

queste istituzioni

**Effettività della tutela giurisdizionale
e “libertà” dell’amministrazione:
analisi sul binomio
deduzione-valutazione**
Nota a Consiglio di Stato, sezione VI,
n. 10624 del 5.12.2022

Cristina Agliata

Numero 2/2023
30 giugno 2023

Effettività della tutela giurisdizionale e “libertà” dell’amministrazione: analisi sul binomio deduzione-valutazione

Nota a Consiglio di Stato, sezione VI, n. 10624 del 5.12.2022

di Cristina Agliata*

Sommario

1. La vicenda. – 2. La polisemica nozione di discrezionalità tecnica in relazione ai limiti/poteri del giudice amministrativo. – 3. Effettività della tutela giurisdizionale: deduzione o valutazione? – 4. Attendibilità tecnico scientifica della decisione posta in essere dall’amministrazione: condizioni e presupposti di ammissibilità della CTU e della verifica nel processo amministrativo. – 5. Conclusioni.

Sintesi

La nozione di discrezionalità tecnica continua ad essere caratterizzata da ampi margini di incertezza. Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ne ha puntualizzato i profili caratterizzanti a partire dall’evoluzione del ruolo del giudice amministrativo e dal carattere di una “geometria variabile” che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche ha assunto e continua ad assumere. Il “*novum*” della sentenza è senza dubbio l’evoluzione del *dictum* giudiziale rispetto al tradizionale *modus operandi* che esimeva il giudice amministrativo dall’esame dei profili tecnici riservati all’amministrazione. Tanto in linea con i segnali che, partendo da timidi accenni e sino a divenire sempre più marcati, hanno messo in evidenza la necessità di procedere alla ripermimetrazione di una disciplina che operi un bilanciamento tra le originarie scelte di cautela e le nuove prospettive di “apertura”. Le valutazioni tecniche, infatti, non sono più considerate estranee alla dimensione dell’accertamento del fatto, ma tale assunto non pare da solo sufficiente a spiegare preliminarmente effetti e conseguenze che tale convinzione ha sulle dinamiche processuali in divenire.

Abstract

The notion of technical discretion is still characterized by large margins of uncertainty. With this judgement, the Consiglio di Stato puntualized the characteristic profiles, starting from the evolution of the administrative judge’s role and from the character of “variable geometry” that the judicial review on technical evaluations has taken and continues to take. The “*novum*” of the judgment is, without any doubts, the evolution of the judicial *dictum* compared to the traditional *modus operandi*, which exempted the administrative judge from examining technical profiles reserved for the administration. This is in line with the signals that brought out, starting from timid references and up to becoming more and more marked, the

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

necessity to proceed with a redefinition of a discipline that works a balance between the original choices of caution and the new “opening perspectives”.

As a matter of fact, technical evaluations are no longer considered extraneous to the dimension of the ascertainment of the fact, but this assumption does not seem to preliminarily explain the effects and consequences that this conclusion has on the procedural dynamics in progress.

Parole chiave

Discrezionalità tecnica; sindacato giurisdizionale; accesso diretto al fatto; logicità del ragionamento.

Keywords

Technical discretion; judicial review; direct access to the fact; logical reasoning.

1. La vicenda.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affrontato il delicato tema del rapporto tra discrezionalità amministrativa e tecnica ed i conseguenti limiti/poteri riconosciuti al giudice amministrativo.

La vicenda riguarda, più in particolare, l'impugnazione di una sentenza del Tribunale Regionale per l'Emilia-Romagna, la n. 542 del 3 giugno 2021, con la quale il Tar ha annullato il provvedimento di diniego di autorizzazione paesaggistica posto in essere dal Comune di Casalecchio di Reno, nonché il parere contrario emesso dalla soprintendenza, depositato unitamente al diniego predetto.

Il ricorrente ha esposto di essere proprietario di due unità abitative adiacenti site in area interessata da vincolo paesaggistico e di aver richiesto ed ottenuto, per la prima unità abitativa, il permesso di costruire per la realizzazione di una sopraelevazione, con parere favorevole della soprintendenza¹.

