

LOREDANA GIANI

## GIUDICE AMMINISTRATIVO E COGNIZIONE DEL FATTO (IL PENSIERO DI ANTONIO ROMANO)

SOMMARIO: 1. Il sindacato diretto sul fatto: strumenti processuali e deferenza del giudice amministrativo. — 2. Opinabilità, indeterminatezza e sindacato estrinseco. — 3. I riflessi sul sistema probatorio e la compatibilità con i principi della CEDU. — 4. Incertezza della proposizione normativa, opinabilità della regola tecnica e ponderazione di interessi. Il ruolo delle interferenze sistemiche nella limitazione della insindacabilità del fatto da parte del giudice amministrativo. — 5. Conclusioni.

### 1. *Il sindacato diretto sul fatto: strumenti processuali e deferenza del giudice amministrativo.*

Che la verità dei fatti accertati dall'amministrazione e sui quali, ora diremmo, si innesta un suo esercizio di potere, sia stata un tema sul quale da sempre si sono cimentati gli studiosi della cosa pubblica è un dato inconfutabile. Già Romagnosi si interrogava sulla “validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso” (1). Un interesse che è perdurato nei cultori del diritto amministrativo ed in particolare del sistema delle tutele dando origine ad un vivo dibattito che, però, ha sempre trovato numerosi

(1) G.D. ROMAGNOSI, *Opere postume*, Tomo I, Milano, Tip. Ranieri Fanfani, 1836, il quale rilevava come “la base prima delle scienze è la storia di qualsiasi genere (...) Ma quand'anche i *fatti* fossero certi in sé medesimi, se chi deve recar giudicj su di loro non avesse prove indubitate della loro esistenza e delle specifiche circostanze o per l'esperienza o per indubitata autorità: i giudicj non risulterebbero mai certi. (...) Ma se sulla *nuda* inesaminata fede altrui si ammettessero i fatti, è troppo chiaro che il *fondamento* dei giudicj nostri sarebbe temerario. Allora con lavoro di questa precipitanza, si potrebbe sempre intrudere e far ammettere come certo qualsiasi fatto *non* contestato e sovente ancora fatti realmente *falsi*” (pp. 259-260).

ostacoli (2) e ciò anche quando, o forse soprattutto quando, l'accertamento del fatto da parte dell'amministrazione ha luogo attraverso l'applicazione di una norma tecnica o la norma attributiva del potere contempra un concetto giuridico indeterminato.

Ma nonostante ciò, l'attenzione non può (anzi non deve essere) rivolta altrove, dovendo, come autorevolmente sottolineato, il lavoro del giurista essere orientato ad individuare delle regole e principi volti a fissare quel "dover essere" che egli ritiene possibile (3). Regole e principi tra i quali, certamente, rientra quello della pienezza della tutela (4) del cittadino nei confronti di

(2) Sul punto A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, rilevava come la ritrosia del giudice amministrativo ad operare un pieno sindacato sul fatto fosse da ricondurre non solo a un "atteggiamento d'ossequio nei confronti dell'autorità" (p. 230), ma nella stessa sistematica processuale e procedimentale, allora del tutto assente nei termini odierni, che aveva spinto i giudici verso una funzione "normativa" dei principi dell'attività, distraendoli da un pieno controllo del fatto (p. 230). A ciò doveva aggiungersi la eterogeneità degli elementi "compresi nella generale categoria del fatto" (p. 230) che nella sistematica di Cammeo (*La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.) e poi di Levi (*Attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1967) porta a una sindacabilità diretta dei soli fatti semplici, limitando al solo sindacato indiretto la verifica dei c.d. fatti complessi, effettuata attraverso il sindacato sull'eccesso di potere.

(3) Il richiamo è evidentemente alla ricostruzione operata da A. ROMANO TASSONE, *Sul diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *AA.VV., I poteri e i diritti, incontri sulla frontiera*, Napoli, 2011, pp. 19 ss., anche in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. II, Napoli, 2012, pp. 887 ss. La numerazione richiamata nel testo si riferisce a questa seconda collocazione. Nel suo splendido lavoro sottolineava come il giurista che si proponga "di dettare regole per il mondo presente non [possa] sottrarsi all'esigenza, che di continuo si ripropone, di ricostruire, attraverso l'utopia, il valore e il significato" (p. 897), ricercando, così, di stabilire quel dover essere che egli ritiene possibile, altrimenti incorrerebbe "in una contraddizione funzionale" (p. 891).

(4) Sul punto sia consentito sottolineare come questo principio, questa esigenza sistemica, fosse avvertita con forza da Antonio Romano Tassone, rappresentando uno dei fari della sua preziosa ricerca, basti pensare ai lavori sulla motivazione (*Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit.) o anche a quello sul risultato (*Amministrazione « di risultato » e provvedimento amministrativo*, in *Studi economico giuridici in memoria di Franco Ledda*, vol. II, Torino, 2004, pp. 1035 ss., per citarne soltanto alcuni.

quella autocefalia (5) dell'amministrazione che nel tempo si è tradotta in una sua autonomia nella determinazione dei fini e, conseguentemente, nella strutturazione del controllo come un (mero) controllo dell'amministrazione per atti (6). In questo senso il giurista si trova a perseguire una "utopia imperfetta" che concorre alla statuizione di principi che consentono quella apertura del sistema giuridico alle diverse esigenze manifestate nel tempo dai sistemi sociali di riferimento secondo una pura dinamica inferenziale.

Non è certamente questa la sede in cui ripercorrere le numerose e affascinanti ricostruzioni che si sono succedute nel corso degli anni (7) sul tema del controllo del fatto tanto da un punto di vista sostanziale (8), quanto processuale e che hanno dato luogo in alcuni casi ad un fortunato processo osmotico le cui conseguenze sono certamente percepibili ove si guardi, ad esempio, al percorso evolutivo della disciplina in materia di istruzione proba-

(5) Sul punto Antonio Romano Tassone rilevava come essa (l'autocefalia) appaia come un "dato sistematico e non occasionale, sia perché essa costituisce un corollario della struttura complessa della società, sia perché, sul piano più propriamente giuridico, essa è in gran parte frutto della acquisizione di autonomia da parte degli organi amministrativi, specie di quelli a base territoriale" (*Amministrazione « di risultato » e provvedimento amministrativo*, cit., p. 1042).

