁴⁴, la situazione soggettiva della P.A. sarebbe connotata da un obbligo cui si contrappone un diritto soggettivo all'osservanza del giudicato per il privato.

6. L'influenza della giurisprudenza europea.

Non vi è dubbio che la giurisprudenza nazionale risenta dell'influenza di quella europea per cui non si può comprendere la prima senza ripercorrere, sia pur brevemente, l'evoluzione del pensiero dei giudici europei per quanto attiene al sindacato del giudice amministrativo. Tanto è vero che in dottrina si valorizza⁴⁵ il ruolo, in chiave evolutiva, assunto dalla richiamata fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 16 gennaio 2014, n. 774. È ben noto che la Corte Europea dei diritti dell'Uomo sembra orientarsi per un controllo giurisdizionale intrinseco⁴⁶ sulla base della previsione di cui all'art. 6

⁴³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901, in *Rass. dir. farm.*, 2012, 6, 1195; Cons. Stato, 28 settembre 2012, n. 5140, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2012, 9, p. 2392; Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2013, 4, p. 899; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722, in *Foro Amm. - Cons. St.*, 2013, 5, p. 1406; Cons. Stato, 15 dicembre 2014, n. 6154, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014; Cons. Stato, 2 aprile 2015, n. 1739, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015.

⁴⁴ Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione; la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 42 ss.

⁴⁵ A. GIACALONE, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative – Il commento*, cit., p. 674.

⁴⁶ Si segnala, al riguardo, la pronuncia del 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, in *www.giustizia.it*, ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Placi v. Italy*, 21 gennaio 2014, in *www.giustizia.it*.

C.E.D.U., in tema di «*equo processo*». Ai sensi dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U., «*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 deciderà sia delle contestazioni sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta*». Come si è avuto modo di precisare in dottrina⁴⁷, la lettera dell'art. 6 C.E.D.U. fa riferimento espresso al solo processo civile e penale; tuttavia, grazie all'interpretazione evolutiva della Carta E.D.U., alla quale la Corte europea accede, tale disposizione è divenuta rilevante anche per il diritto amministrativo sostanziale e processuale attraverso l'attribuzione di un significato del tutto autonomo alle espressioni «*accusa penale*»⁴⁸, «*diritti di carattere civile*» e «*tribunale*». Il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'Amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato. In particolare, è la nozione autonoma di *tribunal*, tale da includere qualsiasi autorità (anche amministrativa) in grado di costituire o incidere su posizioni soggettive ad influire sul ruolo che è chiamato a ricoprire il giudice amministrativo al cospetto di posizioni giuridiche che assurgono al rango di veri e propri «*civil rights*» ai sensi dell'art. 6, C.E.D.U.⁴⁹. Esiste, quindi, una intima connessione fra una buona amministrazione, che sia trasparente e partecipata, ma soprattutto effettivamente soggetta al sindacato del giudice, e il godimento dei diritti di libertà enunciati dalle Carte dei diritti. Di qui la necessità di realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso il giusto procedimento ovvero attraverso il giusto processo fondato sul pieno accesso ai fatti, anche complessi, che costituiscono il presupposto delle decisioni amministrative.

Da ultimo, occorre fare un breve cenno alla posizione della Corte di Giustizia, che appare, sul punto, ancora oscillante.

A fronte di pronunce che affermavano la necessità di assicurare una tutela piena anche nei confronti degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica, se

⁴⁷ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2012, p. 36 ss.

⁴⁸ Per vero, nell'ampia nozione di accusa penale, la stessa Corte distingue fattispecie che non rientrano nel diritto penale in senso stretto (c.d. «*hard core*»), cui non devono necessariamente essere applicate le garanzie del giusto processo. Sul punto, v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale – Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 4, p. 511 (nota a sentenza a Cons. Stato Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595).

