

MICHELE TRIMARCHI
Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Foggia
michele.trimarchi@unifg.it

NOTE SULL'INTENSITÀ DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI DI REGOLAZIONE

NOTES ON THE INTENSITY OF JUDICIAL REVIEW OF REGULATORY ACTS

SINTESI

L'articolo riflette sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione delle autorità indipendenti. Si affronta in primo luogo la questione se tale sindacato debba svolgersi secondo modalità diverse da quelle del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi in generale. L'Autore ritiene di no. Si affronta, in secondo luogo, la questione se vada conservata la distinzione, oggi posta in discussione, tra il sindacato sulla discrezionalità amministrativa e il sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione. L'Autore ritiene di sì. Infine, si affronta la questione se il sindacato del giudice debba arrestarsi sulle soglie della attendibilità della valutazione tecnica dell'amministrazione ovvero se il giudice debba individuare la soluzione "più attendibile" e far dipendere da ciò l'esito della lite. Al riguardo l'Autore ritiene preferibile ragionare in termini di confutazione del giudizio tecnico: è attendibile solo quello che non risulta confutato a conclusione dell'istruttoria processuale.

ABSTRACT

The article examines the intensity of judicial review exercised by administrative courts over regulatory acts issued by independent authorities. Firstly, it addresses whether such judicial review should be conducted differently from the review of administrative acts in general. The Author argues that it should not. Secondly, the article considers whether the distinction—currently under debate—between judicial review of administrative discretion and judicial review of the administration's technical assessments should be maintained. The Author contends that it should. Lastly, the article explores whether judicial review

should be limited to assessing the reliability of the administration's technical evaluation or whether the court should identify the "most reliable" solution and base the outcome of the dispute on that determination. In this regard, the Author advocates for an approach based on the refutation of the technical assessment: an assessment is deemed reliable only if it remains unrefuted at the conclusion of the judicial proceedings.

PAROLE CHIAVE: autorità indipendenti, regolazione, sindacato giurisdizionale, valutazioni tecniche

KEYWORDS: independent authorities, regulation, judicial review, technical assessments

INDICE: 1. Premessa. - 2. Contro la specialità del sindacato degli atti di regolazione. - 3. Sindacato sulle valutazioni tecniche e sindacato sulla discrezionalità. - 4. (segue) Difesa della distinzione. - 5. L'attendibilità del giudizio nella logica della confutazione.

Premessa

Nel diritto amministrativo contemporaneo ricorre frequentemente il sostantivo 'regolazione' – utilizzato anche come complemento di specificazione della funzione (funzione di regolazione) o all'atto (atto di regolazione).

Il significato del termine, però, non è univoco. Basti pensare, a titolo di esempio, che si parla di regolazione per indicare l'intera attività autoritativa della pubblica amministrazione¹, altre volte la porzione di essa rivolta all'introduzione di regole generali², e altre volte ancora un determinato assetto di rapporti tra Stato ed economia che si esprime a livello istituzionale nel modello delle autorità amministrative indipendenti³.

Per chiarezza è allora opportuno precisare che in questa sede per 'atto di regolazione' si intende una categoria di atti delle autorità amministrative indipendenti, quelli rivolti alla "predeterminazione delle regole di comportamento destinate ad indirizzare i comportamenti dei soggetti che operano nei mercati

1 D. SORACE – S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, 2023, parte seconda, dove le funzioni dell'amministrazione pubblica sono suddivise in amministrazione di regolazione, amministrazione delle prestazioni e amministrazione delle funzioni strumentali. Provvedimenti e atti amministrativi unilaterali sono ricondotti alla prima.

2 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, 63 ss.

3 Sul paradigma dello "stato regolatore" esiste una letteratura vastissima, a partire da A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000. Sul ruolo che all'interno di esso rivestono le autorità indipendenti per tutti N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, *passim*, 243, dove la descrizione del modello "regolativo-giustiziale".

regolati, attraverso la fissazione di indirizzi di carattere più o meno generale”⁴.

La puntualizzazione è importante perché nell’ambito delle autorità indipendenti “tecniche e modalità di sindacato possono cambiare a seconda che si stia discutendo di attività di regolazione o di natura invece provvedimentale, magari sanzionatoria, per la diversa ampiezza del potere e per la diversa consistenza delle posizioni giuridiche soggettive degli interessati”⁵.

2. Contro la specialità del sindacato degli atti di regolazione

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione delle autorità indipendenti merita di essere impostato e svolto secondo modalità diverse dal sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi in generale?

La più radicale e coerente ragione per rispondere affermativamente è che le autorità indipendenti non appartengono al potere esecutivo-amministrativo in quanto, proprio in ragione della loro indipendenza, non corrispondono al modello dell’amministrazione statale delineato all’art. 95 Cost., ma sono accostabili al potere giurisdizionale o configurano un quarto potere dello Stato caratterizzato dalla neutralità⁶.

