

Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia

1. Desidero, preliminarmente, ringraziare gli organizzatori di questo incontro, ed in primo luogo il collega Francesco Mariuzzo, per avermi onorato, ma anche onerato, con l'incarico di svolgere la relazione per la magistratura amministrativa italiana; mi auguro di risultare all'altezza del compito affidatomi e di non far sfigurare i colleghi italiani.

Seguendo il taglio proprio dell'Associazione, eviterò di affrontare l'argomento da un punto di vista teorico e dottrinario; dopo aver esposto brevemente i termini del problema, cercherò invece di individuare alcune concrete fattispecie ritenute significative e di esporre a quali risultati la giurisprudenza amministrativa è pervenuta in materia; in particolare mi sforzerò di evidenziare la tendenza evolutiva che è possibile cogliere nelle più recenti pronunzie¹.

Mi riservo alla fine, se ve ne sarà il tempo, di esporre qualche mia breve considerazione al riguardo.

2. In relazione alla categoria dei *concetti giuridici a contenuto indeterminato*, va ricordato che essa attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive il fatto stesso in maniera tassativa ed esaustiva - fissandone direttamente tutti i termini mediante riferimenti determinati ed univoci (ad es. l'età, la cittadinanza, la residenza) - ma rinvia, per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti indeterminati che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (ad es. la buona fede, la pericolosità, l'insalubrità, la bellezza d'insieme ecc.)².

Siffatta tecnica legislativa – che garantisce la flessibilità dell'ordinamento giuridico, sia nel senso dell'adattabilità alle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel senso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo - risulta utilizzata in molteplici campi del diritto ed in ciascuno di essi induce peculiari profili di problematicità:

* Testo della relazione italiana all'XI Convegno di diritto amministrativo “*Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*”, organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi in Palermo il giorno 14 ottobre 2005.

¹ Mi sia consentito omettere, per tutte le citazioni di pronunzie rese da giudici amministrativi, la indicazione della fonte di reperimento: le pronunzie più recenti sono consultabili presso il sito web della giustizia amministrativa italiana www.giustizia-amministrativa.it; quelle più risalenti sono rintracciabili sulle riviste Italedi e/o sul repertorio “Juris data” edito dalla casa editrice Giuffrè. Mi limiterò a citare gli estremi di pubblicazione di alcune delle pronunzie più significative apparse sulla rivista Il Foro Italiano, per la ricchezza delle relative note (redazionali e non), utili per una completa ricognizione delle tematiche affrontate.

² Così T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 1266 dell'11 ottobre 2004.

- nel campo del diritto penale, si è posto il problema dell'utilizzazione di concetti elastici - facenti riferimento a regole sociali, etiche, di costume o tecnico-scientifiche - ai fini della qualificazione della condotta prevista come reato e della loro compatibilità con i principi di legalità e di tassatività;
- nel campo del diritto civile, si è posto, tra gli altri, il problema della corretta delimitazione del potere discrezionale del giudice ai fini dell'applicazione delle c.d. "clausole generali" e della sindacabilità delle modalità di esercizio di tale potere da parte della Corte di cassazione;
- nel campo del diritto amministrativo, si pone il problema dell'ambito dei poteri del giudice amministrativo a fronte delle applicazioni che la p.Amm.ne abbia dato a norme così formulate.

In buona sostanza, l'applicazione delle disposizioni formulate mediante l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati non coinvolge un mero processo di confronto dei caratteri del caso singolo con gli elementi previsti dalla fattispecie legale astratta, ma richiede invece l'esercizio di un potere ricostruttivo, al fine di individuare nella specifica fattispecie concreta le ragioni che ne consentano la riconduzione alle nozioni adoperate dalla norma. In ogni singola valutazione, oltre a risolvere il caso sottoposto al suo giudizio, l'interprete partecipa in qualche modo alla stessa formazione del concetto e cioè alla sua progressiva definizione in rapporto al valore semantico del termine³.

3. Passando alla seconda delle grandi tematiche oggetto del mio intervento, va rilevato che la correlazione tra i *concetti giuridici indeterminati* e la *discrezionalità tecnica* discende dal sempre più frequente uso, da parte del legislatore, di concetti giuridici indeterminati che fanno riferimento a nozioni tecnico-scientifiche⁴ e ciò in conseguenza:

- sia della più o meno diretta influenza della "normazione" comunitaria, i cui atti fanno sempre più frequentemente riferimento a tali nozioni⁵;
- che, più in generale, della incapacità/impossibilità del legislatore di risolvere il rapporto/confitto tra cittadini ed Amministrazione attraverso i tradizionali strumenti della legge e del principio di legalità e della conseguente necessità del ricorso a nozioni e regole

³ **De Cristofaro**, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa nel merito*, in Foro It., 1999, I, coll. 1912 e segg.. Per un più analitico esame della nozione di "norme elastiche" e degli affini "concetti giuridici indeterminati", "clausole generali", "standards valutativi" e "principi generali", si veda **Fabiani**, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in Foro It., 1999, I, coll. 3558 e segg..

⁴ **Baccarini**, in *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in Dir. Proc. Amm., 2001, pagg. 80 e segg., parla di *pervasività* della tecnica.

⁵ **Merusi**, *Variazioni su tecnica e processo*, in Dir. Proc. Amm., 2004, pagg. 973 e segg..

extragiuridiche⁶, tra le quali quelle tecnico-scientifiche hanno il pregio di essere connotate dalla tendenziale condivisione nell'ambiente di riferimento e da una conseguente, relativa, oggettività.