⁴⁹ Come osserva M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 1, 67 (nota a Cons. Stato, sez. VI, 02 ottobre 2014, n. 4491), si va affermando la tesi della necessaria piena attuazione dell'art. 6 C.E.D.U. nel corso del procedimento amministrativo sanzionatorio.

del caso anche mediante sindacato intrinseco del giudice, l'orientamento attuale pare di segno diverso⁵⁰. La Corte ha, in particolare, osservato che gli stessi atti comunitari contenenti valutazioni tecniche sono da essa sindacabili solo in modo estrinseco, per cui non sarebbe possibile richiedere agli Stati membri una tutela più intensa di quella che la giustizia comunitaria assicura avverso i provvedimenti amministrativi europei⁵¹.

Molto più netto è invece l'orientamento della Corte in ordine al controllo giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust⁵². Infatti, alla luce degli indirizzi più attuali della giurisprudenza, ciò che va affermandosi è uno *standard* di controllo comune al livello europeo, in cui è attribuito al giudice il compito non di svolgere un potere in materia *antitrust*, ma di verificare che quest'ultimo sia stato correttamente esercitato⁵³.

7. Spunti per riflessioni future.

L'evoluzione che connota la posizione, non più reazionaria, della Corte di Cassazione va senz'altro salutata con favore. Si potrebbe però operare un confronto, in chiave prospettica, tra il ruolo del giudice amministrativo nei riguardi degli atti dell'Autorità e quello del giudice civile, questa volta al cospetto di atti interpretati esplicitamente come espressione dell'autonomia negoziale. Si potrebbe cioè valorizzare la circostanza che l'interesse pubblico, quale stella polare che guida l'operato dell'Amministrazione, non è nella titolarità di questa come fosse un qualsiasi interesse privato, in quanto non è più considerato antagonista e contrapposto rispetto a quelli privati costituendone di questi la sintesi ed al contempo la sublimazione. Tanto più che si assiste negli ultimi anni alla progressiva assimilazione dell'autorità giurisdizionale a quella amministrativa nel senso che ad entrambe si richiedono coefficienti di terzietà ed imparzialità (si pensi all'art. 6 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, e all'art. 42 del codice dei contratti

⁵⁰ Secondo C. Giust. CE, sez. V, 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn Ltd*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 1999, p. 503, con nota di R. CARANTA, nonché C. Giust. CE, sez. II, 15 ottobre 2009, C-425/2008, in www.federalismi.it, il diritto comunitario, in nome dell'autonomia dei singoli Stati in tema di tutela giudiziaria, non impone di istituire rimedi sostitutivi contro le valutazioni tecniche, ben potendo detti Stati optare per un mero controllo estrinseco.

⁵¹ È stato notato che la sentenza *Upjohn Ltd* porta ad esempio atti che non sono amministrativi bensì normativi (quindi di alta amministrazione o schiettamente politici), rispetto ai quali quindi l'opzione per una tutela meno incisiva non dovrebbe sorprendere.

⁵² Cfr. C. Giust. CE, 10 luglio 2008, C-413/06, in *Racc.*, 2008, I-p. 4951; C. Giust. CE, 16 luglio 2009, C-440/07 in *Racc.*, I- p. 6413; C. Giust. CE, 21 luglio 2011, C-506/08, in www.informazionegiuridica.myblog.it; C. Giust. CE, 3 maggio 2012, C-285/11, in www.diritto.it; C. Giust. CE, 18 luglio 2013, C-501/11, in www.scuolagiuridica.it.

⁵³ Cfr. Cons. Stato, n. 3901 *cit.*; Cons. Stato, n. 5140 *cit.*; Cons. Stato, n. 1856 *cit.*