In relazione alla seconda unità abitativa, invece, il permesso per poter effettuare il medesimo intervento di sopraelevazione è stato negato (nonostante l'intervento fosse speculare al primo, anche per dimensioni).

Ad avviso dell'autorità competente, la sopraelevazione sull'unità abitativa in questione avrebbe costituito una “interruzione dei profili collinari e delle visuali”, e, di conseguenza, avrebbe alterato “l'equilibrio paesaggistico consolidato”².

¹ In relazione alla prima unità il ricorrente ha ottenuto il permesso di costruire per la realizzazione in sopraelevazione di un corpo di fabbrica di 25 mq sul lastrico solare condominiale da annesso alla sottostante abitazione.

² Ad avviso dell'autorità tutoria la proposta di sopraelevazione avrebbe collocato l'immobile direttamente sulle visuali del crinale e delle colline retrostanti, nel contesto di uno stato di fatto già saturo di elementi; inoltre, vi sarebbe stata un'alterazione dell'equilibrio consolidato anche rispetto alla vicinanza del fiume Reno e la collocazione a ridosso della pregevole opera della chiusa.

Il giudice di primo grado, con la sentenza impugnata in oggetto, ha annullato il provvedimento di diniego nonché il parere dell'autorità competente, ritenendo fondate le censure relative all'illogicità ed incongruenza delle valutazioni espresse ed il parere della soprintendenza viziato da erronea percezione dello stato dei luoghi³.

All'esito di quanto predetto, il Ministero della Cultura-Soprintendenza Archeologia, belle arti e paesaggio per la città metropolitana di Bologna e per le Province di Modena, Reggio Emilia e Ferrara ha impugnato la sentenza del Tar, chiedendone la sospensione dell'esecutività e muovendo, avverso la stessa, molteplici censure "in procedendo" ed "in iudicando", tra queste la violazione del sindacato di legittimità, in rapporto alla valutazione del merito tecnico-scientifico del parere della soprintendenza.

Con ordinanza n. 3033 del 21 aprile 2022 il Collegio, allo scopo di appurare se la valutazione tecnica della soprintendenza resistesse alle obiezioni di inattendibilità formulate dal proprietario delle unità abitative, ha disposto verificazione⁴ al fine di ottenere chiarimenti e comprendere se, come sostenuto dalla soprintendenza, le opere in oggetto fossero incompatibili con il vincolo paesaggistico sussistente nella zona e tali da alterare l'impatto percettivo del crinale e delle colline retrostanti.

Dopo aver ricostruito i fatti e alla luce della relazione del verificatore, il Collegio ha analizzato, *in limine*, il primo motivo di gravame, con il quale parte appellante ha lamentato l'eccesso di potere giurisdizionale in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel censurare le valutazioni della soprintendenza, connotate da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa⁵.

³ Il collegio ha messo in luce come dalla documentazione fotografica e dal render depositato da parte ricorrente risultassero chiaramente rappresentate le visuali dell'edificio da tre differenti punti di osservazione con indicazione dello stato di fatto e di quello di progetto ed evidenziazione grafica del profilo dei colli. Ha inoltre messo in evidenza come il parere negativo della soprintendenza fosse smentito dalla documentazione succitata con conseguente irrilevanza precettiva dello stesso ritenuto viziato. In particolare, il collegio ha sottolineato il fatto che l'autorità non avesse considerato, prima di emettere il parere, la presenza della sopraelevazione già autorizzata sulla parte destra del medesimo lastrico, avente il medesimo profilo collinare e le stesse caratteristiche dell'area oggetto di parere negativo.

⁴ Il Collegio ha incaricato della verificazione il Direttore del Dipartimento di Architettura dell'Università di Bologna, con facoltà di delega, ponendo i quesiti: «i) se le opere di sopraelevazione per cui è causa, in ragione delle loro caratteristiche costruttive, siano tali da alterare l'impatto percettivo del crinale e delle colline retrostanti; ii) se le medesime opere determinino una saturazione per sovraccarico incompatibile con il vincolo paesaggistico impresso con il decreto ministeriale del 10 ottobre 1960, avuto riguardo agli edifici situati nella zona di via Fermi, a ridosso dei quali si trovano Villa Talon con il parco e le relative pertinenze; iii) con riferimento ai quesiti indicati, il Verificatore ponga a confronto le proprie conclusioni con quelle della Soprintendenza, sottolineando i punti di convergenza e quelli di divaricazione».