(6) Sul punto preme ricordare come proprio nel saggio sulla *Amministrazione di risultato*, egli ricordi come nel corso di un colloquio col suo compianto Maestro fosse emersa la "progressiva atrofia del vizio di sviamento di potere che, di fatto, sparisce nella casistica giurisprudenziale" (*Amministrazione « di risultato » e provvedimento amministrativo*, cit., p. 1042) e più in generale la insufficienza del sistema delle tutele strutturato sulla mera verifica della legittimità dell'atto amministrativo nella prospettiva di una tutela piena e sostanziale delle istanze del privato. Un insegnamento che Franco Ledda ha trasmesso a tutti i suoi allievi quasi conducendoli per mano sul cammino della sacralità dei valori.

(7) Tra i numerosissimi autori sia consentito limitare i richiami ai lavori di F. LEVI, *Attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1967, e di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

(8) In questo emblematico il lavoro di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., il quale, ben prima che lo statuto dell'azione della amministrazione vedesse la luce, anche nella sua iniziale forma embrionale, evidenziava la rilevanza probatoria della motivazione dei provvedimenti proprio in relazione alla conoscenza del fatto, anche complesso, da parte dell'amministrazione colmando, così, quella carenza, rilevata in apertura del suo lavoro, di un sindacato sulla "giustizia" degli atti dell'amministrazione che emergeva con chiarezza già dalla contrapposizione, voluta dalla dottrina, tra giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità.

toria nel quadro della regolamentazione del processo amministrativo. Disciplina che, almeno nella sua formulazione codicistica, sembrerebbe (e la formula dubitativa è d'obbligo a causa dell'applicazione che essa continua ad avere nelle sedi processuali) aver definitivamente consacrato quel pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo che da tempo veniva invocato dalla dottrina proprio nella richiamata prospettiva della garanzia di una piena tutela delle situazioni soggettive direttamente o indirettamente coinvolte da quel determinato esercizio di potere.

Nel passaggio dal piano della regolazione dei principi a quello della sua applicazione, però, come si dirà nel prosieguo, la pienezza della tutela (della situazione sostanziale per cui si chiede giustizia nel processo) non è garantita nelle sedi processuali nelle quali non risulta ancora del tutto superata quella "deferenza" che il giudice amministrativo ha nei confronti dell'accertamento del fatto condotto dall'amministrazione, in concreto ritenuta titolare di quel complesso di conoscenze, di quell'*expertise*, che induce a non dubitare delle sue operazioni di accertamento del fatto, così sottratte, nella maggior parte dei casi dietro il baluardo dell'apprezzamento dell'interesse e dell'opinabilità del criterio applicato, al sindacato diretto, riproponendo, soprattutto nelle ipotesi di pseudo-discrezionalità, gli schemi propri di una verifica esterna dell'azione dell'amministrazione condotta facendo ricorso ai criteri della logica formale propri del sindacato estrinseco.

E ciò nonostante da un punto di vista sostanziale la dottrina, e anche parte della giurisprudenza (9), da tempo abbiano dipanato gli impervi costrutti teorici che impedivano l'accesso al fatto, proiettando l'azione dell'amministrazione in una luce del tutto diversa.

Sebbene, infatti, almeno formalmente, paiono superate quelle ricostruzioni che spingono la discrezionalità tecnica (10) verso il

(9) È chiaro il richiamo in questa sede a Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999, n. 601 che, come noto, consacra la partizione della discrezionalità tecnica dalla discrezionalità amministrativa pura, evidenziandone la diversa natura e, soprattutto, sottolineando come il richiamo alla tecnica **intenesse** essenzialmente all'accertamento del fatto da parte dell'amministrazione.

(10) Con riguardo alla nozione di discrezionalità tecnica, tra i numerosi autori che in diversa prospettiva si sono occupati del tema, in aggiunta a quelli richiamati nel testo, cfr.: P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in

merito, ricollocandola nella più consona fase di accertamento del fatto, l'istruzione probatoria viene condotta in concreto secondo schemi e moduli del passato, trovando, il pieno accertamento, un ostacolo nella "opinabilità" che, come si vedrà, viene spostata dal momento della sussunzione del fatto a quello della valutazione dell'interesse.

## 2. Opinabilità, indeterminatezza e sindacato estrinseco.

Dall'esame del dato giurisprudenziale emerge con chiarezza che, sebbene sia riconosciuta (almeno in astratto) l'estraneità della valutazione tecnica rispetto al profilo valutativo (riservato all'interesse pubblico) (11), la piena conoscenza del fatto continua a trovare ostacoli imputabili essenzialmente alla riconduzione della opinabilità al momento della valutazione.

*Jus*, 1957, pp. 95 ss.; E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1959, III, pp. 193 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. GIUFFRÈ*, Milano, 1967, pp. 295 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e Giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, pp. 1 ss.; A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. CAPACCIOLI*, Milano, 1988, pp. 600 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il dir. dell'econ.*, 1996, pp. 251 ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 469 ss.; D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 1998, pp. 331 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2001, pp. 80 ss. Tra gli studi più recenti cfr. S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 349 ss.; Id., *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. amm.*, 2013, pp. 385 ss.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, ivi, pp. 509 ss.