Attraverso l'esercizio di *discrezionalità tecnica*, quindi, l'Amministrazione applica le norme contenenti *concetti giuridici indeterminati*, utilizzando nozioni e regole tecnico-scientifiche e secondo il seguente schema logico:

- una prima fase di accertamento dei fatti;
- una seconda fase di "contestualizzazione" della norma, che facendo riferimento a "concetti giuridici indeterminati" necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie;
- una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro normativo come sopra "contestualizzato";
- un'ultima fase di applicazione della norma ai fini dell'adozione del provvedimento previsto.

La *discrezionalità tecnica*, per altro, deve essere distinta:

- tanto dall'*accertamento tecnico*: connotato dall'applicazione di regole desunte da scienze esatte e caratterizzato dalla possibilità di reiterazione e definitiva conferma delle operazioni compiute;
- che dalla *discrezionalità pura*: fenomeno del tutto diverso, caratterizzato dall'affidamento all'Amministrazione di un potere finalizzato al perseguimento del fine pubblico prefissato, attraverso la ponderazione degli interessi (pubblici e privati) coinvolti.

La *discrezionalità tecnica*, secondo le più recenti elaborazioni, è invece caratterizzata dalla circostanza di non applicare regole proprie di una qualche scienza esatta, ma di applicare invece regole e conoscenze delle scienze sociali e non esatte, in quanto tali prive del requisito della oggettiva verificabilità e riproducibilità del risultato e caratterizzate invece da un margine più o meno ampio di opinabilità⁷.

In sostanza, laddove l'applicazione delle scienze esatte consenta di approdare ad un risultato certo, ripetibile e verificabile si verserebbe in una ipotesi di *accertamento tecnico*; laddove l'applicazione di scienze sociali e non esatte comporti invece un risultato caratterizzato da opinabilità si verserebbe in una ipotesi di *discrezionalità tecnica*; laddove sia presente una valutazione in termini di opportunità amministrativa si verserebbe in una ipotesi di discrezionalità pura.

⁶ In tema, **Cintioli**, *Tecnica e processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2004, pagg. 983 e segg..

⁷ Consiglio Stato, IV, ord. 17.04.2000 n. 2292.

4. Nel campo del diritto amministrativo, il problema dell'estensione e dell'ambito del controllo giurisdizionale sui *concetti giuridici indeterminati* e sulla *discrezionalità tecnica* acquisisce rilievo peculiare per la circostanza che il concetto giuridico indeterminato viene prima interpretato ed applicato dall'Amministrazione e solo successivamente, in sede di impugnativa dell'atto da questa adottato, eventualmente conosciuto dal giudice amministrativo; mentre il giudice ordinario procede in via autonoma all'applicazione della "clausola generale" al concreto rapporto controverso, il giudice amministrativo si trova ad esaminare l'applicazione del concetto giuridico indeterminato che, attraverso l'esercizio della discrezionalità tecnica, l'Amministrazione ha già dato con l'adozione dell'atto impugnato⁸.

Appare, così, evidente come vengano in rilievo le tradizionali limitazioni ai poteri cognitivi del giudice amministrativo nei confronti degli apprezzamenti discrezionali dell'Amministrazione e del merito amministrativo, generalmente riconducibili alla espressione "riserva di amministrazione".

Si tratta, quindi, di verificare se i poteri cognitivi del giudice amministrativo debbano arrestarsi alla verifica dell'iter logico seguito dall'Amministrazione o se possano riguardare invece la diretta verifica sia dei fatti che delle regole tecnico-scientifiche da questa utilizzate e se il giudice amministrativo possa sostituire a quella dell'Amministrazione una propria ricostruzione del *concetto giuridico indeterminato*.

Così individuati i termini dell'indagine da compiere, passiamo quindi all'esame della casistica selezionata, al fine di verificare che tipo di risposta a tali interrogativi ha fornito la giurisprudenza italiana⁹.

5. Un primo, più tradizionale, campo di verifica può essere costituito dai *provvedimenti contingibili e d'urgenza* adottati dall'autorità amministrativa per fronteggiare, con urgenza, situazioni eccezionali ed imprevedibili tali da non potere essere affrontate con gli ordinari e tipici strumenti giuridici.

In questa categoria di atti – nella quale, per comodità e sintesi, accomunerò sia i provvedimenti prefettizi di requisizione che i provvedimenti sindacali a tutela dell'igiene e sanità pubblica – vengono in rilievo alcuni *concetti giuridici indeterminati* quali presupposti che debbono

⁸ Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., pagg. 984 e seg..

⁹ Spero di non fare torto a nessun Collega se in questa breve casistica avrò omesso qualche significativa pronunzia: l'ampiezza della produzione giurisprudenziale, soprattutto del giudice di primo grado, e la sinteticità propria di questa sede hanno impedito un completo censimento di pronunzie ed orientamenti, eventualmente non sempre adeguatamente valorizzati in sede di massimazione e pubblicazione sulle riviste giuridiche.

necessariamente ricorrere per l'adozione dell'atto: *la necessità e l'urgenza* di provvedere, la *situazione di pericolo* da fronteggiare.

E' evidente come l'applicazione della norma contenente il concetto giuridico indeterminato sia, in prima battuta, compiuta dall'autorità amministrativa procedente e come l'intervento del giudice avvenga, in seconda battuta, in funzione di controllo della legittimità dell'atto impugnato.