⁵ «In alcune ipotesi normative, il fatto complesso viene preso in considerazione nella dimensione oggettiva di fatto "storico": qui gli elementi descrittivi della fattispecie, anche quelli valutativi e complessi, vanno accertati in via diretta dal giudice amministrativo, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati costituisce una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa» (come avviene, ad esempio, nel caso delle sanzioni amministrative punitive dove, in virtù del principio di stretta legalità, spetta al giudice estrapolare la norma "incriminatrice" dalla disposizione: cfr. Consiglio di Stato 9 maggio 2022, n. 3570; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990), in Cons. Stato, n. 10624 del 05.12.22, in commento.

Ad avviso del Consiglio di Stato il punto centrale della questione sarebbe il seguente: quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non “deduce” ma “valuta”, se la decisione pubblica rientri o meno nella gamma delle risposte plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e degli elementi del caso concreto.

Svolta la doverosa premessa sul tema, il giudice d’appello mette in evidenza come sia senza dubbio possibile per l’interessato contestare il nucleo dell’apprezzamento posto in essere dall’autorità tecnica, fatto salvo l’onere di metterne specificamente in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica⁶.

Se questo onere non viene assolto, il giudice darà prevalenza alla posizione espressa dall’organo istituzionalmente investito della competenza di adottare la decisione.

Dunque, a venire in rilievo è la necessità di dare seguito, sul piano processuale, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi, non già (presunto) il privilegio di insindacabilità della scelta tecnica dell’amministrazione, bensì di individuare solo i modi e i procedimenti per la risoluzione del conflitto.

Il rigetto dell’appello consegue all’accertamento della contraddittorietà ed illogicità del parere reso dalla soprintendenza ed alla rilevata insussistenza di contrasti con il vincolo paesaggistico, dal punto di vista sia architettonico, sia dimensionale.

Nell’accogliere gli accertamenti del verificatore è stato così confermato quanto statuito dal giudice di primo grado in ordine alla “irrilevanza percettiva” del costruendo manufatto, anche alla luce della sopraelevazione già autorizzata sull’unità abitativa adiacente a quella oggetto del diniego.

2. La polisemica nozione di discrezionalità tecnica in relazione ai limiti/poteri del giudice amministrativo.

La nozione di discrezionalità tecnica⁷, nonostante i plurimi contributi che in merito si sono registrati e la loro autorevolezza, rimane, ancora oggi connotata da ampi margini di incertezza⁸.

In altre ipotesi, invece, la fattispecie normativa considera gli elementi che rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controvertibili o non scientificamente verificabili, non come fatto “storico” (nel senso sopra precisato), bensì come fatto ‘mediato’ dalla valutazione casistica e concreta delegata all’Amministrazione.

In quest’ultimo caso, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a “definire” la fattispecie sostanziale.

⁶ Sul tema, *ex multis*: T.A.R. Lombardia sez. II - Milano, n. 1278 del 03.07.2020.

⁷ Ad una delle più accreditate teorizzazioni dopo l’entrata in vigore della Costituzione italiana, è apparsa come la facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell’interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato (VIRGA). Secondo Virga sarebbe possibile individuare quattro momenti in cui si articola la decisione amministrativa discrezionale. Innanzitutto, la facoltà di scelta, connaturata al concetto stesso di discrezionalità, e, senza la quale il potere dell’amministrazione risulterebbe vincolato. Inoltre, la necessità che la scelta avvenga tra comportamenti giuridicamente rilevanti, e che, la stessa, sia finalizzata al soddisfacimento dell’interesse pubblico stabilito dal legislatore. Infine, la consapevolezza

La stessa, in ordine a quelle che potremmo definire le “consapevolezze” acquisite fino ad ora sul tema, ha occupato, per molto tempo, “una zona grigia tra diritto e tecnica”⁹.