Tuttavia, secondo l’opinione ormai prevalente, e preferibile, le AI sono autorità amministrative⁷: “l’ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione”⁸ e il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall’art. 102, comma 2, vieta di considerare le AI come giudici⁹; inoltre, gli atti delle AI sono sottoposti al sindacato giurisdizionale, come è proprio degli atti amministrativi, sicché in giudizio le medesime assumono la posizione

4 La definizione è tratta da F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e “preferenza di amministrazione”*, in *Il Processo*, 2020, 761.

5 S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 99. Per la distinzione tra sindacato sugli atti di regolazione e sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Ai v. lo studio del Cons. Stato, Ufficio Studi, massimario e formazione, dal titolo “Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale”, 2017.

6 S. CASSESE, *Poteri indipendenti, stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7; V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 5.

7 Ricostruisce il dibattito in modo completo D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Napoli, 2022, 13 ss., cui si rinvia.

8 Cass. 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, 2680.

9 Riconduzione problematica, del resto, anche perché la misura dell’indipendenza degli organi giudiziari è maggiore di quella dei componenti delle AI e diverse sono le rispettive garanzie.

di parte, incompatibile con quella del giudice terzo e imparziale¹⁰.

La sicura inclusione delle AI nel novero delle amministrazioni, e l'altrettanto certa qualificazione della loro attività come attività amministrativa, induce a considerare con sospetto l'idea che il sindacato giurisdizionale sui loro atti sia diverso da quello che riguarda gli atti delle altre amministrazioni. È principio fondamentale dello stato di diritto, infatti, che le regole del processo non cambino a seconda della parte in causa.

Nonostante ciò, la tendenza a differenziare (quantomeno in termini di principio) il sindacato sugli atti di regolazione dal sindacato sugli atti amministrativi in genere permane; ed è interessante notare che gli argomenti richiamati a sostegno della differenziazione conducono ora verso l'esito di un sindacato più debole, ora verso l'esito un sindacato più intenso di quello che riguarda gli altri atti amministrativi¹¹.

10 Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13, in *Foro it.*, 2019, I, 1523, con nota di A. JANNARELLI, in *Giur. it.*, 2019, 283. Nella richiamata sentenza la Corte costituzionale, con riferimento alla AGCM, si è spinta ad affermare che “La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97). Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust). Si aggiunga che l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596; sezione VI, sentenza 11 gennaio 2016, n. 38)”.

11 S. TORRICELLI, *op. cit.*, 112, dove l'osservazione che “in astratto, non sono poche le ragioni che possono incidere sulla intensità del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti. È però curioso notare che proprio considerando le specificità del fenomeno si possono raggiungere conclusioni diverse; segnatamente, quelle specificità possono giustificare un diverso livello di penetrazione del sindacato del giudice, maggiore o minore rispetto a quello ordinariamente applicato nei rapporti tra privato e amministrazioni tradizionali, a seconda di quali siano gli elementi su cui si intenda focalizzare l'attenzione”.

Per il quadro delle posizioni dottrinali sul punto A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID., a cura di, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, 12 ss.

Le ragioni per cui il giudice dovrebbe essere deferente nei riguardi degli atti di regolazione sono la particolare competenza tecnica delle AI nelle materie in cui operano, la qualità dei procedimenti istruiti e la piena esplicazione del principio del contraddittorio all'interno di essi¹² (ad analoghi argomenti si ricorre per giustificare i poteri impliciti delle AI). In giurisprudenza questa impostazione è meno diffusa che in passato, ma non è accantonata¹³.

All'opposto, un sindacato più rigoroso dell'ordinario è invocato per compensare l'arretramento del principio di legalità che caratterizza la funzione di regolazione dal momento che spesso la legge si limita ad attribuire il potere e a indicare genericamente i fini da perseguire, e l'assenza di qualsivoglia forma di legittimazione democratica in capo ai decisori indipendenti che non sono eletti, né in qualche modo inseriti nel circuito politico-rappresentativo¹⁴.

Nessuno di questi argomenti sembra condivisibile.

La qualità dei procedimenti istruiti dalle AI è un merito indiscusso di queste amministrazioni, frutto della qualità e della preparazione del personale impiegato. Non è però che la deferenza del giudice possa essere un premio per la bravura dell'amministratore. Piuttosto, sul piano fattuale la qualità dell'amministrazione è una garanzia della legittimità delle decisioni adottate: è ragione di infondatezza dell'impugnazione, non di limitazione del sindacato.

Il sapere tecnico dei componenti delle AI e la piena esplicazione del principio del contraddittorio nei procedimenti rivolti alla adozione degli atti di rego-

12 S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 219.

Talora la giurisprudenza, anche recente, sembra andare oltre, invocando la neutralità della funzione delle amministrazioni indipendenti. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 giugno 2018, n. 6379, che considera "ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottato da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali. Già Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054. Questo orientamento sembra comunque ormai decisamente superato dalla giurisprudenza della VI sezione del Consiglio di Stato.

