

La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione: forme e limiti del sindacato del giudice amministrativo

Dott. Luigi Levita

L'attività della Pubblica Amministrazione, conformemente al disposto dell'articolo 97 della Carta fondamentale, consiste in una ponderazione degli interessi attuata tendenzialmente in due momenti successivi: in una prima fase, la Pubblica Amministrazione ha il dovere di assorbire le istanze delle categorie portatrici di differenti situazioni soggettive qualificate, consentendo a ciascuna di esse la dovuta partecipazione procedimentale. In una seconda, e più delicata fase, l'amministrazione agisce per sintetizzare il complesso degli interessi così selezionati, riconducendoli ad unità nelle forme del provvedimento finale. Il soddisfacimento dell'interesse pubblico prevalente, ossia l'obiettivo prioritario al quale tende il risultato dell'agire amministrativo, deve nondimeno attuarsi col minor pregiudizio possibile di tutti gli altri interessi considerati; soltanto in questo modo potrà dirsi raggiunto il significato effettivo del principio di imparzialità, identificabile nell'attitudine del soggetto agente a non tralasciare alcun aspetto preliminare al legittimo esercizio delle proprie attività, e non come semplice pretesa di equidistanza dell'amministrazione dai vari interessi.

Il concreto operare degli organi amministrativi si atteggia, del resto, in forme e modalità ampie e differenziate, stante il notevole allargamento delle funzioni e dei servizi pubblici che attualmente la Pubblica Amministrazione è chiamata ad eseguire. Difatti, mentre l'apparato organizzatorio dello Stato post unitario era strutturato in modo tale da assolvere soltanto i compiti fondamentali dell'attività amministrativa, oggi l'emersione di cosiddetti "diritti di terza e quarta generazione", che investono tutte le manifestazioni della personalità del cittadino, impone ai pubblici uffici di diversificare e di potenziare le loro risorse ed i loro mezzi per garantirne l'adeguata soddisfazione. Sebbene quindi l'attuale assetto della Pubblica Amministrazione risulti oltremodo vasto (e spesso pletorico, con tutti i rischi che ciò comporta in termini di attribuzione delle competenze), l'attività amministrativa può agevolmente classificarsi a seconda della diversa misura del rapporto intercorrente fra i presupposti di fatto e le conseguenti statuizioni dell'amministrazione.

L'attività amministrativa pertanto si definisce vincolata qualora in capo all'organo amministrativo non residuino margini di scelta a seguito della corretta valutazione delle premesse fattuali connesse al singolo procedimento amministrativo: il rapporto suddetto si esplica allora in termini di assoluta

conseguenzialità, dovendo l'amministrazione precedente riconnettere determinate e prestabilite - conseguenze al concreto atteggiarsi della situazione di fatto. Un'ipotesi legislativamente prevista di attività vincolata è, ad esempio, quella di cui all'articolo 19 della legge 241 del 1990, che consente al privato cittadino di intraprendere una determinata attività nelle forme semplificate della denuncia d'inizio della stessa, piuttosto che attendere l'emanazione di un atto di assenso da parte dell'amministrazione. Ponendo come presupposto di validità di tale denuncia l'assenza dell'esperimento di prove che comportino valutazioni tecniche discrezionali, il legislatore del 1990 dimostra di voler perseguire al massimo grado il principio di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, senza comunque sacrificare le esigenze di controllo dell'attività dei privati.

L'attività amministrativa è invece discrezionale allorché il potere di scelta in capo all'organo agente è esercitabile sulla scorta di due o più soluzioni tutte astrattamente applicabili, ed idonee a realizzare l'obiettivo dell'imparzialità enunciato nella Carta Fondamentale. In altre parole, la Pubblica Amministrazione esercita un'attività discrezionale allorché la fase prodromica di elaborazione degli interessi non sfocia in un esito unico ed immutabile, bensì quando ad essa segua un ulteriore momento valutativo rimesso alla libertà di scelta dell'organo procedente.

In assenza di una definizione legislativa, è stata la dottrina a proporre una articolata classificazione delle varie forme di esplicazione della discrezionalità, in ciò confortata dai risultati cui è pervenuta nel tempo la giurisprudenza amministrativa. Infatti l'incalzare del progresso scientifico, nel mettere in crisi l'univocità del momento valutativo, per lasciare spazio a soluzioni problematiche ed aperte in tema di corretto esercizio del potere amministrativo, ha determinato un progressivo aumento di richieste di tutela da parte dei consociati, traducendo in domande giudiziali le istanze sociali per troppo tempo lasciate senza risposta.