(11) Sul punto non si può non rinviare alla chiara ricostruzione operata da F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss. anche in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 247 ss. e in *Scritti giuridici*, Padova 2002, p. 179 ss. alla cui collocazione si riferiscono i richiami effettuati nel testo; Id., *Determinazione discrezionale e doman-*

I nodi problematici si aggregano principalmente in relazione alla individuazione del “criterio” posto a base della valutazione rispetto alla quale si avverte con forza il retaggio del passato, caratterizzato da quella oscillazione della tecnica tra merito amministrativo e limite del potere riconducibile proprio alla “opinabilità” riferita alla incertezza del criterio da applicare o perché alternativo ad altri criteri proposti dalla medesima scienza, o in ragione dei risultati la cui applicazione conduce, in altri termini, al grado di soggettività che esso implica (12).

Infatti, ricorrendo la opinabilità, l’eventuale rivalutazione del fatto da parte del giudice amministrativo viene vista come una inaccettabile sostituzione del giudice amministrativo al momento della volizione dell’amministrazione, con conseguente limitazione del sindacato entro i tradizionali confini del sindacato estrinseco e, quindi, anche dell’apparato probatorio utilizzabile, come se, in presenza di una opinabilità, il sindacato intrinseco finisse automaticamente per sconfinare nel sindacato forte.

E questo emerge con chiarezza quando il giudice di fatto condiziona l’accesso al sindacato intrinseco alla esistenza di una “inattendibilità a un controllo di ragionevolezza, coerenza tecnica e accettabilità, in base alle conoscenze attuali della determinazione amministrativa” (13).

Si tratta di un limite generale che trova applicazione anche con riferimento alle c.d. valutazioni irripetibili, quali quelle svolte da una commissione giudicatrice, rispetto alle quali il sindacato è limitato ad eventuali ed evidenti ipotesi di sviamento logico o di errore di fatto o di contraddittorietà rilevabile *ictu oculi* (14).

*da di diritto*, in *Studi in on. di F. BENVENUTI*, Modena, 1996, pp. 955 ss., anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 365 ss. alla cui collocazione si riferiscono le citazioni.

(12) Sul punto cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., il quale opera una ricostruzione, sulla quale si tornerà nel prosieguo del lavoro che muovendo dal grado di soggettività della scelta operata dall’amministrazione (*rectius* dei parametri da essa applicati nella adozione della decisione) giunge a postulare la necessità o meno della motivazione del provvedimento, intesa, appunto, quale strumento di garanzia.

(13) Cons. Stato, VI, 12 giugno 2008, n. 2902.

(14) E questa sembra anche la posizione assunta dai giudici di Cassazione, SS.UU., 28 maggio 2012, n. 8412.

Una posizione fortemente criticata in dottrina (15) e che trova qualche minima apertura in quei casi in cui vi è da parte del giudice amministrativo l'esaltazione del principio di effettività della tutela (si pensi alle controversie in cui si discute della scelta di un criterio più selettivo da parte delle commissioni) con conseguente affermazione della impossibilità del giudice di esimersi dalla valutazione dell'apprezzamento effettuato dall'amministrazione in caso di erroneità "in concreto valutabile", con conseguente riedizione delle operazioni tecnico valutative e risoluzione del problema amministrativo (16) attraverso un riassetto del rapporto amministrativo. Non si può sottacere, però, che anche in queste decisioni l'opinabilità viene contrapposta all'errore di giudizio (17).

Nello stesso senso vanno lette quelle decisioni in materia di

(15) Sul punto A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., rilevava come la componente di soggettività evidenziata da una parte della dottrina (V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 462 ss.) non fosse tale da giustificare una sottrazione di tali valutazioni a qualsiasi forma di sindacato giurisdizionale. Muovendo dalla considerazione della possibilità, di oggettivizzare la valutazione soggettiva, in aggiunta al sindacato indiretto (sul punto richiama il lavoro di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.) intravede la possibilità di un sindacato di tipo diretto "ove il giudice possa adire senza intermediari il fatto oggetto del giudizio" (p. 298, nota 199). E dunque, nello specifico delle valutazioni concorsuali, rileva: "Ove poi l'« episodio di vita » sia incarnato in un elaborato scritto non siamo del tutto convinti che su di esso non si possa esplicitare addirittura il sindacato giurisdizionale diretto, o secondo un parametro di assoluta obiettività (per esempio: un problema di matematica), ovvero secondo un criterio di « ragionevolezza sostanziale », nel senso indicato da Ledda (è proprio sempre impossibile controllare la fondatezza del giudizio di insufficienza espresso da una commissione d'esame per l'abilitazione all'esercizio della professione forense su un elaborato di procedura civile?)" (pp. 298-299, nota 199).

(16) Sul tema del "problema amministrativo" è d'obbligo il richiamo ai lavori di F. LEDDA, in particolare F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit. e ID., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, cit.

(17) Sulla insindacabilità del parere medico legale delle CMO cfr., da ultimo, Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2013, n. 5936, e Cons. Stato, VI, 17 luglio 2013, n. 3900, nella quale la "verifica" della questione tecnica (dipendenza da causa di servizio) risolta dall'amministrazione si limita ad una richiesta di spiegazioni in ordine al mancato espletamento di un esame clinico la cui ragionevolezza (delle spiegazioni offerte dall'amministrazione) esclude la necessità di ulteriori verifiche da parte del giudice amministrativo. In dottrina si vedano le note adesive di G. FERRARI, *Il*

potestà sanzionatoria dell'Antitrust nelle quali, a fronte di una timida apertura, radicata poi in una norma comunitaria, si registra però un intervento restrittivo delle SS. UU. della Cassazione (18) che, proprio in relazione agli atti dell'AGCM hanno tenuto a ribadire che il giudice amministrativo non può "esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione" ma, in caso di giudizi opinabili, il giudice non può accertare i presupposti di fatto involgenti profili tecnici, potendo solo "vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano i limiti di opinabilità dell'apprezzamento compiuto".

Ma pretermettendo alla valutazione del fatto un sindacato ispirato ai criteri della logica formale, a sommosso avviso di chi scrive, si riformula proprio quel limite intrinseco connesso al mancato accertamento del fatto (19) da parte del giudice amministrativo.