In materia, la giurisprudenza¹⁰ appare, in linea di principio, tradizionalmente orientata nel senso di ritenere che la valutazione dei presupposti di adozione dell'atto sia rimessa "*all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione*", apprezzamento che "*si sottrae al sindacato giurisdizionale di legittimità se non per manifesti vizi logici o evidente travisamento dei fatti*"; apparentemente si tratta, quindi, di un'applicazione della tradizionale tecnica di sindacato dell'atto per vizi di eccesso di potere, attraverso un controllo estrinseco dell'operato dell'Amministrazione.

Non appena, però, si passa dalle affermazioni di principio all'esame del merito delle pronunzie è possibile verificare come il giudice amministrativo - attraverso l'utilizzazione di forme sintomatiche dell'eccesso di potere quali il *difetto di motivazione* e/o il *difetto dei presupposti* - abbia sempre operato in realtà un penetrante controllo sulla effettiva sussistenza e corretta valutazione dei presupposti dell'atto, senza arrestarsi agli apprezzamenti ed alle valutazioni compiute dall'Amministrazione.

Così - in tema di verifica dei presupposti di necessità ed urgenza per l'adozione di provvedimenti di requisizione di abitazioni - si è, caso per caso, negata¹¹ la sussistenza del requisito dell'urgenza per fronteggiare situazioni verificatesi da un lungo lasso di tempo ed invece affermata¹² la sua sussistenza in una ipotesi di requisizione adottata nell'immediatezza di un crollo; mentre - in ipotesi di requisizione di locali adibiti, o da adibirsi, ad uffici pubblici - si è negata la sussistenza del requisito dell'impossibilità di utilizzare gli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento a fronte di inerzie, ritardi o omissioni imputabili alla stessa p. Amministrazione¹³.

Per completezza di esposizione devo, per altro, rappresentare come a fronte di siffatto, copioso, orientamento è dato riscontrare la presenza di alcune pronunzie del giudice d'appello¹⁴ che riconducono la giurisdizione in tema di provvedimenti sindacali contingibili e d'urgenza

¹⁰ TAR Lazio, Roma, sez.2-bis, n. 59 del 24 gennaio 1994; TAR Puglia, Bari, sez.1, n. 72 del 20 febbraio 1998; TAR Puglia, Lecce sez.1, n. 438 del 27 maggio 1993; Consiglio Stato, V, n.1128 del 29 luglio 1998.

¹¹ T.A.R. Lazio, Roma, sez.2, n.658 del 20 aprile 1989; Consiglio Stato, sez. IV, n.318 del 3 maggio 1986.

¹² Consiglio Stato, sez. IV, n.638 del 29 ottobre 1987.

¹³ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.1, n.2936 del 22 dicembre 2004, n.772 del 6 maggio 2004 e n.39 del 2 gennaio 2004; T.A.R. Sicilia Catania, sez.1, n.1154 del 26 aprile 2004; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.1, n.207 del 3 marzo 1994; C.G.A., sez. giurisd., n.97 del 30 marzo 1995; Consiglio Stato, sez. IV, n. 930 del 21 dicembre 1989.

¹⁴ Consiglio Stato, sez. VI, n.7266 del 12 novembre 2003, sez. V, n.1904 del 2 aprile 2001 e sez. V, n.220 del 19 febbraio 1996.

direttamente nell'ambito della giurisdizione di merito¹⁵, con la ovvia conseguenza che tali provvedimenti possono essere pienamente sindacati dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza ed alla attendibilità delle disposte istruttorie ed alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate.

Comunque, anche prescindere da tale ultimo orientamento giurisprudenziale, deve evidenziarsi come il giudice amministrativo - pur nella riaffermazione in linea di principio di un sindacato limitato ai *manifesti vizi logici* o all'evidente *travisamento dei fatti* - ha sempre operato un penetrante controllo sull'applicazione di siffatti **concetti giuridici indeterminati**, non esimendosi dal sostituire proprie valutazioni e propri apprezzamenti a quelli dell'Amministrazione.

Ciò, probabilmente, anche perché agevolato dalla circostanza di dovere utilizzare nozioni non aventi carattere tecnico-scientifico, ma invece rientranti nel proprio normale bagaglio culturale.

6. Sicuramente significativa dell'evoluzione in tema di controllo della **discrezionalità tecnica** appare la disamina del sindacato del giudice amministrativo nei confronti degli accertamenti sanitari compiuti dall'Amministrazione, in tutte quelle ipotesi nelle quali un determinato effetto giuridico discenda dall'applicazione di nozioni e regole desunte dalle scienze mediche e sanitarie.

Si tratta, per altro, della materia nella quale il Consiglio di Stato¹⁶ ha per la prima volta in modo esplicito teorizzato la distinzione tra la discrezionalità tecnica ed il merito amministrativo per affermare la sindacabilità della prima anche nelle ipotesi degli "*apprezzamenti opinabili*", che devono essere distinti dalle insindacabili scelte relative al *merito amministrativo*.

Dalla considerazione che *il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo* la pronuncia fa discendere l'affermazione che *quando la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica, l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto*.

Detta pronuncia ha, così, fornito l'avallo del giudice d'appello alla prassi, per altro già anteriormente seguita dai giudici di primo grado, di utilizzare lo strumento delle verificazioni medico legali ai fini di sindacare gli accertamenti sanitari compiuti dall'Amministrazione in sede di

¹⁵ Attraverso il rinvio operato dall'art. 7 l. n. 1034/1971 all'art. 27 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, ed all'art. 1 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1058.

¹⁶ Sez. IV, n. 601 del 9 aprile 1999, in Foro It., 2001, III, coll. 9 e segg., con nota di **Travi**.

assunzione di soggetti ai pubblici impieghi o arruolamenti¹⁷ (accertamenti su altezza, visus ed eventuale sussistenza di specifiche patologie), di valutazione dell' idoneità alla prestazione del servizio¹⁸, di (mancato) rinnovo della patente di guida¹⁹.