13 Essa trova spesso sfogo nella tesi secondo cui il sindacato sugli atti delle AI deve essere attento ai profili procedurali perché il pieno rispetto delle relative garanzie assume particolare pregnanza in relazione all'attività di soggetti privi di una sufficiente legittimazione democratica. In realtà, pare ovvio che il rispetto delle regole procedurali deve essere assicurato, ma ciò in quanto la violazione di una norma procedimentale di regola comporta l'invalidità del provvedimento, non già per compensare il deficit democratico delle autorità indipendenti.

14 Cons. Stato, sez. VI., 19 gennaio 2015, n. 165, secondo cui occorre un sindacato "particolarmente approfondito" anche per il "fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost."

lazione indubbiamente accrescono la legittimazione delle decisioni delle Autorità indipendenti, rispettivamente sul versante soggettivo (la legittimazione secondo competenza) e oggettivo (la legittimazione secondo procedimento). Ma, come è stato osservato, la legittimazione in questione è di ordine politico, attiene cioè alla accettabilità delle decisioni da parte dei destinatari e alla loro capacità di suscitare consenso e osservanza. Il sindacato giurisdizionale verifica invece la legittimità giuridica degli atti, la quale non può essere affermata o negata in forza di una più o meno intensa legittimazione politica dell'apparato e delle sue decisioni¹⁵. Pertanto, i fattori che dotano le autorità indipendenti di un *surplus* di legittimazione politica (competenza in senso weberiano e accentuata procedimentalizzazione dell'attività) non autorizzano arretramenti del sindacato giurisdizionale rispetto allo standard generale che vale per gli atti amministrativi.

La stessa osservazione si deve ripetere in relazione alla tesi che reclama un sindacato particolarmente attento per compensare il *deficit* di legittimazione democratica delle decisioni delle autorità indipendenti e l'arretramento del principio di legalità nell'attività di regolazione. Ed infatti, come la legittimazione tecnocratica o procedimentale della decisione amministrativa non comporta la deferenza del giudice nei suoi riguardi, poiché altro è la legittimità giuridica altro la legittimazione politica delle decisioni d'apparato, così un controllo giurisdizionale particolarmente intenso non surroga né supplisce i valori intimamente 'politici' sottesi alla legittimazione legale o democratica che nelle decisioni delle AI si rivela carente. Sotto altro profilo, inoltre, il sindacato giurisdizionale non

15 A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019, 4.

Secondo A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, e ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 2024, da cui si cita, 160-166, il regime degli atti pubblici è condizionato dall'operatività dei modelli di legittimazione politica storicamente prevalenti. In particolare, la forte legittimazione soggettiva di alcuni poteri, basata sulla rappresentatività del decidente o sulla sua competenza tecnica, mette in ombra l'esigenza di controllo su basi oggettive delle loro decisioni. Tuttavia, l'A. osserva che nel caso delle AI il criterio di legittimazione soggettiva opera congiuntamente alle principali tecniche legittimative oggettive, costituite dalla legittimazione secondo procedimento e dalla razionalità contenutistica della singola decisione (razionalità rispetto al valore). Sicché, in conclusione, si deve "escludere che il diffuso e frequente richiamo alla qualità intrinseca delle amministrazioni indipendenti sia sufficiente ad affermare una decisa attenuazione della copertura normative delle aspettative dei soggetti, coinvolti nelle determinazioni che tali organismo assumono, nei confronti delle decisioni stesse".

può compensare l'arretramento della legalità semplicemente perché esso è una implicazione della legalità in senso lato: in altre parole, il sindacato non può essere un surrogato delle regole perché sono le regole a renderlo possibile¹⁶.

In conclusione, la tendenza a impostare il problema del sindacato sugli atti di regolazione in termini diversi da quelli generali, più che una esigenza effettivamente imposta dal contenuto di questi atti, sembra essere il riflesso condizionato del dubbio originario sull'inquadramento delle autorità indipendenti nell'ambito delle amministrazioni in senso proprio; se però quel dubbio deve a propria volta considerarsi pienamente superato, allora la conclusione è che il sindacato sugli atti di regolazione delle AI non dovrebbe essere impostato in termini diversi da quelli consueti per i restanti atti amministrativi. Una soluzione diversa si conferma in contrasto col principio di uguaglianza.¹⁷

3. Sindacato sulle valutazioni tecniche e sindacato sulla discrezionalità

Gli atti di regolazione delle AI si basano sull'applicazione di concetti giuridici indeterminati ad elevata complessità tecnica¹⁸.

Secondo le affermazioni più diffuse in dottrina e giurisprudenza, il sindacato dei provvedimenti fondati su valutazioni tecniche risponde a un modello diverso dal sindacato sulla discrezionalità amministrativa in senso proprio, intesa come comparazione di interessi pubblici e privati.