Così facendo, infatti, si genera automaticamente ed implicitamente, un accreditamento di quei codici epistemologici, nonché del procedimento seguito dall'amministrazione che, invece, indipendentemente dalla opinabilità, dovrebbero essere sottoposti a un vaglio critico secondo le contestazioni fatte da parte ricorrente (a meno che queste non risultino palesemente infondate).

### 3. *I riflessi sul sistema probatorio e la compatibilità con i principi della CEDU.*

I rapidi richiami svolti consentono di cogliere anche le ragioni a base delle oscillazioni giurisprudenziali in materia di prove. Si

*procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza da causa di servizio e la liquidazione dell'equo indennizzo*, in *Foro amm.* - CDS, 2011, pp. 1951 ss.

(18) 20 gennaio 2014, n. 1013.

(19) Sul punto non si può non rammentare come F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., avvertiva che "sotto il manto di una argomentazione ineccepibile nel suo aspetto logico-formale possono celarsi errori di valutazione tecnica talmente gravi, da inficiare radicalmente la soluzione del problema" (p. 220).

pensi, ad esempio, alla giurisprudenza in materia di pareri pro-veritate, o alla granitica giurisprudenza in materia di accertamenti effettuati dalle CMO rispetto ai quali, a fronte di alcune timide aperture dei giudici di primo grado (20), il Consiglio di Stato (21) ha prontamente escluso la possibilità di operare una rivalutazione del fatto. Il giudice, infatti, a sostegno della propria posizione restrittiva delinea i confini della CTU, precisando che essa è consentita “unicamente al fine di vagliare non la opinabilità tecnico scientifica del giudizio di non dipendenza, e tantomeno di sostituirsi, ma solo la presenza di gravi elementi di illogicità o anomalie tali che ne richiedano la riformulazione” (22).

E nello stesso senso possono essere lette due sentenze gemel-

(20) Il richiamo è alla nota decisione del TAR Lombardia, Milano, I, 4 settembre 2014, n. 2306, nella quale la sindacabilità, e sostituzione, della valutazione operata dalla Commissione viene ammessa in considerazione del fatto che “la regola tecnica inserita nella struttura della norma giuridica” — nella specie l’apprrezzamento tecnico medico a base del riconoscimento della causa di servizio e della concessione dell’equo indennizzo — “è strumentale solo all’accertamento di un fatto storico (presupposto sanitario), avendo già il legislatore compiutamente identificato il bisogno tutelato” (la valutazione di interesse) “benché la determinazione del tipo di patologia e di lavorazione, dell’entità del beneficio ritenuto compatibile con le altre missioni di bilancio pubblico, del modello di relazione causale tra patologia e condizioni di lavoro. Ne consegue che, nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento di una patologia come causa di servizio, gli elementi medici in base a cui accertare tale riconoscimento sono nella disponibilità del ricorrente e in presenza di un accertamento negativo da parte dell’amministrazione spetta allo stesso fornire quanto meno un principio di prova a fondamento della sua pretesa” (in senso conforme, TAR Lombardia, Milano, III, 30 gennaio 2011, n. 277).

(21) Si veda, ad esempio, Cons. Stato, IV, 8 gennaio 2013, n. 31, relativa alla decisione del Tar Lombardia, Milano, III, 30 gennaio 2011, n. 277, cit., accogliendo l’appello e dichiarendo inammissibile il ricorso in primo grado in relazione all’azione di accertamento proposta, così qualificando la contestazione della valutazione operata dalla CMO.

(22) A sostegno della propria ricostruzione, tra l’altro, i Giudici di Palazzo Spada rilevano che “il giudice che pronunci il diritto al riconoscimento della dipendenza da causa di servizio” accoglie una “azione inammissibile sotto il profilo tipologico, sia in quanto non si verte in materia di diritti soggettivi, sia perché tendente a sostituirsi alle valutazioni dell’amministrazione” non essendo possibile, secondo la impostazione fatta propria dalla Sezione, tale tipo di cognizione, “restando l’effettività della tutela che intenda affermare la dipendenza dal servizio, limitata e affidata alla eventuale sede conformativa dell’azione dell’amministrazione rispetto a quel giudicato che sia pervenuto a dimostrare la sussistenza dei vizi sopra richiamati”, cioè dei tradizionali vizi del sindacato di legittimità.

le delle SS. UU. (23) nelle quali, attraverso il vizio dell'eccesso di potere giurisdizionale, viene criticato l'uso fatto in sede di appello della CTU, utilizzata per confutare "la valutazione della inaffidabilità dell'impresa" effettuata dalla stazione appaltante in sede di gara.

Alla base del riconoscimento dell'eccesso di potere cognitivo da parte del giudice ai danni dell'amministrazione, v'è l'affermazione secondo cui il concetto indeterminato utilizzato dal legislatore (l'affidabilità dell'impresa) "asigna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento del contraente" e, dunque, la valutazione effettuata dal giudice per il tramite della CTU delle valutazioni circa la presunta inaffidabilità dell'impresa (valutazione della attendibilità) oltrepassa i limiti del sindacato consentito, o meglio, rappresenta, nella prospettiva fatta propria dal giudice di legittimità, un eccesso di potere giurisdizionale.

Si tratta di una decisione che, in concreto, può avere una portata assai negativa sul possibile sviluppo dell'istruzione probatoria da parte del giudice amministrativo ove intesa nel suo senso più assoluto. A tal fine, l'unica lettura possibile, ove si voglia liberare da ulteriori ostacoli il cammino verso la piena tutela, è garantita da una contestualizzazione della decisione, limitandone la portata alla materiale formulazione dei quesiti al consulente e, soprattutto, sulle esplicitazioni dello stesso inerenti alla "non condivisibilità" delle valutazioni. Dunque una mera non condivisione che avrebbe portato alla sostituzione della valutazione dell'amministrazione, consentendo uno sconfinamento, a detta del giudice, nell'area riservata all'amministrazione (24).