pubblici). Se così è non si vede perché il giudice amministrativo non possa conoscere dell'interesse pubblico verificandone in concreto le prospettive di attuazione. Non si giustifica cioè quel *self restraint* che caratterizza l'intervento del giudice civile quando esamina la causa del contratto laddove avverte l'esigenza di non ingerirsi nelle scelte espressive di una sfera di autonomia non sindacabile per definizione. In altre parole, l'interesse pubblico non è paragonabile all'interesse privato siccome ancorabile a valutazioni oggettive che il giudice ben potrebbe operare in luogo dell'Amministrazione. Nemmeno va enfatizzata la distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica ove si esaminino i passaggi che hanno connotato la nascita di tali nozioni. Si rammenta, al riguardo, che, recepita la prima dalla dottrina italiana dietro l'influenza di quella tedesca, si finì per assimilare senz'altro la discrezionalità tecnica a quella amministrativa, in nome della cd. teoria assimilazionista, cosicché le valutazioni tecniche assunsero il nome (improprio) di discrezionalità tecnica: era discrezionale ciò che non era sindacabile. Si vuole dire quindi che la ritrosia della giurisprudenza nel procedere ad un sindacato *funditus* se può giustificarsi rispetto alla discrezionalità amministrativa non pare altrettanto che si possa consentire quando l'amministrazione eserciti un potere tecnico-discrezionale. Tanto più che il G.A. può vantare la possibilità di ricorrere alla c.t.u. che costituisce uno strumento di approfondimento istruttorio di ampio spettro applicativo. E' proprio facendo buon uso della consulenza tecnica che il giudice amministrativo potrà entrare nella vicenda di causa facendo breccia nello schermo costituito dall'atto amministrativo sotto il profilo del travisamento dei fatti che pur costituisce, secondo la tesi tradizionale del sindacato estrinseco, uno dei casi in cui è dato esaminare la legittimità dell'atto amministrativo. L'importanza della c.t.u. non può essere trascurata, se è vero che il c.p.a. distingue tra legittimità e merito, è pur vero che i poteri istruttori sono gli stessi e ogni giudizio tecnico deve essere sottoposto a verifica cioè falsificato secondo la terminologia popperiana. Di questo si è reso conto lo stesso giudice penale che ha raggiunto la consapevolezza delle difficoltà di rinvenire leggi di copertura di tipo scientifico in grado di produrre risultati certi. Si potrebbe temere che il giudizio venga deferito dal Collegio al consulente ma forse nemmeno questa preoccupazione è giustificata viste le modalità operative di tale strumento processuale⁵⁴.

⁵⁴ Si osserva in giurisprudenza che «Nel processo amministrativo la consulenza tecnica d'ufficio, che è un mezzo istruttorio e non una prova vera e propria, può essere disposta dal giudice quando è necessario misurare determinati elementi o fatti di causa con metodi scientifici, fisici, o tecnici; in tali casi la relazione del C.T.U. si pone sul piano dell'integrazione delle prove allegare dalle parti (c.d. consulenza deducete); oppure quando il giudice non è in grado di formarsi un proprio convincimento utilizzando gli elementi di prova acquisiti, per cui è

Non sembra però che, in tale contesto, una particolare influenza possa produrre la giurisprudenza europea. Non quella della C.E.D.U. perché, in disparte la discutibilità di interpretazioni a volte troppo estensive, le sue pronunce sembrano postulare una continuità ontologica tra autorità amministrativa e giurisdizionale che non si è ancora profilata in senso pieno nel nostro ordinamento. Nemmeno quella della Corte di Giustizia, stante la storica riluttanza di tale organo ad ingerirsi in questioni processuali la cui soluzione è affidata agli ordinamenti nazionali. Possono invece essere valorizzate quelle norme e quei principi che già consentono un cambio di passo.

Si pensi a quel principio di proporzionalità di cui sempre più largo uso fa la giurisprudenza e che consente un'indagine sull'esercizio del potere discrezionale al fine di verificare se il provvedimento utilizzato dalla Pubblica amministrazione, specialmente se sfavorevole al destinatario, sia allo stesso tempo necessario e commisurato al raggiungimento dello scopo prefissato dalla legge. Ma si pensi anche alla *class action* pubblica, per vero non ancora decollata, che, attraverso la verifica dell'efficienza del servizio pubblico, consente al giudice di apprezzare la congruità dell'azione amministrativa rispetto agli *standard* imposti.

Ma fino a che punto può assumere carattere ostativo la riserva di amministrazione?