In tutte tali ipotesi, il ricorso allo strumento della verifica ex art. 44 r.d. n. 1054/1924 ha consentito la verifica della sussistenza del vizio denunciato ai fini dell' annullamento dell'originario giudizio censurato, secondo lo schema del sindacato intrinseco degli accertamenti sanitari compiuti, mediante la loro ripetizione ad opera di altro organo dotato delle necessarie competenze specialistiche.

Di sicuro interesse, in materia, appare una pronunzia²⁰ del T.A.R. Lombardia, Brescia, con la quale si è utilizzato invece lo strumento della C.T.U. per sottoporre a verifica, alla luce delle censure articolate dal ricorrente, accertamenti e valutazioni posti in essere dall' Amministrazione in materia veterinaria: all' esito della C.T.U. gli *apprezzamenti* dell' Amministrazione sono stati ritenuti inattendibili e l'atto impugnato è stato annullato.

Ancora non univocamente risolto appare, invece, il problema della piena ripetibilità, a fini di sindacato, degli accertamenti di ordine psichico-attitudinale in relazione ai quali il carattere di *scienza non (pienamente) esatta* della psichiatria ed i profili attinenti alla *opportunità*, sottesi al giudizio attitudinale (ad esempio, ai fini dell'arruolamento nelle forze di polizia), inducono tutt'ora ad una maggiore cautela.

7. Altro utile settore di verifica dell'ambito del controllo giurisdizionale amministrativo sui *concetti giuridici indeterminati* e sulla *discrezionalità tecnica* può essere costituito dai subprocedimenti di verifica dell' anomalia dell' offerta nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: in siffatte ipotesi la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nell' ascrivere l' attività di verifica dell' eventuale anomalia delle offerte all' ambito della *discrezionalità tecnica*, con utilizzo di nozioni e regole prevalentemente tratte da scienze tecnico-ingegneristiche ed economiche. Deve, però, rilevarsi che, pur muovendo dalla medesima posizione di partenza gli approdi giurisprudenziali non sono sempre eguali.

Vi è, infatti, un filone giurisprudenziale, prevalentemente del giudice amministrativo di primo grado²¹, che deriva da tale affermazione la conseguenza che il sindacato giurisdizionale deve

¹⁷ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 1207 del 3 luglio 2005 e n. 1485 del 7 luglio 2004.

¹⁸ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 791 del 6 maggio 2004.

¹⁹ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 1078 del 23 giugno 2005.

²⁰ T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 1266 dell' 11 ottobre 2004.

²¹ T.A.R. Basilicata, n. 594 del 28 giugno 2004; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, n. 641 del 18 maggio 2004; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, n. 664 del 27 settembre 2004; T.A.R. Piemonte, sez. II, n. 2217 dell' 11 ottobre 2004; T.A.R. Sicilia - <http://www.diritto.it> ISSN : 1127-8579 inserito il 24/10/2005

intendersi limitato alla manifesta illogicità, alla incongruità della motivazione, all'errore di fatto, e cioè a profili che non vanno a scalfire la sfera di autonomia decisionale riservata in tale ambito alla potestà dell'Amministrazione; trattasi, quindi, del tradizionale utilizzo della tecnica di sindacato dell'atto per vizi di eccesso di potere, attraverso un controllo estrinseco dell'operato dell'Amministrazione.

Si contrappone a tale filone, invece, un più consapevole orientamento che muove dal presupposto che il giudizio sull'anomalia delle offerte in una gara d'appalto non attiene al merito dell'azione amministrativa - in quanto non implica la diretta valutazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito con l'atto impugnato - ma costituisce tipica valutazione tecnico-discrezionale che non sfugge, aprioristicamente, al sindacato del giudice amministrativo²².

Consegue a tale affermazione che il controllo può limitarsi al controllo formale dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa (controllo estrinseco) se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergono elementi tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco delle indagini specialistiche, delle operazioni tecnico-valutative compiute dall'Amministrazione; ove, però, ciò sia necessario ai fini della piena verifica della legittimità della statuizione gravata, tale sindacato può, invece, consistere anche nella verifica della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo (controllo intrinseco), fermo restando che esula dal compito del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite²³.

In ogni caso, quindi, viene escluso che il giudice possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo, al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

Merita, per altro, menzione una prassi seguita in materia dalla sezione staccata di Catania del T.A.R. per la Sicilia la quale:

- muove dalla tradizionale affermazione secondo la quale le valutazioni della commissione di gara circa l'adeguatezza delle giustificazioni sul piano tecnico economico sono espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo sul piano della logicità e della coerenza

Palermo, sez.2 n.1029 del 14 giugno 2003; C.G.A., sez. giurisd., n.570 del 20 settembre 2002 e n.154 del 14 aprile 2003.

²² Consiglio Stato, sez. IV, n.4082 del 25 luglio 2001 e sez. V, n.1247 del 5 marzo 2001, entrambe in Foro It., 2003, III, coll. 158 e segg. con nota di **Videtta**; T.A.R. Lazio, Roma, sez.3, n.2995 del 21 aprile 2005.