E sul punto non si può non concordare con quella parte della dottrina che criticamente ha rilevato come il giudice di Cassazione, arrogandosi la competenza a giudicare sul "controllo dell'osservanza (da parte del giudice amministrativo) delle regole del giusto processo" rischia di frustrare ulteriormente la effettività

(23) Il richiamo è alle sentenze 23 febbraio 2012, n. 2312 e 2213.

(24) Si è ben consapevoli però che la lettura proposta di fatto tende a circoscrivere i potenziali effetti negativi delle decisioni dei Giudici di Cassazione, ma non elimina certamente le numerose ombre che offuscano la portata delle stesse.

della tutela garantita al privato (25). In altri termini si potrebbe dire, provocatoriamente, che esso si trasforma in “giudice nell’amministrazione”, nel tentativo di confinare l’ambito di operatività del Consiglio di Stato, con il rischio, come rilevava lo stesso estensore della sentenza che per prima ha aperto la via al sindacato della discrezionalità tecnica, che “tra i due giudici in conflitto, finisca per godere il terzo, ossia l’amministrazione” (26).

Ma la situazione sommariamente descritta risulta complicarsi ulteriormente ove letta attraverso la lente della *full jurisdiction* imposta dalla CEDU.

E’ sì vero che la compatibilità del nostro sistema con i parametri CEDU è stata valutata positivamente, e “sbandierata a proposito”, come rilevava una parte della dottrina nostrana (27), dalla Cassazione, ma è anche vero che il problema di compatibilità esiste.

Sul punto basta leggere la *dissenting opinion* espressa dal giudice Pinto de Albuquerque il quale, proprio nella sentenza Menarini (28) (e statuizioni di analogo tenore si trovano nella

(25) In tal senso non si possono non richiamare le osservazioni critiche svolte da R. VILLATA, “Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, pp. 324 ss. In senso molto meno critico, F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di Adolfo Angeletti), n. 3, 2013, pp. 694 ss.

(26) Così S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2014, pp. 99 ss.

(27) E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, pp. 685 ss. Sul punto si rinvia anche alle osservazioni svolte da M. ALLENA, *L’art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’interno degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Riv. it. Dir. Pubb. Com.*, 2012, pp. 267 ss.; ID., *La rilevanza dell’art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, pp. 569 ss.; F. GOISIS, *Un’analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, pp. 669 ss. In prospettiva più ampia cfr. F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, pp. 428 ss.

(28) Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 settembre 2011, caso 43509/08, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie.

sentenza Grande Stevens/Consob (29)) rileva che è lo stesso sistema normativo italiano ad escludere un controllo di piena giurisdizione, in ciò avallato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo. Rileva infatti, a proposito del sindacato effettuato nel caso di specie, che è innegabile che si trattasse di un controllo solo formale, non avendo il giudice “analizzato il nucleo della motivazione della decisione amministrativa di condanna, vale a dire la valutazione tecnica dei fatti contestati dal ricorrente” (30). Ed è proprio tale “deferenza” a “svuotare il controllo giurisdizionale sui fatti oggetto della decisione di condanna del suo contenuto reale e pratico”, cioè quello di piena giurisdizione; in altri termini di una giurisdizione esaustiva che comprenda tutti gli aspetti, di fatto e di diritto, esautività che presuppone e non può prescindere dalla completezza dell’accertamento, anche del fatto — quantunque tecnico e collocato nel “limbo” della opinabilità —, da parte del giudice amministrativo (31).

E più di recente, sempre la CEDU (32) ha riconosciuto la non conformità della verifica ai requisiti del § 1 dell’art. 6 della convenzione poiché essa risultava redatta da un organo che non poteva essere considerato imparziale ed indipendente (il collegio medico legale della difesa al quale il Consiglio di Stato aveva chiesto una verifica al fine di determinare l’eventuale nesso tra infermità del ricorrente ed il servizio militare, negato dalla Commissione medica ospedaliera) (33). Ma soprattutto perché lo stesso Consiglio di Stato aveva escluso di avere “il potere di esaminare il merito delle conclusioni della consulenza tecnica redatta dal Collegio”, conferendo ad essa carattere dominante anche rispetto alle contrapposte osservazioni presentate dal con-

(29) Corte europea dei diritti dell’Uomo, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10 e 18698/2010, Grande Stevens e Autres c. Italie.

(30) Punto 7 della *dissenting opinion*.

(31) Sul punto si rinvia all’analisi svolta dal F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

(32) CEDU, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11 - Di Placì c. Italia. Sul punto cfr. L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in AIC.

(33) Punto 77 della decisione.

sulente del ricorrente, alterando, dunque, quella parità processuale che, invece, è richiesta dalla Convenzione (34).

4. *Incertezza della proposizione normativa, opinabilità della regola tecnica e ponderazione di interessi. Il ruolo delle interferenze sistemiche nella limitazione della insindacabilità del fatto da parte del giudice amministrativo.*

Proprio le critiche mosse, direttamente o indirettamente, al nostro sistema consentono di riportare l'attenzione sul piano sostanziale al fine di sottolineare come la tutela approntata nelle sedi giurisdizionali mostri come si sia ancora lontani dal ritenere che la norma tecnica viene a collocarsi nell'inferenza deduttiva propria del sistema giuridico nel momento iniziale della struttura fatto-norma-potere-effetto.

E la circostanza per cui essa (la norma tecnica) porti ad una valutazione del fatto che in alcuni casi può non essere univoco (apprezzamento) non deve essere confusa con quella imperfezione della stessa inferenza deduttiva riconducibile alla mancata determinazione, da parte della legge attributiva del potere, degli effetti, della regola del caso concreto, rimessa alla valutazione dell'amministrazione.