Si osserva, al riguardo, che non ha fondamento costituzionale e che il controllo sull'amministrazione è insito nella stessa divisione dei poteri in un contesto democratico moderno, perché era l'*ancient regime* che lo escludeva. In effetti vi è da chiedersi perché la divisione dei poteri vale quando a giudicare è il giudice amministrativo e non anche quando lo scranno è del giudice ordinario, se è vero che in sede penale la disapplicazione dell'atto illegittimo non accusa limitazioni di sorta. Peraltro il giudice ordinario, ove chiamato ad esaminare questioni afferenti alla spettanza dell'equo indennizzo, accede senz'altro al fatto. Del resto, l'ontologica differenza tra discrezionalità tecnica ed amministrativa fa sì che il sindacato della prima non sia in grado di intaccare il principio di separazione dei poteri così come non sembra che possa evidenziarsi un *vulnus* alla legittimazione democratica della P.A. atteso che la discrezionalità

necessario accertare o apprezzare l'esistenza, l'entità o la rilevanza di un dato o di fatto mediante l'uso di specifiche conoscenze anche di carattere extrascientifico (c.d. consulenza percipiente). Se in generale le conclusioni di una consulenza deducute sono valutabili dal giudice con riferimento alla coerenza ai quesiti, alla pertinenza ai fatti oggetto dell'indagine, alla corretta applicazione delle regole tecniche o economiche, quelle concernenti invece la consulenza percipiente possono essere respinte qualora appaiono inficiate da macroscopici vizi logici del processo valutativo, all'irrazionalità delle conclusioni, ovvero in caso di macroscopici eventuali errori materiali, e a tal fine il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, deve procedere ad una valutazione necessariamente unitaria, tenendo conto degli elementi che possano indurre a ritenere eventualmente inattendibili le valutazioni effettuate» (cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4624).

tecnica non è esercizio di potere amministrativo in senso stretto, cioè discrezionale. Né si può affermare che l'art. 97 della Costituzione fondi una riserva di valutazione tecnica in favore dei pubblici apparati, in quanto non può presumersi che la P.A. sia più organizzata e più efficiente di qualsiasi altro soggetto, così come non può reggersi sull'art. 17 della l. n. 241/1990 regolando questo un mero meccanismo acceleratorio endoprocedimentale.

Ma il travalicamento dei confini che al momento ostacolano il pieno accesso del giudice amministrativo al fatto si impone per lo stesso principio di effettività contemplato dal c.p.a (art. 1), in quanto non può riconoscere il risarcimento del danno con riguardo agli interessi legittimi pretensivi se non effettuando un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita in capo al privato e quindi valutando se esistano effettivamente i presupposti per il rilascio del provvedimento favorevole. Tale giudizio sarebbe precluso se l'emissione del provvedimento si basa su valutazioni tecniche e la sindacabilità sia solo estrinseca. Non vi sarebbe cioè altra strada che attendere, una volta annullato il diniego, che la p.a. emetta il provvedimento favorevole, per poter conseguire il risarcimento del danno da ritardo⁵⁵. Non si deve, peraltro, trascurare che il più volte menzionato art. 31 co. 3 non si riferisce alle valutazioni tecniche ove parla di discrezionalità e nessuna differenza può legittimamente porsi tra l'azione di adempimento connessa all'azione annullatoria e l'azione di adempimento sul silenzio sotto il profilo dei limiti posti al sindacato del giudice amministrativo.

⁵⁵ La giurisprudenza mostra però delle aperture: «Non incide sull'ammissibilità di una azione verso il silenzio o l'inerzia della p.a. l'ampiezza della discrezionalità amministrativa implicata dagli atti di cui si lamenta il ritardo, dal momento che essa non impedisce il valido esercizio dell'azione, ma inibisce solo al giudice di pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, che ha effetti sulla delimitazione dell'interesse fatto valere nel giudizio, ma conferma la piena ammissibilità del ricorso e della connessa richiesta di risarcimento del danno anche sotto questo profilo» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1° agosto 2014, n. 4090, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014).