La discrezionalità tecnica è, ad oggi, considerata una tipologia autonoma di discrezionalità nella quale coesistono due caratteri peculiari: il primo consistente nell’essere basata su regole non giuridiche, ma tecniche; il secondo nel fatto che tali regole non siano comprovabili in maniera universale e siano, pertanto, potenzialmente opinabili.

che tale decisione debba perseguire il fine rispondente alla causa del potere esercitato. Qualora non vengano rispettati i limiti imposti, l’atto emanato si presenterà affetto da eccesso di potere. L’attività discrezionale non è solo espressione di un potere ma anche di un dovere, con la conseguenza che entro certi limiti le scelte dell’amministrazione sono soggette al controllo del giudice. L’attività amministrativa non può mai stabilire essa i “fini” da perseguire ma deve essere sempre considerata funzionale al raggiungimento del “fine”, dell’interesse predeterminato dal legislatore (P.VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972). Nonostante tale teoria sia stata a lungo ritenuta la più esplicativa ed abbia avuto il merito di spiegare in maniera esaustiva i tratti salienti dell’agire discrezionale dell’amministrazione, la definizione elaborata dal Virga è stata successivamente implementata, in quanto, si è ritenuto che non tenesse conto di uno degli elementi che caratterizzano l’agire dell’amministrazione, e cioè la naturale convivenza dell’interesse pubblico con altri interessi: pubblici, collettivi e privati, con conseguente necessità di operare una “ponderazione comparativa degli interessi secondari in ordine all’interesse primario” (M.S GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939). A seguito di tale attività la p.a. sceglie la soluzione più idonea che permetta di realizzare l’interesse pubblico primario con il minor sacrificio degli interessi secondari coinvolti in virtù del principio del minimo mezzo. Secondo Giannini, l’attività discrezionale dell’amministrazione si articola in due momenti fondamentali, quello del giudizio e quello della scelta, legati dalla premessa che l’accertamento tecnico si ferma alla valutazione del solo fatto, assunto quindi nella sua oggettività, pertanto non declinando alcuna discrezionalità. Il giudizio si sostanzia nell’individuazione e nell’analisi dei fatti e degli interessi, primario e secondario, sulla base di un’istruttoria da condurre secondo i principi previsti dalla legge 241/90, in primis valorizzando la partecipazione del cittadino nell’adozione degli stessi. La scelta, invece, è il momento in cui l’amministrazione all’esito delle risultanze del giudizio, adotta la soluzione che ritiene più opportuna e conveniente per il perseguimento dell’interesse primario. Si tratta di una scelta libera ma da esercitarsi nel rispetto di regole di legittimità e di merito. Nella scelta si sostanzia l’attività discrezionale della p.a. c.d. “pura” dalla quale si differenzia la discrezionalità tecnica: la peculiare attività della p.a. in virtù della quale la stessa deve valutare fatti o situazioni alla luce di regole di carattere specialistico la cui applicazione non garantisce un risultato univoco ed obiettivo, bensì un esito soggettivo ed opinabile (E.PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003). L’amministrazione, in sede di valutazione tecnica, non è chiamata a valutare comparativamente gli interessi in gioco scegliendo, all’esito, le modalità che consentono il più efficace soddisfacimento dell’interesse pubblico primario, ma solo a verificare, in applicazione di regole specialistiche a risultato non garantito, la sussistenza di alcuni dei presupposti richiesti dalla norma per l’adozione del provvedimento amministrativo (*ex multis*: V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006).