In questa prospettiva si distinguono due piani: l'accertamento del fatto, che ben può avvenire alla luce di una norma tecnica (anche opinabile) e la scelta discrezionale, connessa, quest'ultima, e solo quest'ultima, alla valutazione dell'interesse, espressione del momento volitivo dell'amministrazione che si pone come risposta ad una "domanda di diritto" (35).

Così facendo si individua quella relazione di contesto che dà contenuto alla disposizione del regolamento di interessi che ca-

(34) Punti 78 e 79. In particolare in quest'ultimo si sottolinea che "Trapela inoltre che, in conseguenza della composizione, della posizione e del ruolo processuale del Collegio nel procedimento dinanzi al CS il ricorrente non era in posizione di parità con il suo avversario, lo Stato, come avrebbe dovuto essere in conformità con il principio della parità delle armi. Tale conclusione è sufficiente per concludere che il ricorrente non ha avuto un equo processo dinanzi a un tribunale imparziale e in posizione di parità con il suo avversario nel procedimento dinanzi al CS".

(35) Sul punto d'obbligo il richiamo a F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, cit., in particolare p. 373.

ratterizza la scelta discrezionale aggiungendosi al momento interpretativo *stricto sensu* inteso, e che al contempo risulta il terreno sul quale si valuta, attraverso la lente della ragionevolezza, la decisione amministrativa.

Valutazione dell'interesse che, ove letta attraverso la lente del risultato amministrativo, inteso come mezzo attraverso cui epurare dai contenuti politici la scelta amministrativa, non può non essere soggetta al pieno sindacato giurisdizionale (36).

In questa prospettiva, dunque, si scindono i due momenti, quello politico, consistente nella predeterminazione (37) del risultato, e quello amministrativo, il cui contenuto gioco forza diventa di attuazione di un obiettivo (il risultato) predeterminato, funzionale alla garanzia di quel principio di certezza che "giustifica il diritto come struttura sociale" (38) e che consente una piena sindacabilità della scelta, intendendo con essa un pieno accesso al fatto.

E proprio con riferimento alla questione della opinabilità, che come si è visto come l'araba fenice risorge dalle sue ceneri impedendo il sindacato pieno sul fatto, non si può non rilevare come essa, in concreto, non possa assurgere ad ostacolo ove, seguendo proprio gli insegnamenti di Ledda e di Antonio Romano Tassone si prenda spunto dalle teorie della conoscenza.

Ed infatti, l'incertezza della proposizione normativa, o della regola tecnica che essa richiama, non ha nulla a che vedere con la valutazione (ponderazione) degli interessi. Essa è sì prodromica alla scelta, ne è il presupposto essenziale, muovendo da essa la determinazione del fatto su cui il problema amministrativo poggia, ma non è espressione di valore. E la stessa incertezza (ad

(36) Sul punto proprio A. ROMANO TASSONE (*Amministrazione « di risultato » e provvedimento amministrativo*, cit.), critico nei confronti degli studi sul tema, rilevava che "la considerazione dell'azione in termini di risultato è piuttosto traducibile come valutazione appartenente alla discrezionalità (o pseudo-discrezionalità) tecnica, con le ovvie conseguenze in termini di sindacabilità da parte del giudice amministrativo" (p. 1043). In analoga prospettiva, sia pure senza richiamare il risultato, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., pp. 297 ss.

(37) Sulla predeterminazione si rinvia per tutti allo studio di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998.

(38) A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione « di risultato » e provvedimento amministrativo*, cit., p. 1047.

esempio del risultato cui la applicazione della norma opinabile conduce) non è non controllabile in quanto l'elemento soggettivo (la scelta da parte dell'agente del criterio da applicare) ben risulta oggettivabile, e dunque sindacabile in sede giurisdizionale, o attraverso una riedizione del procedimento di accertamento (al fine di valutarne la sua correttezza) o attraverso la sostituzione del criterio ove elementi oggettivi (quali possono essere le risultanze di ricerche scientifiche accreditate) lo consentano, il tutto nella prospettiva della ragionevolezza sostanziale della soluzione (al problema amministrativo) approntata dall'amministrazione (39).

In questa ottica restano confinati, per usare le parole di Antonio Romano Tassone, alla valutazione subiettiva solo quei giudizi nei quali la definizione del parametro è rimessa ad una decisione del valutatore "sottratta a qualsiasi contestazione di validità tramite il richiamo a regole convenzionalmente date" (40). E così si comprende perché la stessa istruttoria procedimentale (cioè quella in cui la qualificazione del fatto da parte dell'amministrazione ha luogo) viene configurata come una estensione procedimentale a contenuto discrezionale tecnico postulandone la piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo (41), con il limite della rispondenza ai criteri di ragionevolezza per quelle valutazioni subiettive non obiettivabili.

(39) In questo senso A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., sia pure in una prospettiva diversa rilevava come "non esiste predicato della realtà insuscettibile di definizione e comprensione in termini storicamente obiettivi, ossia sulla base di un processo cognitivo riproducibile da chiunque partecipi alla razionalità immanente in un contesto storico sociale determinato" (p. 262), e così anche gli stessi giudizi estetici "possono risultare obiettivamente sostenibili ove .... si affidi la loro formulazione a regole generalmente valide e suscettibili di eguale applicazione (per esempio: la ricchezza o la rarità del materiale adoperato)" (p. 265).

(40) A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 266. Egli distingue tra giudizi subiettivi elaborati facendo "riferimento a elementi a loro volta suscettibili di rilevazione obiettiva" (p. 266) e, dunque, riproducibili e verificabili (sottratti a qualsiasi contestazione circa la scelta parametrica) e giudizi fondati su una regola subiettiva che "sfuggono a qualsiasi contestazione che non attenga alla coerenza interna del ragionamento valutativo" (p. 267). Due ipotesi cui si aggiunge una terza, certamente lineare, dei giudizi fondati su criteri obiettivi.

(41) A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 268.