²³ Consiglio Stato, sez. V, n.7346 dell'11 novembre 2004.

della motivazione, oltre che in relazione alla veridicità dei presupposti di fatto presi in considerazione²⁴;

- impiega lo strumento della verifica ex art. 44 r.d. n. 1054/1924 (affidata a docenti universitari, ai quali vengono posti specifici ed analitici quesiti con riferimento alle censure dedotte in giudizio) ai fini di accertare la rispondenza a requisiti di logica, nonchè di correlazione a reali e veritieri elementi fattuali, delle valutazioni di anomalia dell'offerta operate dall'Amministrazione;

- utilizza, infine, le risultanze della verifica ai fini di accertare la sussistenza, o meno, delle censure articolate dai ricorrenti²⁵.

8. Ulteriore utile campo d'indagine in ordine al sindacato sulla *discrezionalità tecnica* può essere quello relativo alle valutazioni e determinazioni amministrative in materia di "uso del territorio", ricomprendendo in tale nozione non tanto i profili più strettamente attinenti all'edilizia (materia nella quale già l'art. 16 della l. n. 10/1977 aveva consentito l'utilizzazione dello strumento della *perizia* per sindacare i profili *tecnici* delle controversie) quanto quelli relativi alla tutela dei beni storici, culturali ed ambientali.

In una pronuncia resa in questa materia risulta, infatti, introdotta la distinzione tra *sindacato forte* e *sindacato debole* in tema di *discrezionalità tecnica*, distinzione che ha segnato i successivi sviluppi giurisprudenziali.

In occasione dell'impugnazione di un provvedimento di autorizzazione al disboscamento, a fini edificatori, di un terreno sul quale gravava un vincolo idrogeologico, il Consiglio di Stato²⁶ – pur recependo le affermazioni in ordine alla sindacabilità della discrezionalità tecnica (già rese a partire dalla citata decisione n. 601/1999 citata) – afferma la necessità di operare un *sindacato debole* tutte le volte che, come nella specie, la materia sia contraddistinta da:

- margini di *opinabilità* talmente ampi da sconfinare nella *opportunità*;
- presenza di interessi costituzionalmente rilevanti;
- affidamento della cura di tali interessi ad autorità dotate di specifica competenza funzionale in materia.

Essenza del sindacato debole sarebbe non già la preclusione del sindacato giurisdizionale, ma l'esclusione della possibilità di esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri sostitutivi.

L'espressione *sindacato debole* è, inoltre, utilizzata dallo stesso Consiglio di Stato²⁷ in occasione dell'impugnativa di un provvedimento di apposizione di un vincolo (indiretto)

²⁴ Sez.1, n.64 del 21 gennaio 2005.

²⁵ Sez.1, n.719 del 29 marzo 2001 e n.972 del 17 giugno 2003.

²⁶ Sez. IV, n. 5287 del 6 ottobre 2001, in Foro It., 2002, III, coll. 414 e segg. con nota di **Giardino**.

²⁷ Sez. VI, n. 4429 de 4 settembre 2002.

archeologico, nel senso che la discrezionalità dell'amministrazione in materia sarebbe soggetta a sindacato debole sulla discrezionalità tecnica - ossia censurabile solo per macroscopiche incongruenze ed illogicità - per l'elasticità e l'indeterminatezza dei parametri tecnici delle discipline storiche ed archeologiche, rilevanti ai fini della valutazione e del giudizio dell'attinenza del bene con l'interesse pubblico specifico (tutela dei beni storico-archeologici) demandato alla cura dell'amministrazione.

In tale accezione l'espressione *sindacato debole* sembra ripresa da due recenti pronunzie²⁸ nelle quali il T.A.R. Sicilia, Palermo, è però pervenuto a conseguenze pratiche opposte:

- nella prima ha respinto il ricorso sulla considerazione che *allorché il giudizio dell'amministrazione, in punto di ricognizione dei presupposti di fatto di una fattispecie, sia ancorato a valutazioni tecnico-scientifiche afferenti una delle cc.dd. scienze inesatte, la naturale pluralità di soluzioni, tutte parimenti plausibili e coerenti sul piano della logica e della ragionevolezza, non consente, in presenza del rispetto dei segnalati standards di logicità e di coerenza della decisione, una mera sostituzione di valutazioni soggettive, tutte in tesi rispondenti a detti criteri, che condurrebbe non alla sostituzione di una scelta illegittima con una scelta legittima, ma alla semplice preferenza accordata in sede giurisdizionale ad una delle varie, possibili soluzioni – tutte collocate nell'area della legittimità provvedimentoale - consentite dal rispetto delle leggi scientifiche di settore;*
- nella seconda ha invece accolto il ricorso sulla considerazione che *nel caso in esame, le risultanze della verifica hanno posto in evidenza il difetto di una delle condizioni individuate dalle pronunzie richiamate perché la decisione dell'amministrazione possa superare indenne il sindacato di legittimità: la circostanza, cioè, che la scelta operata sia "plausibile", "tecnicamente accettabile", "logica" e "coerente". In assenza, per le evidenziate ragioni di tipo tecnico-costruttivo, dei richiamati elementi, le condizioni apposte al rilascio del nulla osta si risolvono in un sostanziale diniego conseguente ad un esercizio del potere tecnico-discrezionale non conforme ai parametri di legittimità, come sopra individuati dalla giurisprudenza.*

Per altro, indipendentemente dal citato dibattito sulla discrezionalità tecnica e già in precedenza, il Tribunale si era spinto a sindacare provvedimenti delle Soprintendenze ai BB.CC. e AA. attraverso l'utilizzazione di forme sintomatiche dell'eccesso di potere quali il *difetto di motivazione* e/o il *difetto dei presupposti*, operando in realtà un penetrante controllo sulla effettiva

²⁸ Sez.2, n.2590 del 18 novembre 2004 e n.2959 del 22 dicembre 2004.
<http://www.diritto.it> ISSN : 1127-8579

sussistenza e corretta valutazione dei presupposti dell'atto, senza arrestarsi agli apprezzamenti ed alle valutazioni compiute dall'Amministrazione.