⁸ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Enrico Presutti: una categoria “a tempo”*, in *Nomos, Le Attualità del diritto*, 2022, p.1 ss.: ad avviso del quale il dibattito concernente la natura della discrezionalità tecnica ha avuto ad oggetto l’analisi di alcune categorie fondamentali: la discrezionalità, il merito, l’interpretazione, il concetto di potere nelle sue molteplici dimensioni, giuridica politica e tecnica. Il primo problema connesso al concetto di discrezionalità tecnica e che ha animato il dibattito dottrinale è stato quello relativo al trattamento processuale e dei ‘limiti’, come definiti da Presutti, del sindacato del giudice amministrativo. Il secondo punto da sottolineare, invece, ha avuto a che fare con la ‘svolta’ nel modo di intendere la discrezionalità tecnica frutto di quella che è stata definita la “rivoluzione gianniniana” che ha, anche alla luce dei contributi dottrinali precedenti, tra cui quello di Presutti, separato la discrezionalità tecnica da quella amministrativa.

⁹ F. PINTO, *Giudice e amministrazione nel sindacato della discrezionalità tecnica: l’età dell’incertezza*, in *scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 1246 che sul punto ricorda la ricchezza del contributo della dottrina, ed in particolare di F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. giur.*, Milano 2008, p. 471 s.s.

Al momento valutativo, basato sull'esame di regole e parametri di natura tecnica e scientifica, non necessariamente segue quello della scelta, in quanto è già la legge, talvolta, a predeterminarla¹⁰.

L'amministrazione deve "solo" procedere alla qualificazione dei fatti sulla base di regole tecniche e poi provvedere, nel modo previsto dall'ordinamento, alla risoluzione del caso concreto che la valutazione tecnica ha concorso a chiarire¹¹.

L'attività amministrativa risulta in tal modo caratterizzata dall'esame dei fatti che costituiscono i presupposti per l'adozione del provvedimento, mediante l'uso di regole tecniche che appartengono a scienze diverse da quella giuridica aventi natura di scienze "non esatte", inidonee, quindi, a fornire un'unica risposta corretta laddove applicate¹².

In tale ottica, la discrezionalità tecnica, è manifestazione di un giudizio, conseguente all'accertamento di un fatto in cui rileva l'applicazione di criteri e parametri scientifici e tecnici e che viene espresso non a seguito di una scelta ma in applicazione di regole di natura tecnica che la norma richiama come già conosciute¹³.

In ragione della natura non esatta delle discipline scientifiche prese in considerazione il risultato posto in essere all'esito della loro applicazione risulta, dunque, opinabile. L'opinabilità attiene alla soggettività di tale giudizio e rinviene dalla natura non esatta delle regole applicate¹⁴ senza implicare la titolarità di un potere di scelta, ed è proprio questo carattere a consentire di apprezzarne le differenze rispetto al c.d. "mero accertamento tecnico"¹⁵.

Le innumerevoli riflessioni che nel tempo si sono succedute sulla discrezionalità tecnica hanno avuto il merito di riportare l'attenzione sul ruolo della tecnica nella decisione, mettendo

¹⁰ M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Padova, 2019.

¹¹ C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la legge 21 luglio, 2000 n. 205*, in *Foro amm. TAR*, fasc.6, 2002, p. 2251.

¹² G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giust.amm.it*, 2016 p.7. Sulla mancanza di rigidità nella distinzione tra scienze esatte e scienze non esatte, si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017.

¹³ V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p.52; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009.

¹⁴ F. ORABONA, *La discrezionalità tecnica ed il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni espresse dalla commissione esaminatrice*, in <https://rivista.camminodiritto.it/>, estratto dal n. 5/2018

¹⁵ Quando l'amministrazione è chiamata all'accertamento dei fatti ai fini dell'esercizio del potere conferitole dalla legge, tale accertamento può essere svolto sulla base di regole dotate di un maggiore o minore grado di certezza. Il diverso atteggiarsi delle stesse comporta una diversa qualificazione dell'atto emanato a seguito della loro applicazione. Nell'ipotesi in cui la P.A si affidi a criteri attinti dalle "scienze esatte" tali da comportare l'insussistenza di un margine valutativo o di opinabilità il provvedimento amministrativo si configura come "mero accertamento tecnico". Sul tema, *ex multis*, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; O. RANELLETTI, *Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1922.

da parte gli “anacronismi del passato”¹⁶ e gettando un amo per una sempre più viva conoscenza della sua necessità nell’ambito dell’azione amministrativa.