Alla luce di ciò risulta chiaro che la norma tecnica opinabile, pur avendo contenuto subiettivo, risulta essenzialmente riconducibile a criteri obiettivi (42). E in questa prospettiva, anche con riferimento ai concetti giuridici indeterminati, in relazione alla determinazione del rapporto tra norma e fatto, la indeterminatezza della proposizione giuridica, come insegnano la dottrina e soprattutto la giurisprudenza tedesca, non possono essere addotte a fondamento della insindacabilità.

Se si condividono le premesse da cui si è partiti, e cioè che l'indeterminatezza e la opinabilità attengono a quella parte della proposizione normativa cui va riferito il procedimento di sussunzione, il giudice non può trovare in esse un limite allo svolgimento della propria attività ma al contrario diventa "l'assoluto protagonista" (43), o meglio il "vero artefice della positivizzazione delle soluzioni interpretative" (44), senza che ciò comporti una sostituzione alla volizione dell'amministrazione che, come detto, non riguarda il fatto ma la ponderazione degli interessi alla luce del risultato predeterminato a livello politico.

In questa prospettiva in cui il sistema giuridico è parte ed espressione di un sistema più generale, il sistema sociale, rispetto al quale rappresenta la struttura e pertanto di necessità deve essere funzionale alle esigenze da esso (sistema sociale) espresse,

(42) A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., sul punto rileva che "anche negli episodi di più intensa soggettività, le valutazioni tecniche possono presentarsi del tutto inaccettabili (« irragionevoli », nel senso proposto da Ledda), ed in tal caso esse appaiono sindacabili direttamente. Il difficile è indicare dove stia il limite tra l'opinabilità e l'arbitrio: non casualmente (...) la giurisprudenza francese e inglese che fa uso del criterio di « ragionevolezza sostanziale », ne propone una immagine essenzialmente negativa, utile più a sanzionare ciò che nel comune convincimento della *Koiné* degli esperti, si rivela senz'altro arbitrario, anziché individuare il nucleo del criterio di ragionevolezza pur adoperato" (p. 299, nota 199).

(43) A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 307.

(44) "Se un concetto giuridico sia « determinato » ovvero « indeterminato », se sia enucleabile attraverso operazioni cognitive di tipo obiettivo o subiettivo, ancora una volta sarà la giurisprudenza a stabilirlo (nulla potrebbe infatti impedire ai giudici di formulare, per proprio conto ed a proprio uso, un parametro che definisca in termini di immediata applicazione ciò che debba intendersi per prospettiva monumentale....)". A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 308.

nulla vieta al giudice di rintracciare proprio nel sistema sociale di riferimento gli elementi necessari per dare contenuto alla proposizione indeterminata, o valutare (e il termine può indurre in errore, facendo automaticamente venire alla mente la ponderazione di interessi che, si ribadisce è cosa diversa, esterna e successiva alla acquisizione dei dati fattuali da parte dell'amministrazione), *rectius* riesaminare, l'apprezzamento effettuato alla luce di una norma tecnica opinabile (45).

La determinazione di contenuto, il criterio per la rivalutazione dell'apprezzamento emergono dall'interferenza sistemica che naturalmente non può essere impedita e che trova la propria essenza nella interpretazione della norma da parte dell'amministrazione prima e del giudice poi (46). E, dunque, l'unico limite al sindacato non va ricercato nella indeterminatezza del criterio, nella sua opinabilità, quanto piuttosto, come giustamente rilevava l'Autore considerato, nella sua elasticità (47) che attribuisce alla norma quell'« alone di indeterminatezza » che coincide con lo spazio di « libera valutazione dell'amministrazione e in quanto tale sottratto al sindacato ~~in quanto~~ è solo la elasticità a rendere impossibile al giudice l'esercizio della sua funzione interpretativa, ricercando, come detto, all'interno del sistema sociale le coordinate che gli consentono un pieno accesso al fatto (48). Ma anche

poiché

(45) In questo senso, rilevava A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, “l'eteronomia del precetto” (p. 310) vincola il soggetto decidente ad “adeguare il proprio operato ai criteri assiologici emergenti dal sistema storicamente inteso” (p. 310).

(46) Sul punto d'obbligo rinviare al lavoro di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; nonché alle riflessioni di F. MERUSI, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2009, pp. 43 ss.; in prospettiva parzialmente diversa, rapportata alla attuazione dei diritti fondamentali, L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 309 ss.

(47) In presenza di un concetto elastico, infatti, la sussunzione presuppone una “mediazione soggettiva dell'autorità” (A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 355). Si pensi, ad esempio, all'assoggettamento a vincolo di beni culturali. “Il concetto di « opera di particolare interesse storico-artistico » possiede tipicamente i connotati della elasticità; accanto ad un nucleo (*Begriffskern*) indiscusso ed « oggettivo » (...) sta un « alone concettuale » (*Begriffshof*), che consente di includere nella categoria in esame anche manufatti per altro verso significativi, sulla base di una soggettiva valutazione della competente autorità” (pp. 336-337)

(48) In questa prospettiva, pur riconoscendo il rilievo delle competenze dell'amministrazione, nei limiti del sistema processuale vigente all'epoca, A. ROMANO

in questo caso la valutazione da parte del giudice non è del tutto impedita, ma può essere effettuata volgendo l'attenzione a quei parametri definitivi utilizzati in concreto che devono essere coerenti con il concetto stesso e che possono consentire quella obiettivizzazione che apre la strada al sindacato diretto (49).

### 5. Conclusioni.

Alla luce delle osservazioni sin qui svolte si può concludere che la pienezza della tutela (o meglio la sua mancanza) non intercetta più il piano normativo processuale, quanto piuttosto sia dovuta ad un atteggiamento del giudice restio ad accettare il passaggio da un processo all'atto ad un giudizio sul rapporto, o meglio ad un giudizio sulla confutazione della soluzione che viene data (o non data) al problema amministrativo, cioè a quella domanda di diritto che la parte avanza sul piano sostanziale.