Si è, così, pervenuti all'annullamento:

- di un diniego di N.O. per il rilascio di una concessione in sanatoria fondato su considerazioni relative a tipologie costruttive ritenute dal collegio inesistenti *in situ*²⁹;
- di un diniego di N.O. alla prosecuzione di lavori edili fondato su di una rappresentazione dei luoghi risultata non corretta a seguito di verifica³⁰;
- della determinazione di procedere alla conservazione di alcuni costoni di roccia - pur successivamente alla verifica delle loro precarie condizioni statiche, mediante l'esecuzione di costose ed imponenti opere di consolidamento - in considerazione dell'inadeguatezza della motivazione in ordine alla opportunità dell'intervento programmato in termini di economicità (rapporto costi - benefici) e di efficacia (impatto delle opere di consolidamento e risanamento), ed in ordine alla comparazione dell'interesse pubblico con quelli privati, per altro fondati su provvedimenti autorizzatori in precedenza legittimamente rilasciati³¹;
- della imposizione di un vincolo di intererre storico-artistico (diretto ed indiretto), essendosi accertata a mezzo di C.T.U. una realtà fattuale (inesistenza di almeno alcuni degli elementi di pregio storico sui quali era fondata l'imposizione del vincolo ed elevato gradi di compromissione dell'intero complesso) tale da far dubitare della sussistenza dei presupposti per la imposizione della tutela, nei termini di cui al provvedimento impugnato³².

9. Giungiamo, così, all'ultimo campo di indagine, nel quale le nozioni di *concetti giuridici indeterminati* e di *discrezionalità tecnica* sono stati coniugati più frequentemente ed indagati in modo più penetrante: quello relativo al sindacato degli atti delle Autorità amministrative indipendenti³³.

E' questa la materia nella quale la giurisprudenza ha più analiticamente scomposto il procedimento logico-giuridico di applicazione dei *concetti giuridici indeterminati*, indagato i

²⁹ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.1, n.1531 del 14 novembre 2001.

³⁰ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.1, n.256 dell'8 marzo 1996.

³¹ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.1, n.261 dell'8 marzo 1996.

³² T.A.R. Sicilia, Palermo, sez.1, n. 825 del 14 maggio 2004.

³³ Sulla tematica, in presenza di una bibliografia pressoché sterminata, rinvio a tre recenti contributi, quali punto di partenza per una più approfondita indagine in materia: **Pajno**, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in Dir. Proc. Amm., 2004, pagg. 617 e segg.; **Chieppa**, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, e **Ramajoli**, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in Dir. Proc. Amm, 2005, pagg. 330 e segg.. Affronta in modo esteso l'argomento anche **Cintioli**, in *Tecnica e processo amministrativo*, cit..

rapporti di tale attività con la discrezionalità tecnica e circoscritto l'ambito del sindacato giurisdizionale³⁴.

In particolare, per il profilo di nostro maggiore interesse, alcune prime pronunzie del giudice d'appello hanno circoscritto il sindacato giurisdizionale ad una forma *debole*, che non consentirebbe *un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità*³⁵, ritenendosi che l'esclusione della *possibilità di un sindacato di tipo "forte" sulle valutazioni complesse dell'Autorità, poste in essere in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati appaiono, d'altra parte, una conseguenza logica e coerente della giurisprudenza del giudice amministrativo sul sindacato della discrezionalità tecnica*³⁶.

Detta contrapposizione ha ingenerato anche alcune polemiche in sede dottrina³⁷, indotte da una prospettiva:

- che assimila sostanzialmente il controllo c.d. debole al controllo estrinseco (id est, esterno) sull'iter logico-giuridico seguito dall'Amministrazione;
- e che ritiene che la rilevata preclusione a qualsiasi *sostituzione* del giudice all'Amministrazione comporti una limitazione - o comunque una qualche remora, anche di ordine cognitivo - in ordine all'attività di acquisizione del fatto, contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato e sua applicazione al caso concreto.

Più recentemente, una pronunzia dello stesso giudice d'appello³⁸ ha precisato il significato dell'espressione *sindacato debole*, nel senso che *la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata.*

Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere.

³⁴ Consiglio Stato, sez. VI, n. 2199 del 23 aprile 2002, in Foro It., 2002, III, coll. 482 e segg., con note, per quanto più specificamente riguarda questa indagine, di **Scarselli**, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, e di **Fracchia e Videtta**, *La tecnica come potere*.

³⁵ Vanno ascritte a tale orientamento anche Consiglio Stato, sez. VI, n. 4454 del 4 settembre 2002 e n. 5640 del 16 ottobre 2002, in Foro It., 2003, III, coll. 73 e segg., e n. 1054 del 25 febbraio 2003, in Foro It., 2003, III, coll. 361 e segg..

³⁶ Consiglio Stato, sez. VI, n.5156 del 3 ottobre 2002, in Foro It., 2003, III, coll. 3 e segg., con nota di **Colangelo**.

³⁷ Ne costituisce un'eco, **Cintioli**, *Tecnica e processo amministrativo*, cit. pagg. 998 e segg..

³⁸ Consiglio Stato, sez. VI, n.926 del 2 marzo 2004, in Foro It., 2005, III, coll. 6 e segg., con nota di **Bastianon**, *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati». Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*.

Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato".