Centrale, dunque, il ruolo della tecnica nella decisione, il problema, però, ora è, o forse è sempre stato, capire dove si collochi la tutela dell’interesse pubblico.

Anche quando tale interesse trovi collocazione nella dimensione tecnica e debba essere valutato e ponderato facendo ricorso a conoscenze tecniche, la sua cura, ed il suo opportuno bilanciamento, in ottemperanza ai principi regolanti l’azione amministrativa, rimane il momento più autentico dell’azione amministrativa¹⁷.

La visione della discrezionalità tecnica intesa come attività insindacabile pare oggi “evaporata” anche e soprattutto alla luce della riparametrazione del rapporto tra cittadino e amministrazione ancor prima che tra amministrazione e giudice¹⁸.

La tecnica, collocata in tale nuova dimensione non può e non deve essere ridotta ad “applicazione di un mero algoritmo”¹⁹ se ciò avvenisse, e se l’azione dell’amministrazione fosse davvero ridotta a mera applicazione di regole potenzialmente idonee a risolvere una questione, verrebbe di certo meno la funzione costituzionalmente riconosciuta all’amministrazione, verrebbero meno i suoi compiti e di certo la sua essenza²⁰.

Il “problema” della discrezionalità tecnica non è, dunque, solo la “forza” riconosciuta al sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni ma anche e soprattutto la cura dell’interesse pubblico tutelato dalle scelte poste in essere sulla scorta delle conoscenze scientifiche e tecniche.

¹⁶ A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2021, p.335

¹⁷ Ivi.

¹⁸ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Enrico Presutti: una categoria “a tempo”*, in *Nomos, Le Attualità del diritto*, 2022.

¹⁹ A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, cit. p.338

²⁰ Una delle prime ipotesi di impugnazione di un atto amministrativo interamente informatico è la sentenza del Consiglio di Stato n.2270 del 2019. La vicenda è nota: in conseguenza del piano straordinario nazionale di assunzione del Ministero dell’istruzione di cui alla legge n. 107 del 2015, alcuni insegnanti si erano ritrovati destinatari di una nomina su classi di concorso e ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato; inoltre, pur avendo espresso nella domanda di assunzione la preferenza per la scuola superiore di secondo grado, erano risultati destinatari di proposta di assunzione nella scuola superiore di primo grado; infine, tutti erano stati destinati in province lontane, rispetto a quella di provenienza. Tutto ciò per effetto di un meccanismo privo di ogni intervento umano, integralmente informatico (il cd. algoritmo) di cui non erano conoscibili le concrete modalità di funzionamento.

Il Tar rigetta il ricorso degli insegnanti e la vicenda arriva in Consiglio di Stato, che coglie l’occasione per fornire una serie di indicazioni generali. Il Consiglio di Stato conclude affermando la *sindacabilità piena di entrambi i profili del provvedimento informatico*: in primo luogo, quello “procedimentale” della correttezza del processo di costruzione e gestione dell’algoritmo (come viene costruito, come vengono inseriti i dati, chi sceglie i dati), ma anche quello “intrinseco” del sindacato sulla logicità, sulla ragionevolezza della decisione. Perché la decisione algoritmica è comunque una regola, una prescrizione che avrebbe potuto essere dettata dall’uomo, anche quando prende la forma di un’espressione matematica. E quindi, come per tutte le prescrizioni di diritto amministrativo, se ne deve poter sindacare la ragionevolezza. In tal senso: L. CARBONE, *L’algoritmo e il suo giudice*, Relazione al convegno “*Digital administration – Daily efficiency and smart choices*”, Napoli, 9-10 maggio 2022.

L'interesse pubblico, alla base, da tutelare e opportunamente bilanciare, e la cui valorizzazione e cura deve, necessariamente, essere logicamente evincibile dall'iter logico argomentativo alla base delle scelte poste in essere dall'amministrazione competente nel caso concreto²¹.