Per le decisioni che sono espressione di discrezionalità amministrativa in senso proprio, consistenti nella valutazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie, il sindacato giurisdizionale "può essere

¹⁶ Si è consapevoli che tale affermazione può apparire eccessivamente formalistica, e probabilmente lo è, in un sistema in cui le regole dell'azione amministrativa sono storicamente il frutto dell'elaborazione pretoria: sul punto, per tutti, M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 497 ss. Osserva A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, a cura di F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAITTA, Milano, 2013, 6 s., che "l'affermazione di principi non scritti ai quali è soggetta l'azione amministrativa" è un tratto comune a tutti i modelli diritto amministrativo continentali: "l'elaborazione di questi principi non è quindi un privilegio dei giudici amministrativi".

¹⁷ Per questa conclusione già S. TORRICELLI, *op. cit.*, 117.

¹⁸ Cfr. S. TORRICELLI, *op. cit.*, 99 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 61. Diversamente G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 238. Ampi ragguagli in D. DALFINO, *op. loc. cit.*

operato, in coerenza col principio della separazione dei poteri, sulla base dei seguenti parametri: verifica del rispetto delle regole procedurali e relative alla forma dell'atto (legalità formale); verifica della corretta interpretazione e applicazione delle norme che definiscono il potere (legalità sostanziale) e che si ricavano dalla disciplina di settore; applicazione corretta dei principi generali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale (ragionevolezza, proporzionalità, ecc.)¹⁹.

Il sindacato sui provvedimenti fondati su valutazioni tecniche, invece, è svolto “in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601)”²⁰. Secondo l'orientamento prevalente, il giudice deve attenersi alla valutazione tecnica dell'amministrazione che all'esito dell'istruttoria sia risultata attendibile, ancorché eventualmente opinabile²¹; mentre secondo altre pronunce egli deve porsi alla ricerca della soluzione “più attendibile” e annullare il provvedimento che si basi su una valutazione difforme (c.d. sindacato di maggiore attendibilità)²².

La distinzione tra il sindacato sulla discrezionalità e il sindacato sulle valutazioni tecniche, chiara nelle enunciazioni astratte, tende a sfumare nell'applicazione concreta²³. Ed infatti, a fronte della ricorrente affermazione di principio

19 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2024, 261.

20 M. CLARICH, *op. loc. ult. cit.*

21 In dottrina già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 228.

22 Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990; Id., 30 giugno 2022, n. 6254; Id., 5 dicembre 2022, n. 10624.

La giurisprudenza recente si attesta prevalentemente sul sindacato di attendibilità: ad es., Cons. Stato sez. VII, 4 settembre 2024, n.7421: il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della P.A. (nella specie relativi alla prova scritta di un concorso pubblico) va svolto non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma sulla scorta della verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo: in altre parole, non si tratta di sindacare il merito di scelte opinabili, ma di verificare se queste scelte siano assistite da una credibilità razionale supportata da norme tecniche e/o valide leggi scientifiche, correttamente applicate al caso di specie, potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia la verifica, che la consulenza tecnica d'ufficio”.

23 Il punto è rilevato da tutti gli Autori che si sono occupati recentemente del tema delle valutazioni tecniche: per esempio, A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica*, cit., 18 ss., e, a livello monografico, C. SERENI LUCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024, 193 ss., *passim*.

che “nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle valutazioni tecniche compiute dalle Autorità”²⁴, il sindacato sulle valutazioni tecniche delle pubbliche amministrazioni ripete sovente gli stilemi del sindacato sulla discrezionalità²⁵: limitandosi all’ambito del sindacato sugli atti di regolazione, sono significative le pronunce dove la violazione di legge perde rilievo a vantaggio del vizio di eccesso di potere e si dà peso decisivo alla adeguatezza della motivazione o alla proporzionalità della scelta²⁶; oppure le sentenze secondo cui l’atto di regolazione non è viziato se le valutazioni condotte dall’amministrazione sono meramente opinabili sul piano del metodo e del procedimento, potendosi considerare illegittimo solo il giudizio che si pone in

24 Cons. Stato, Ufficio studi, cit., 1.

25 Si v. ad esempio Cons. Stato, sez. VII, 24 ottobre 2024, n. 8515, in materia di valutazioni della Commissione nell’ambito della procedura di abilitazione scientifica nazionale: qui il Consiglio di Stato afferma che tali valutazioni sono “sindacabili dal giudice amministrativo sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l’aspetto più strettamente tecnico. Ciò significa che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo”, salvo poi introdurre l’ambigua precisazione che “tutte le volte in cui, come nella specie non emerge alcun vizio della logicità e della ragionevolezza, la motivazione espressa dalla Commissione, costituendo il frutto di discrezionalità tecnica, non può essere sostituita con il diverso avviso del giudice”.

Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2024, n. 7001, a proposito della valutazione dell’interesse culturale di un bene, dove si legge che l’apprezzamento svolto dall’Amministrazione incaricata della tutela, in conformità al principio di cui all’art. 9 Cost., è soggetto a sindacato giudiziale solo per verificare la logicità, coerenza e completezza della valutazione [...] Pertanto, la valutazione concernente l’interesse culturale rilevante, che giustifica di un vincolo, è un’esclusiva prerogativa dell’Amministrazione responsabile del relativo vincolo e può essere oggetto di sindacato giudiziale solo per evidenti incoerenze e illogicità che mettano in dubbio la validità della valutazione discrezionale tecnica”. È qui evidente che trova applicazione un modello di sindacato sostanzialmente coincidente con quello che dovrebbe riguardare soltanto le valutazioni discrezionali in senso stretto.

Ancora più netta in tal senso Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2024, n. 6992: “la valutazione tecnica delle offerte di gara e l’attribuzione dei punteggi costituisce attività riservata alla stazione appaltante, sindacabile in sede di legittimità solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà o errori sui fatti rilevanti ai fini di tali valutazioni”.

26 Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254: Nell’attività di vigilanza in materia bancaria viene in considerazione l’apprezzamento di concetti giuridici indeterminati. Tale apprezzamento è riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, ossia a quel particolare tipo di giudizi implicanti l’apprezzamento di una serie di elementi di fatto — definiti nella loro consistenza storica o naturalistica — in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che non hanno il carattere di leggi scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico. In tali valutazioni complesse è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e quello della ponderazione dell’interesse pubblico e, più in generale, la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario, a ciò conseguendo, in base all’impostazione tradizionale, il riconoscimento di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all’amministrazione.

contrasto con un principio (non ben identificato) di ragionevolezza tecnica²⁷.

La ravvisata discrasia tra i modelli astratti e la realtà solleva il dubbio se l'errore sia nei primi o se la seconda costituisca una patologia. Rispetto alla questione che ci occupa gli interrogativi che si pongono sono perciò questi: nella realtà dell'attività delle pubbliche amministrazioni, le valutazioni tecniche complesse sono davvero cosa diversa (e separabile) dalle scelte discrezionali? E quindi: il sindacato sulle valutazioni tecniche complesse può davvero svolgersi secondo modalità diverse da quello sulla discrezionalità amministrativa?

4. (segue) Difesa della distinzione

Alcuni autori, di recente, hanno ritenuto che la contrapposizione tra discrezionalità e valutazioni tecniche sia impropria ai fini della prospettazione di diversi modelli di sindacato giurisdizionale: il sindacato sugli atti amministrativi dovrebbe perciò ispirarsi a un modello fondamentalmente unitario che valorizzi il contributo del procedimento alla formulazione di una verità accettabile²⁸.

Altra parte della dottrina osserva invece che la valutazione tecnica, per quanto opinabile possa essere, è pur sempre funzionale all'applicazione del concetto giuridico indeterminato contenuto nella norma attributiva del potere, sicché deve essere integralmente controllabile dal giudice²⁹.

Con ogni probabilità entrambe le impostazioni colgono nel segno, e le reciproche conclusioni non si escludono a vicenda.

È ormai assodato che nell'ambito dell'attività amministrativa è difficile isolare un momento meccanico, rivolto alla acquisizione dei fatti, da un momento volitivo, rivolto alla comparazione degli interessi e alla formulazione del

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041.

²⁸ A. MOLITERNI, *Il sindacato giudiziario sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione (tra mito e realtà)*, in AA.VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, a cura di M. TRIMARCHI, Napoli, 2024, 164 ss. Al contrario, N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm.*, 2024, 525 ss., ribadisce l'esigenza di distinguere nettamente le valutazioni propriamente discrezionali dalle valutazioni tecniche, in quanto diverse sono le modalità di sindacato (si rinvia a questo lavoro anche per un accurato esame delle opinioni espresse sul punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza recenti). Una posizione intermedia è espressa da S. Torricelli, *op. cit.*, 110, 122 ss.

²⁹ M. RAMAJOLI, *Principio della separazione dei poteri, indeterminazione delle norme e standards valutativi*, in AA.VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 35.

precetto³⁰, poiché l'acquisizione dei fatti è mediata dalla considerazione dell'interesse pubblico e degli interessi privati coinvolti nella decisione³¹, nel duplice senso che gli interessi condizionano la ricerca dei fatti³² e che la ricerca dei fatti contribuisce alla specificazione e concretizzazione degli interessi³³.

Ciò, inevitabilmente, tende ad attenuare la distinzione tra la discrezionalità tecnica, che si situa idealmente nella fase di acquisizione dei fatti, e la discrezionalità pura, che riguarda il momento propriamente dispositivo³⁴. Nondimeno, fenomeni che sul piano sostanziale si pongono in una linea di reciproca continuità, sicché tra di essi sono concepibili soltanto differenze qualitative di grado, non di rado sono colti dalle qualificazioni giuridiche come entità diverse, e talora persino antitetiche (basti pensare alle coppie valido/invalido, lecito/illecito, la cui logica binaria si sovrappone, imponendosi, a una astrattamente infinita graduazione del livello di contrarietà ai valori del diritto obiettivo dell'atto o del comportamento volta per volta preso in considerazione), il che può trovare spiegazione nella funzione sistemica del diritto quale tecnica di riduzione della complessità³⁵, oppure nella dialettica tra elemento sostanziale ed elemento formale del sistema giuridico, nel cui seno s'iscrive l'ulteriore dialettica tra il continuo dell'esperienza e il discontinuo delle qualificazioni³⁶.