In sostanza il giudice amministrativo – verificata la correttezza e plausibilità della soluzione adottata dall'Autorità, all'esito di un'autonoma ricostruzione del procedimento di applicazione del concetto giuridico indeterminato – non potrebbe prescegliere altra soluzione, altrettanto corretta e plausibile, ma dovrebbe comunque rispettare la determinazione amministrativa.

La medesima pronuncia si preoccupa, per altro, di rilevare come tale modello di controllo giurisdizionale sia compatibile con i principi comunitari e corrisponda alle modalità di esercizio del controllo svolto dalla Corte di giustizia sugli atti della Commissione sulle attività anticoncorrenziali di spessore comunitario.

10. Così terminando l'esame casistica degli orientamenti giurisprudenziali emersi in ordine alle tematiche oggetto di questo incontro, è venuto il momento di tirare sinteticamente le somme:

- la giurisprudenza amministrativa italiana ha sempre *conosciuto* i **concetti giuridici a contenuto indeterminato** (sia pure senza chiamarli così) e - con riferimento a quelli non implicanti l'applicazione di nozioni tecnico-scientifiche - ne ha fatto oggetto del proprio sindacato, apparentemente sotto la forma estrinseca del sindacato su forme sintomatiche di eccesso di potere (difetto di motivazione e difetto dei presupposti);

- in realtà, almeno per quanto attiene a quelli rientranti nel proprio bagaglio culturale, ha talvolta esercitato forme anche penetranti di controllo, giungendo anche a sostituire proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione;

- egualmente, ha esercitato forme più o meno penetranti di controllo su accertamenti tecnici, fondati su applicazione di regole desunte da scienze esatte, con l'utilizzazione dello strumento processuale della verifica ex art. 44 r.d. n. 1054/1924;

- ha, invece, usualmente evitato di sindacare, se non per vizi di manifesta illogicità o evidente errore di fatto, l'esercizio della **discrezionalità tecnica**, assimilandola alla *discrezionalità pura* ed al *merito amministrativo*;

- solo nel 1999, a seguito di un'accelerazione evolutiva impressa dalle novità introdotte nel sistema dagli artt. 33, 34 e 35 D.lgs. n. 80/1998 (allargamento dell'ambito della giurisdizione esclusiva, utilizzabilità nel suo ambito dei mezzi di prova del codice di procedura civile, risarcimento del danno) la giurisprudenza ha ammesso la sindacabilità della **discrezionalità tecnica**, anche <http://www.diritto.it> ISSN : 1127-8579 inserito il 24/10/2005

nell'ipotesi di utilizzazione di nozioni e regole desunte dalle scienze sociali, non esatte, attraverso la distinzione dell'*opinabilità* degli apprezzamenti tecnici (sindacabili) dalle valutazioni di *opportunità* (non sindacabili, in quanto ricondotti al merito amministrativo);

- detto risultato è stato "consolidato" dalle ulteriori innovazioni ordinarie introdotte dalla l. n. 205/2000 (per tutte, estensione del risarcimento dei danni e dell'utilizzo della C.T.U. anche nella tradizionale giurisdizione di legittimità) che hanno sancito l'attitudine della giurisdizione amministrativa a fornire tutela piena e sostanziale ai ricorrenti, tendenzialmente idonea ad assicurare il conseguimento del "bene della vita" richiesto;

- in particolare, l'utilizzabilità della C.T.U. ha consentito al giudice amministrativo di acquisire, attraverso l'apporto del suo ausiliare, le necessarie nozioni e conoscenze tecnico-scientifiche per penetrare e verificare l'esercizio della *discrezionalità tecnica* e l'attuazione dei *concetti giuridici indeterminati* posti in essere dall'Amministrazione³⁹;

- rimane, allo stato, irrisolta la problematica relativa alla contrapposizione *sindacato debole* – *sindacato forte*, sia pure nei termini precisati dalla giurisprudenza del 2004⁴⁰.

11. Su tale ultimo punto mi siano consentite alcune brevi considerazioni personali.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha accreditato la citata contrapposizione - nei precisati termini di *differenza* nella potenzialità finale di un sindacato del giudice amministrativo comunque *pieno* sugli apprezzamenti dell'Amministrazione – sulla base di un triplice ordine di considerazioni:

- un elevato grado di opinabilità degli apprezzamenti compiuti dall'Amministrazione determinerebbe quasi uno sconfinamento nel merito amministrativo, non sindacabile;
- il rilievo costituzionale di alcuni, particolari, interessi (salute, ambiente, iniziativa economica e concorrenza) ne determinerebbe l'affidamento in via principale, se non esclusiva, a determinate Autorità, le determinazioni delle quali possono essere solo sindacate, ma non sostituite dal giudice amministrativo;
- nel caso delle autorità amministrative indipendenti, la particolare competenza specialistica – conseguente alla loro composizione – e le forme procedimentali seguite (contraddittorio procedimentale) determinerebbero una sostanziale limitazione del potere decisionale del giudice amministrativo.

³⁹ Consiglio Stato, sez. IV, n. 5287/2001, cit..

⁴⁰ Per applicazioni della distinzione ulteriori rispetto a quelle in precedenza illustrate: Consiglio Stato, sez. VI, n. 1884 dell'8 aprile 2002, in tema di correzione di prove d'esame, e T.A.R. Sicilia, Catania, sez.3, n.1940 del 20 novembre 2003, in tema di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in una procedura di aggiudicazione.