La discrezionalità tecnica è stata sempre definita come un “momento conoscitivo”²², che implica un giudizio ma non una ponderazione di interessi, considerata necessario corollario da applicare allorquando i fatti che compongono la fattispecie legale non siano suscettibili di accertamento in senso stretto, più in particolare nella misura in cui rinviano a valutazioni da compiersi alla luce di discipline che non forniscono criteri di giudizio sicuri.

Il “peso” dell'interesse primario è stato ritenuto per molto tempo idoneo a giustificare un atteggiamento deferente del giudice, che si è limitato a censurare solo i profili di «manifesta illogicità o irragionevolezza», in ottemperanza al “principio di separazione dei poteri”²³.

Il tema, come è noto, ha sempre occupato uno spazio centrale del diritto amministrativo proprio perché riconduce al principio di legalità²⁴ ed investe numerose questioni sostanziali e processuali.

Un dibattito ricco di spunti e di sempre nuove argomentazioni, che per anni ha avuto come protagonista l'aspetto “processuale” e le presunte patologie scaturenti dall'incertezza applicativa di alcuni concetti e che oggi assume rilevanza empirica proprio alla luce delle tesi dottrinali susseguitesesi nel tempo²⁵ e dei risvolti pratici conosciuti e conoscibili.

Ci si chiede, dunque, se esista ancora una sfera di potere amministrativo “riservata” di c.d. “discrezionalità tecnica”, se sia ancora opportuno contrapporre l'autorità amministrativa e la “libertà” affidata alla mediazione del giudice amministrativo, se sia ancora necessario guardare questi ambiti come categorie antagoniste e non invece come interdipendenti l'una dall'altra²⁶.

È davvero necessario delimitare i contorni dell'attività “riservata” alla tecnica? Questa libertà è davvero “minata” dall'azione del giudice amministrativo?

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, risponde in parte a tali interrogativi mettendo in evidenza come la tutela giurisdizionale, qualsiasi siano stati i presupposti che hanno portato l'amministrazione a giungere ad una determinata conclusione, per essere effettiva

²¹ L. CESARINI, *Il principio di ragionevolezza tra approccio costituzionale e discrezionalità amministrativa*, in AA.VV., *Quale riforma della Costituzione?* (a cura di) G. AZZARITI, Torino, 1999, p.251 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, per il quale la ragionevolezza amministrativa ha molte facce, quanto molte sono le possibili manifestazioni del potere discrezionale.

²² M.S GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1988

²³ A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2023, p. 410.

²⁴ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Enrico Presutti: una categoria “a tempo”*, cit.

²⁵ Per una ricostruzione delle tesi dottrinali susseguitesesi nel tempo si veda, *ex multis*: M.ASPRONE, M.MARASCA, A.RUSCITO, *La discrezionalità tecnica nella pubblica amministrazione*, Milano, 2009.

²⁶ A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, cit.

e rispettosa della garanzia della parità delle armi deve consentire al giudice un controllo penetrante in tutte le fattispecie sottoposte alla sua attenzione.

Il punto, ad avviso del Consiglio di Stato, non è però l'assunto precedentemente evidenziato, da considerarsi ormai confutato e generalmente accertato, quanto piuttosto comprendere cosa fare laddove ci si trovi in assenza di parametri normativi che possano fungere da premessa del ragionamento posto in essere dall'amministrazione.

In questo caso, infatti, il giudice del gravame tiene a specificare il ruolo dell'organo giudicante *“che non ‘deduce’ ma ‘valuta’ se la decisione rientri o meno nella gamma delle risposte plausibili e convincenti”*.

Non si tratta più, dunque, come detto in precedenza, di garantire all'amministrazione quello che per un certo periodo di tempo è stato considerato un “privilegio di insindacabilità” quanto piuttosto di dare seguito ad una scelta consapevole del legislatore: quella di non disciplinare un conflitto di interessi ma di apprestare solo modi e procedimenti per la sua risoluzione²⁷.