Ebbene, secondo l'orientamento consolidato della Corte di cassazione,

30 Su questi argomenti v., per alcuni riferimenti bibliografici, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 148 ss.

31 Cfr. da ultimo, anche per riferimenti, C. SERENI LUCARELLI, *op. cit.*, 5 ss.

32 Ed infatti, come la ricerca storiografica è mossa dall'interesse dello storico, così l'attività conoscitiva della pubblica amministrazione è mossa dall'interesse pubblico che la norma le in testa, sicché i fatti acquistano significato e rilevanza in rapporto all'interesse stesso.

33 Ed infatti, l'acquisizione dei fatti rilevanti in seno al procedimento amministrativo contribuisce alla determinazione dell'esigenza specifica (c.d. interesse pubblico concreto) rispetto alla quale si commisura l'esercizio o il non esercizio del potere e dunque il contenuto del provvedimento. Inoltre, sotto altro profilo, l'introduzione dei fatti nel procedimento da parte dei privati altro non è che una forma di manifestazione e introduzione di interessi, che vengono rimessi alla considerazione dell'amministrazione.

34 Su questa conclusione convergono anche argomenti non meno importanti, che si ricavano da approdi ormai consolidati di altre scienze, come la reciproca interdipendenza dei giudizi di fatto e di valore, o la crisi della teoria meramente cognitiva dell'interpretazione.

Per l'attenuazione della distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica si v., anche per i riferimenti bibliografici, A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 434 ss.

35 Sulla funzione del diritto come riduttore di complessità v. da ULTIMO F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, 7 ss., *passim*, con ampi riferimenti al pensiero di Luhmann.

36 Riecheggia qui il pensiero di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 87 ss.

l'applicazione di norme contenenti concetti giuridici indeterminati, ancorché presenti obiettivi margini di opinabilità, è pienamente soggetta al controllo del giudice di legittimità³⁷, in quanto “tutto ciò che riguarda l'applicazione di norme giuridiche inerisce al giudizio di diritto «indipendentemente dal carattere di maggiore o minore determinatezza del contenuto della disposizione»”³⁸. Poiché analogo principio non è affermato rispetto ai momenti propriamente politici della decisione amministrativa, consistenti nella comparazione degli interessi e nella scelta tra le alternative (né probabilmente potrebbe esserlo visto il principio della separazione dei poteri), tenere distinti questi ultimi dagli accertamenti e apprezzamenti, svolti dall'amministrazione in applicazione dei concetti giuridici indeterminati, sembra una esigenza imposta dal diritto positivo³⁹.

In questa prospettiva la circostanza che nell'acquisizione dei fatti siano compiute valutazioni complesse non sempre verificabili col metro della verità, cioè della corrispondenza alla realtà fenomenica (v. infra), come il fatto che l'esito di tali valutazioni incida sulla determinazione dell'interesse pubblico, e per questa via sul contenuto del provvedimento, non è motivo di limitazione del sindacato, o di assimilazione dello stesso al sindacato esercitabile sulle determinazioni propriamente discrezionali; da questo stato di cose si deve ricavare, semmai, che il sindacato diretto del giudice sui fatti costituisce - sia pur indirettamente, perché non è questo lo scopo del processo - una garanzia formidabile della corrispondenza dell'azione amministrativa all'interesse pubblico e alla corretta attuazione dei valori giuridici da parte dell'amministrazione.

Sotto il profilo operativo, è frequente che la norma attributiva del potere condizioni l'adozione dell'atto al compimento di valutazioni tecniche e pura-

37 Così a partire quantomeno da Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514 sul concetto di “giusta causa di licenziamento”. Sul tema ampiamente B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 321 ss.

38 M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 35, che cita M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 67 ss.; ma già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, cit., 223 ss.

39 Si v. però N. LONGOBARDI, *Note a margine di tre relazioni sul giudizio amministrativo*, in AA. VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 283, per il quale “l'esigenza di differenziare il sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica” viene meno in quanto il superamento dei “risalenti dogmi della specialità amministrativa” impone di ritenere “che non vi è più immunità dalla giurisdizione per l'amministrazione con riguardo alla discrezionalità amministrativa in generale” (per l'argomentazione generale si v. ID., *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. FANTI, Napoli, 2019).

mente discrezionali interrelate, e neppure si vuole qui escludere che questa commistione riguardi anche i poteri di regolazione delle Autorità indipendenti. Per le premesse che si sono poste, in questi casi è essenziale distinguere in concreto i due momenti, verificando se la critica formulata dal ricorrente attenga all'uno o all'altro. La difficoltà di tracciare in concreto il confine tra valutazioni tecniche complesse e propriamente discrezionali non può essere negata⁴⁰, in quanto dipende dal motivo della continuità cui sopra si è fatto riferimento, ma questo non significa che si possa rinunciare alla ricerca: piuttosto, che è possibile l'errore, come in tutte le valutazioni giudiziarie, specie quelle complesse.