Sebbene a ciascuno di siffatti argomenti sia possibile muovere analitici rilievi, a me sembra che essi potrebbero eventualmente essere ritenuti idonei a giustificare un'eventuale limitazione del potere giurisdizionale che fosse desumibile da altra fonte (specifica norma di legge e/o principio ordinamentale desumibile dal sistema), ma non a costituire essi stessi il fondamento giuridico di detta limitazione.

Esclusa l'esistenza di qualsiasi riserva di amministrazione in favore delle Autorità amministrative indipendenti, che sottragga i relativi atti al sindaco giurisdizionale del giudice competente⁴¹, deve ritenersi che – a fronte di principi costituzionali quali quello della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), anche amministrativa (art. 113, co. 1, Cost.) senza possibilità di limitazioni per determinate categorie di atti (art. 113, co. 2, Cost.) – non sia possibile fondare la sopraindicata limitazione su pretesi profili differenziali degli atti, ancorati alla natura degli interessi coinvolti, al procedimento di loro formazione o all'autorevolezza e specializzazione dell'Autorità emanante.

Il fondamento giuridico della citata limitazione andrebbe, quindi, eventualmente ricercato in un qualche principio ordinamentale desumibile dal sistema stesso della giustizia amministrativa.

Un primo criterio astrattamente utilizzabile potrebbe essere quello di ancorare la distinzione *sindacato forte* – *sindacato debole* alle nozioni di giurisdizione esclusiva e di giurisdizione generale di legittimità ed alla connessa differenziazione delle posizioni giuridiche soggettive di volta in volta tutelate (diritto soggettivo – interesse legittimo):

- in sede di giurisdizione esclusiva potrebbe essere consentito un *sindacato forte* in quanto l'oggetto del giudizio sarebbe costituito dallo stesso rapporto controverso;
- in sede di giurisdizione di legittimità sarebbe invece consentito solo un *sindacato debole* in quanto oggetto del giudizio sarebbe solo l'atto impugnato ed il giudice amministrativo potrebbe solo valutare la legittimità di questo.

Tale criterio, però, finirebbe con l'estendere il *sindacato debole* a tutto il settore della giurisdizione di legittimità, producendo effetti limitativi ulteriori rispetto a quelli affermati dalla citata giurisprudenza e riportando indietro il sistema alle posizioni anteriori alla svolta giurisprudenziale del 1999 in tema di sindacato sulla **discrezionalità tecnica**.

Altro rilievo che potrebbe venire in considerazione è quello relativo ai limiti esterni della giurisdizione amministrativa, dalla Corte di cassazione identificati nella impossibilità per il giudice

⁴¹ In tal senso anche la giurisprudenza della Corte di cassazione (SS.UU., n. 11632 del 29 luglio 2003, in Foro It., 2004, I, coll. 131 e segg.).

amministrativo di effettuare una diretta e concreta valutazione dell'opportunità dell'atto ovvero di sostituire a quella dell'Amministrazione una propria decisione finale⁴².

Un profilo di fondatezza del rilievo potrebbe, effettivamente, essere colto ove si ritenesse che - ormai acquisita distinzione tra l'opinabilità propria dell'applicazione del **concetto giuridico indeterminato** e l'opportunità propria del *merito amministrativo* - la scelta che l'Amministrazione abbia compiuto tra più soluzioni, tutte egualmente logicamente corrette e tecnicamente plausibili, debba essere fatta rientrare nell'area del *merito amministrativo*, e quindi dell'opportunità insindacabile.

Il rilievo appare, invece, meno fondato ove l'operazione di autonoma ricostruzione del **concetto giuridico indeterminato** da parte del giudice amministrativo sia invece ricondotta all'attività di determinazione del quadro normativo da applicare al caso concreto sottoposto alla sua conoscenza⁴³, attività propria del giudicare che non può, di certo, essergli sottratta.

Per altro, l'eventuale sostituzione da parte del giudice di una diversa applicazione del **concetto giuridico indeterminato** a quella, pur plausibile, prescelta in sede amministrativa discenderà ovviamente da una valutazione di maggiore correttezza e plausibilità.

Si tratterà, quindi, della espressione di un giudizio di valore che deve comunque essere ricondotta alla peculiare modalità di determinazione del quadro normativo applicabile al caso concreto, propria della tecnica normativa di utilizzo dei **concetti giuridici a contenuto indeterminato**.

Tutto ciò, almeno a mio avviso, sul piano dei principi; in concreto, non posso nascondere che il problema per il giudice sarà però quello di raggiungere una effettiva (umana) certezza della maggiore attendibilità della soluzione prescelta, rispetto a quella adottata dall'Amministrazione.

Tale oggettiva difficoltà, in assenza di parametri certi di giudizio, rende comunque giustizia alla cautela con la quale il giudice amministrativo ha, sin ad oggi, mostrato di muoversi in materia⁴⁴.

Salvatore Veneziano

Consigliere del Tribunale Amministrativo Regionale
per la Sicilia - Palermo

⁴² Cass. SS.UU. n. 9344 del 22 settembre 1997, in Foro It., 1998, I, coll. 1566 e segg. con nota redazionale e commento di **Tonoletti**, *Il sindacato della cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*.

⁴³ Così anche la recente giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di "norma elastiche": sez. lav. n. 10514 del 22 ottobre 1998, n. 434 del 18 gennaio 1999 (in Foro It., 1999, I, coll. 1981 e segg.) e n. 3645 del 13 aprile 1999 (in Foro It., 1999, I, coll. 3558 e segg.).

⁴⁴ La cautela del Consiglio di Stato è stata fatta propria anche dal T.A.R. Lombardia, Brescia, nella sentenza n. 782 del 22 luglio 2005.