A tal riguardo, una fondamentale distinzione pacificamente condivisa dagli studiosi concerne la discrezionalità cd. "tecnica" ed il "mero accertamento tecnico" (da alcuni definito, seppure impropriamente, "acclaramento"). A rilevare nelle due figure è il diverso livello di opinabilità insito nella valutazione di volta in volta compiuta dalla Pubblica Amministrazione, giacché l'esercizio della discrezionalità tecnica, essendo questa tipica delle scienze non esatte, conduce a risultati caratterizzati da una opinabilità intrinseca; in caso di mero accertamento tecnico, invece, lo spazio per contestare l'operato dell'amministrazione è ridotto a zero, dal momento che vengono in rilievo le scienze esatte, per le quali non sussistono incertezze di sorta. Volendo ricorrere a qualche esempio, è di chiara evidenza che la misurazione dell'area di un fondo da espropriare costituisce un mero accertamento tecnico, giacché il risultato dell'operazione non può essere messo in discussione, se non

adducendo errori materiali che abbiano alterato il momento percettivo della persona fisica effettivamente impegnata nell'attività. Ben altro è stabilire, invece, se un edificio lesionato presenti o meno un pericolo di crollo, dovendo tale valutazione fare precipuo riferimento a conoscenze di tipo specialistico sempre opinabili, tali da poter fondatamente indurre due o più soggetti a compiere scelte opposte sulla medesima "*quaestio facti*".

Attenta dottrina non ha mancato di sottolineare, invero, che il problema della discrezionalità tecnica risiederebbe nella eccessiva variabilità del sapere specialistico, che consentirebbe al pubblico amministratore di ritagliarsi la scelta più confacente alle circostanze, attingendo a questo o a quel giudizio tecnico specialistico. Si pensi, ad esempio, al classico caso del sindaco di un tranquillo comune montano a prevalente vocazione agricola il quale, un bel giorno, si trovi a dover contrastare un'epidemia animale che, diffondendosi a macchia d'olio, possa cancellare di colpo il patrimonio zootecnico dei suoi concittadini, con grave ed irreparabile nocumento per l'economia del luogo. In presenza di due orientamenti scientifici egualmente qualificati, dei quali l'uno sostenga l'assoluta necessità di provvedere all'abbattimento dei capi infetti, mentre l'altro propenda per in esito benigno del morbo, con conseguente possibilità di evitare integralmente qualsiasi perdita di bestiame, il sindaco che adotterà il provvedimento di abbattimento, ovvero di circoscrizione dell'area interessata al contagio, come riuscirà ad evitare la sindacabilità in sede giurisdizionale dell'atto emanato? Oppure, il che è lo stesso, quali forme di tutela sono approntate dall'ordinamento ai cittadini nei confronti dei quali il provvedimento amministrativo spiega effetti diretti ed immediati?

La questione, a ben vedere, interessa non soltanto il diritto sostanziale, bensì in maniera pregnante il diritto processuale, laddove dalla definizione dei contorni della discrezionalità tecnica discendono i poteri ed i limiti del sindacato del giudice amministrativo. In dottrina sono rinvenibili orientamenti diversificati, e spesso contrastanti, per lo più frutto di un diverso modo di intendere i confini e gli ambiti del merito amministrativo.

Secondo una prima impostazione, il collegamento fra i due concetti andrebbe evidenziato nella figura, di creazione recente, della "discrezionalità mista", ossia di quella peculiare modalità di accertamento dei fatti opinabili che costituirebbe una via di mezzo fra la discrezionalità tecnica ed il merito amministrativo. Tuttavia la maggior parte degli studiosi non esita a contestare l'utilità scientifica di questa figura "ibrida" di discrezionalità, argomentando dall'impossibilità di fondere il versante valutativo in senso stretto (l'esercizio della discrezionalità) con quello valutativo in senso ampio (il merito dell'agire amministrativo).

La dottrina maggioritaria, negando quindi la configurabilità della discrezionalità mista, ammette comunque che il merito amministrativo, ferma restando la sua natura residuale, possa includere al suo interno una attività riconducibile alla discrezionalità tecnica, trattandosi di due concetti in astratto sovrapponibili.

Un ulteriore e più recente orientamento, ancora minoritario ma degno di nota per le sue implicazioni in sede giurisdizionale, mira a costruire l'attività discrezionale come un momento preparatorio rispetto al successivo esercizio del potere di scelta (rientrante nel merito) attribuito all'amministrazione; il nesso fra i due concetti sarebbe pertanto di mera strumentalità. Da ciò discende, in via immediata, che l'esercizio della discrezionalità tecnica non sarebbe mai produttivo di un pregiudizio immediato in capo al privato, il quale vedrebbe sorgere il suo interesse a ricorrere soltanto al momento dell'emanazione del provvedimento conclusivo.

Dinanzi ad un ventaglio talmente ampio di opinioni sulla collocazione sistematica della discrezionalità tecnica, non stupisce che gli attuali arresti del giudice amministrativo si siano consolidati soltanto di recente, giacché l'erroneo presupposto che la discrezionalità tecnica comportasse necessariamente una scelta di merito, induceva i giudici di legittimità a restringere eccessivamente l'ambito del loro sindacato. Difatti, mentre da un lato non sussistono dubbi sulla possibilità che la stessa Pubblica Amministrazione, in sede di autotutela, riveda i risultati cui è precedentemente pervenuta in virtù della valutazione tecnica discrezionale; mentre, dall'altro lato, il sistema dei ricorsi amministrativi garantisce ampi poteri d'intervento sull'atto di tipo demolitorio, incerti erano i confini del sindacato del giudice amministrativo su quella che, con espressione colorita, alcuni studiosi avevano definito la "zona franca" della Pubblica Amministrazione, potenzialmente aperta all'arbitrio dei pubblici poteri.