5. L'attendibilità del giudizio nella logica della confutazione

Difendere la distinzione tra il sindacato sulle valutazioni tecniche e il sindacato sulla discrezionalità, come si è fatto sin qui, non equivale naturalmente a prender posizione su come il primo debba positivamente svolgersi. A questo riguardo il dibattito è ormai secolare e si può fare rinvio ad alcuni recenti contributi che lo hanno ripercorso con completezza d'informazione e rilievi critici⁴¹.

Sembra invece più utile prendere posizione sulla questione metodologica suscitata dagli sviluppi recenti del dibattito stesso, ovvero se il fatto che il giudice amministrativo svolga il sindacato sulle valutazioni tecniche con intensità e modalità diverse da settore in settore, a seconda delle caratteristiche delle controversie e del peso degli interessi in gioco, decreti l'inutilità di riferirsi in questa materia a schemi o modelli astratti di sindacato⁴².

Con ogni probabilità gli schemi astratti non sono affidabili (anzi, possono essere fuorvianti) per la comprensione del modo in cui il giudice amministrativo effettivamente svolge il sindacato sulle valutazioni tecniche⁴³. Nondi-

40 Anzi: deve esser tenuta in somma considerazione.

41 N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, cit., 525 ss.; C. SERENI LUCARELLI, *L'accesso al fatto*, cit., 51 ss.

42 Sul diverso modo di operare del sindacato giurisdizionale da settore a settore, e sui numerosi condizionamenti che tale sindacato subisce nelle dinamiche concrete dell'ordinamento, si v. i saggi contenuti in A. MOLITERNI, a cura di, *Le valutazioni*, cit.

Si interrogano se la frammentazione del quadro giurisprudenziale determini l'inutilità del concetto di discrezionalità tecnica A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione al volume curato da A. Moliterni 'Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 761 ss. e E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e proc. amm.*, 548 ss.

43 Già A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni* (2004), in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 376.

meno pare che ad essi non si possa rinunciare in sede ricostruttiva: “ragionare in generale” qui risulta essenziale per non assecondare le spinte alla frammentazione, garantire un minimo di prevedibilità rispetto all’esito della lite ed evitare che sullo stesso incida il “peso” delle parti in causa⁴⁴.

In questa prospettiva il discorso può probabilmente essere impostato in termini parzialmente diversi da quelli usuali, stemperando l’alternativa tra sindacato di attendibilità e sindacato di maggiore attendibilità.

Il primo aspetto da considerare è che il sindacato sulla valutazione tecnica dell’amministrazione si iscrive in un preciso contesto, quello del controllo sulla validità dell’atto amministrativo impugnato: il giudice non è chiamato a svolgere la valutazione tecnica in prima battuta, bensì a verificare se la valutazione tecnica svolta dall’amministrazione abbia determinato l’invalidità del provvedimento impugnato⁴⁵.

Ciò non significa che egli debba limitarsi a un controllo esteriore sulla ragionevolezza e logicità di quanto argomentato dall’amministrazione a proposito del giudizio tecnico svolto, il che sarebbe in contrasto con quanto sin qui argomentato; al contrario, resta confermato che il giudice deve valutare la correttezza in sé della valutazione tecnica, traendone le conseguenze in ordine alla validità del provvedimento.

Nondimeno, se il problema del giudice è quello di valutare la legittimità del provvedimento, è chiaro che, ove l’amministrazione abbia adottato una soluzione che risulta ammessa dalla applicazione della scienza di riferimento al caso concreto, egli non può annullare il provvedimento in quanto ritiene soggettivamente preferibile altra soluzione, anch’essa ammessa dalla scienza di riferi-

44 Per questa esigenza già E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 548 ss., dove scrive “Non condivido che le soluzioni differenziate possano condurre ad un superamento della costruzione della discrezionalità (che sarebbe meglio, per evitare equivoci, chiamarla valutazione) tecnica [...] Se si abbandona l’unità concettuale ed applicativa dell’istituto si incrementa la soluzione caso per caso, rendendo quasi impossibile ogni previsione sull’esito della controversia, relegando così la disciplina del rapporto litigioso alla incertezza”.

Non si può negare che tra le autorità indipendenti sussistono differenze sia sul piano strutturale organizzativo, sia in relazione ai profili funzionali. Si ritiene comunque possibile, seguendo S. TORRICELLI, *op. cit.*, 99, ragionare su un paradigma astratto di amministrazione tecnico-indipendente.