E lo strumentario processuale, come noto, si presterebbe certamente a questo cambiamento. Non solo ovviamente il richiamo alla disciplina delle prove ma anche alla complessa questione dell'azione di adempimento rispetto alla quale, limitandosi soltanto ad alcuni brevissimi e sommari cenni, non si può non rilevare che il limite viene individuato dalla giurisprudenza proprio nella "sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica" (50). E rispetto al profilo da ultimo richiamato si pone in una posizione certamente avanzata una decisione del giudice lombardo (51) nel suo richiamarsi alla cosiddetta "discrezionalità esaurita".

TASSONE, *op. ult. cit.*, vede nella motivazione, con funzione non a caso probatoria, e necessaria nelle ipotesi di criteri a valenza subiettiva, lo strumento che consente al cittadino prima, e al giudice poi, di acquisire "elementi precisi e documentati... dati concreti e controllabili" (p. 354) che consentono il sindacato pieno da parte del giudice.

(49) A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 338.

(50) Sul punto è sufficiente richiamare i contenuti della decisione della A<sub>P</sub> del Consiglio di Stato n. 3/2011.

(51) TAR Lombardia, Milano, III, 8 giugno 2011, n. 1428. Sull'impatto della richiamata decisione, tra i numerosi commenti si rinvia a A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm.*, TAR, 2011, pp. 1499 ss.; ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, pp. 1187 ss.

E proprio in questa prospettiva, se si confina la discrezionalità tecnica al momento di conoscenza del fatto, un compiuto svolgimento dell'istruttoria da parte del giudice, sulla base delle allegazioni di parte, e delle eventuali integrazioni disposte dal giudice della istruzione, o in applicazione del principio di non contestazione, ben può portare ad un accertamento del fatto tale da ritenere in concreto esaurita la discrezionalità dell'amministrazione (52). In ciò evitando anche che la tutela sostanziale dell'interesse vantato dalla parte — misura principe per la valutazione dell'efficacia del sistema processuale (53) — sia garantita dopo diversi interventi giurisdizionali che esauriscano i possibili effetti conformativi della sentenza fino a non lasciare altro spazio all'amministrazione per il riesercizio del potere (54), o, con riferimento al tema qui trattato, per una diversa conoscenza del fatto su cui innestare il riesercizio del potere.

In questa prospettiva, ciò che va lasciato all'amministrazione è il processo che porta alla definizione della misura del valore dell'interesse (pubblico) affidato alla sua cura, ma non la individuazione dei presupposti di fatto su cui tale determinazione si innesta.

Ma l'invocato passaggio è possibile solo se anche nel linguaggio dei giudici si diffonde la convinzione culturale — e i rapidi richiami mostrano le difficoltà che essi hanno ad entrare in questo nuovo ruolo — che quella che generalmente indichiamo come discrezionalità tecnica di fatto consiste in una attività di valuta-

(52) Sul punto si rinvia alla graduazione effettuata da A. CARBONE, *op. ult. cit.*, il quale cerca di garantire che la valutazione venga effettuata, almeno in prima battuta dall'amministrazione, sebbene non si ~~condivida~~ l'impostazione offerta nella parte in cui muove dall'assunto, che in questa sede si è messo in discussione, della sindacabilità piena della discrezionalità tecnica (p. 1516).

(53) In tal senso F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace, Atti del Convegno di Messina 15-16 aprile 1988*, Milano, 1993, ora in *Scritti giuridici*, cit., pp. 307 ss., in particolare p. 309.

(54) Sulla necessità che ciò accada nella sede procedimentale cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) il quale sottolinea come la soluzione (al problema della effettività della tutela vada ricercata “nel costringere l'amministrazione, nella fase del procedimento, a una disamina completa dell'istanza del privato, sì da esaurire one shot i margini di valutazione discrezionale e consentire una disamina completa della questione in sede giurisdizionale”.

zione, o meglio forse per evitare fraintendimenti di “conoscenza” del fatto che si pone quale presupposto per l’applicazione della norma (55). Essa, dunque, non attiene alla sua parte prescrittiva, bensì a quella condizionante l’applicazione della norma stessa.

Ed in questa prospettiva, la via per garantire una tutela piena ai privati coinvolti nell’azione amministrativa passa necessariamente per una piena conoscenza del fatto, indipendentemente dalla presenza o meno della opinabilità, non potendosi il giudice limitare a stabilire se le ragioni tecniche sono ragionevoli ma addentrarsi nel fatto affrontando le confutazioni mosse dalla parte fino al punto di prendere in considerazione anche gli altri criteri (tecnici) proposti individuando la soluzione migliore, incidendo il vizio della scelta discrezionale tecnica sulla stessa formazione del processo decisionale che evidentemente risulta fondato su premesse empiriche non corrette (56).

E in questo senso, nonostante il tanto invocato intervento del legislatore, la giurisprudenza non sembra essersi ad oggi affrancata da quell’« ipoteca degli schemi » che si traduce in una ipoteca sulla effettività della giustizia sostanziale e che fa sì che il cittadino di Amaurat continui ad inseguire la propria utopia.

(55) Prospettiva opposta è assunta da F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza sui processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004, II, p. 1091 ss.; la diversa prospettazione viene esaminata da D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, cit.; Id., *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, cit., la quale sottolinea l’uso ideologico della scienza evidenziando come, pur in assenza di una riserva legittima in capo all’amministrazione (in particolare cfr. p. 369), “la scientificità delle conoscenze applicate (...) ha legittimato un’estensione e un potenziamento di per sé ingiustificato dell’area del potere della pubblica amministrazione” (p. 368).

(56) Nel senso della ripetibilità in sede processuale delle valutazioni dell’amministrazione, indipendentemente dalla opinabilità, F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, pp. 107 ss.; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, pp. 413 ss.; Id., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, in particolare pp. 319 ss.

(57) Il richiamo è al lavoro di A. Romano Tassone, Sul diritto è utopia: le "utopie imperfette" del giurista, cit.

dovendo

- L V O