Riconducendo quindi le valutazioni tecniche dell'amministrazione all'interno del più ampio "*genus*" dei vizi di legittimità, il Consiglio di Stato ha progressivamente dilatato l'ambito di intervento della giurisdizione amministrativa sul potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, sino a ritenere configurabile un controllo dell'attività amministrativa sulle modalità di uso del potere astrattamente conferito dalle norme. In altri termini, operando una valutazione tecnica assolutamente errata ed infondata, la Pubblica Amministrazione finirebbe per trasfondere nel provvedimento conclusioni del tutto difformi dalla realtà fattuale al suo esame, suscitando così il sindacato diretto del giudice amministrativo.

Tuttavia, il perdurante silenzio della legge in merito ai canoni ed ai principi cui il giudice amministrativo dovesse fare riferimento, nel suo sindacato sull'esercizio del potere discrezionale

dell'amministrazione, non aveva facilitato le aspettative di giustizia dei privati ricorrenti, giacché i giudici del TAR disponevano essenzialmente di un puro e semplice strumento di stimolo nei confronti dell'amministrazione, risolvendosi nel potere di "richieste di chiarimenti" o nell'ordine di "nuove verificazioni". Non v'è dubbio che, *sic stantibus rebus*, ben difficilmente l'amministrazione convenuta in giudizio avrebbe mutato i risultati delle sue precedenti valutazioni, tanto più nel caso di una discrezionalità tecnica che, basandosi su cognizioni di carattere tecnico e specialistico, sfuggiva alla conoscibilità immediata dell'organo giudicante, per essere invece patrimonio di un organo amministrativo quotidianamente chiamato ad esprimere valutazioni discrezionali.

Il grave risultato scaturente da queste limitazioni consisteva, in ultima analisi, nella sostanziale impossibilità di parificare il privato e la Pubblica Amministrazione innanzi al giudice amministrativo; altri studiosi, partendo dal presupposto dell'applicabilità dell'articolo 111 della Costituzione nella sua nuova formulazione al processo amministrativo, hanno evidenziato inoltre che un siffatto sistema giurisdizionale non poteva di certo rispettare le esigenze imprescindibili di un "giusto processo".

Per ovviare a questi non trascurabili inconvenienti, la legge 205 del 2000 di riforma del processo amministrativo ha previsto, all'articolo 16, la possibilità per il giudice adito di disporre "consulenza tecnica" nel procedimento innanzi al Consiglio di Stato (ma tale norma è analogicamente applicabile anche ai giudizi di primo grado). Mutuando tale istituto dal diritto processuale civile, il legislatore del 2000 ha inteso fornire un valido supporto conoscitivo al giudice di legittimità, consentendogli di arricchire gli elementi a fondamento del "*thema decidendum*" in modo ampio e - si spera - esaustivo, senza dover necessariamente confidare nell'atteggiamento collaborativi dell'amministrazione resistente. L'opportunità della novella risalta in tutta la sua evidenza proprio con riguardo all'esercizio del potere discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione, potere che rimanda ad un complesso di nozioni tecniche di cui il giudice amministrativo è spesso sprovvisto.

Tuttavia, nel salutare con approvazione questo nuovo istituto del processo amministrativo, i primi commentatori hanno posto in evidenza che l'utilizzo della consulenza tecnica, così come per gli altri strumenti a disposizione del giudice amministrativo, non può intaccare il basilare principio della separazione dei poteri, secondo il quale al TAR adito è vietato sostituirsi alla Pubblica Amministrazione, fatte salve le ipotesi espressamente previste di giurisdizione anche in merito. Il consulente tecnico ritualmente nominato, quindi, lungi dal sovrapporre una sua, personale valutazione tecnico-scientifica a quella, oggetto del giudizio, già pronunciata dall'organo amministrativo nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, dovrà limitarsi a ripercorrere "*ex ante*" i passaggi logici

seguiti da tale organo, attingendo quindi al medesimo bagaglio nozionistico posseduto dall'amministrazione al momento della valutazione discrezionale. Operata questa necessaria ricostruzione del fatto dedotto in giudizio, spetterà poi al giudice adito trarre le necessarie conseguenze in ordine alla fondatezza della pretesa del privato ricorrente.

Tale sindacato, di per sé già ampio, finisce poi per tramutarsi in un vero e proprio potere di sostituzione dell'atto, nelle ipotesi di giurisdizione di merito previste dall'articolo 27 della legge 1054/24 che, per effetto del richiamo contenuto nell'articolo 7 legge TAR, risultano applicabili ad entrambi i gradi del giudizio amministrativo.

Dott. Luigi Levita

Specializzato nelle professioni legali

Dottorando di ricerca

Cultore della materia "Diritto processuale amministrativo"