45 Sulla differenza che esiste tra il problema del giudice e quello dell’amministrazione, il primo un problema di secondo grado e il secondo un problema di primo grado, F. LEDDA, *Efficacia del processo e ipotesi degli schemi*, in *Scritti giuridici*, cit., 315 e ss.; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ivi, 391-397; ID., *Variazioni sul tema dell’eccesso di potere*, ivi, pp. e 575 ss.

mento: non lo può fare non perché la valutazione tecnica dell'amministrazione sia assistita da una qualche autorità, magari deducibile dalla legittimazione democratica dell'amministrazione, bensì perché semplicemente questo trasformerebbe un giudizio di validità in un giudizio di opportunità⁴⁶. In altre parole, se il giudice, a fronte di più soluzioni tecniche ammesse dalla scienza di riferimento, una delle quali è stata fatta propria dall'amministrazione, prendesse posizione a favore dell'altra, e in base a questo annullasse il provvedimento, allora l'annullamento non sarebbe disposto per ragioni di invalidità, ma di pura e semplice inopportunità.

Ma allora la giurisprudenza ha ragione di arrestare il controllo alla attendibilità della valutazione tecnica? Sul punto bisogna intendersi.

Le proposizioni che non sono suscettibili di verifica in termini di verità, cioè di corrispondenza tra quanto affermato e la realtà fenomenica, sono comunque suscettibili di verifica in termini di correttezza attraverso il metodo scientifico della confutazione, che consiste nel sottoporre al vaglio del controllore asserti incompatibili con l'affermazione che si intende confutare o una ricostruzione alternativa dei fatti⁴⁷.

Per quanto riguarda il sindacato degli atti amministrativi basati su valutazioni tecniche complesse, pertanto, l'essenziale è considerare che in principio tutto è confutabile, quindi anche le statuizioni delle autorità indipendenti che a tutta prima appaiono attendibili anche in ragione della particolare capacità tecnica dell'ente⁴⁸; e, in secondo luogo, consentire al ricorrente di esperire il tentativo di confutare il giudizio dell'amministrazione in tutti i suoi aspetti.

Il giudice, utilizzando tutti i mezzi istruttori a sua disposizione, compresa la consulenza tecnica, valuta le affermazioni confutatorie del ricorrente alla luce

⁴⁶ Per la distinzione tra legittimità e merito nell'ambito delle tecniche di sindacato sugli atti dei pubblici poteri A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir amm.*, 2008, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 2024, 608 s.

⁴⁷ Su questi aspetti, con ricchezza di riferimenti alle correnti principali della epistemologia contemporanea, nonché alle correnti della scienza amministrativistica ad esse più sensibili, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 450 ss., della cui impostazione sono tributarie le riflessioni sinteticamente proposte in questo paragrafo.

⁴⁸ F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti giuridici*, cit., 371 ss.; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, *ivi*, cit., 577: "se si parte dall'idea della "confutazione" e si riconosce finalmente che tutto in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte".

del sapere tecnico-specialistico di settore. Solo ciò che al termine dell'istruttoria processuale abbia resistito alle confutazioni potrà dirsi attendibile, mentre non è tale ciò che risulta confutato⁴⁹.

Il giudice pertanto non deve esprimere una preferenza tra valutazioni tecniche corrette (quella dell'amministrazione e quella del suo consulente), bensì valutare la correttezza di una sola valutazione, quella dell'amministrazione, alla luce delle confutazioni avanzate dal ricorrente. È vero che non può far prevalere la soluzione che soggettivamente ritiene preferibile a quella, comunque corretta, che l'amministrazione ha posto a base del provvedimento. Ma è altrettanto vero che la correttezza della valutazione dell'amministrazione non deve essere confusa con la sua astratta attendibilità, che non sia il risultato del fallimento delle confutazioni avanzate dalla parte.

Tanto basta a concludere che nulla andrebbe desunto dalla astratta attendibilità del giudizio dell'amministrazione: né l'infondatezza del ricorso, né (ancor prima) l'inutilità di una approfondita istruttoria per l'esame delle confutazioni proposte dal ricorrente⁵⁰.

49 F. FOLLIERI, *op. cit.*, 480 s.

50 Osserva A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 381: "la questione tecnico-scientifica non può quindi essere qualificata 'a priori' come 'opinabile', ma può essere qualificata solo dopo aver acquisito al processo tutti gli elementi scientifici necessari per stabilire se la soluzione adottata dall'amministrazione sia condivisibile o sia comunque una delle soluzioni equivalenti. Il ragionamento svolto spesso dal Consiglio di Stato è invece esattamente in senso opposto [...]".

Si condivide anche l'osservazione dell'A. che "in tutti i casi in cui la valutazione di ordine tecnico dell'amministrazione non si convincente, il giudice deve poterla disattendere. Un ordinamento che privilegia la valutazione tecnica peggiore, solo perché essa proviene dall'amministrazione, condanna un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnicamente migliore" (A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., 9).