3. Effettività della tutela giurisdizionale: deduzione o valutazione?

Ricollegandosi alle considerazioni svolte dal Consiglio di Stato è interessante comprendere in che modo il sindacato sulla discrezionalità tecnica abbia mutato i suoi caratteri nel corso del tempo tra le scelte di cautela inizialmente poste in essere e le nuove prospettive di “apertura” che appaiono, ad oggi, prevalenti²⁸.

Ci troviamo senza dubbio di fronte ad un'evoluzione rispetto al tradizionale *modus operandi* che esimeva il giudice amministrativo dalla possibilità di esaminare i profili tecnici riservati all'amministrazione²⁹.

Il Consiglio di Stato è giunto, infatti, a ritenere che quando il fatto storico sia direttamente accertabile dal giudice³⁰ “al sindacato non sostitutivo di ‘attendibilità’ vada sostituito un sindacato pieno di ‘maggiore attendibilità’”³¹ fino ad affermare che anche quando il giudice si trovi di fronte all'analisi di “saperi estranei alla sua area di competenza”³² lo stesso abbia il compito di individuare la regola scientifica applicabile al contesto di riferimento.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, n. 10624 del 5.12.2022, in commento.

²⁸ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, Giuffrè, 2005; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli 2007; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p.1 ss.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 27.1.2022 n. 563 e 11.1.2022 n. 1811.

³⁰ C.S. LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 2021, p. 221.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 15.7.2019, n. 4990.

³² Cons. Stato, sez. VI, 28.12.2020, n. 8387.

La garanzia della correttezza delle scelte compiute nel procedimento è sempre compito della giurisdizione amministrativa, qualsiasi siano le premesse al ragionamento e le regole utilizzate nel caso concreto, e ciò serve a garantire proprio che quella relazione di preminenza tra amministrazione e cittadini si svolga alle condizioni previste dalla legge.

L'area del "merito" amministrativo resta dunque confinata alla scelta, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di "maggiore attendibilità" e non semplicemente quella, comunque, riconducibile al novero delle opzioni possibili³³.

Il giudice non è legittimato a sostituire le proprie valutazioni a quelle compiute dalle amministrazioni competenti, e quanto più la situazione involga ambiti di ampia discrezionalità tecnica è tenuto a fermarsi alle soglie delle singole scelte, procedendo alla individuazione ed indicazione dei principi che le parti sono tenute a rispettare nel loro agire e rinviando alle stesse mediante sentenze di tipo conformativo e non sostitutivo³⁴.

È proprio l'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione il limite che incontra il giudice nel sindacare l'eccesso di potere dell'amministrazione, sindacato che non arretra dinanzi a un potere di valutazione tecnica riservato.

Quando la tecnica caratterizza, anche, il momento decisivo la discrezionalità tecnica mantiene la sua validità senza impedire che il giudice svolga un controllo sul fatto³⁵.

Dinanzi ad una decisione poco chiara e non conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità il giudice valuta le situazioni dedotte in giudizio pur non travalicando i limiti del suo potere, e ciò in quanto prevale la necessità di provvedere ad una analisi attenta del percorso argomentativo seguito dall'amministrazione, anche quando, come nel caso in esame, lo stesso abbia alla base il parere di un'amministrazione avente specifiche competenze tecniche³⁶.

Quando infatti tale percorso non consenta di comprendere quali siano state le premesse poste dall'amministrazione alla base del ragionamento ecco che si infrange il muro dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica³⁷.

³³ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio magistralis* - Università di Bologna 24 novembre 2020.

³⁴ M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 2, 2020, p. 207.

³⁵ A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, cit.; A. PERSICHETTI, *La pubblica amministrazione e le sue funzioni: discrezionalità e sindacato giurisdizionale*, in *Salvis Juribus*, 2019, p.1 ss.

³⁶ Per quanto concerne l'incisività del controllo giurisdizionale amministrativo in Italia si sono registrati negli ultimi anni progressi notevoli. Tuttavia, nonostante il supporto offerto dalle riforme susseguitesi nel tempo si è riscontrata una notevole tendenza dei nostri giudici amministrativi ad autolimitare i loro poteri e usarli con una certa 'parsimonia'; in tal senso S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, relazione al convegno organizzato dal Consiglio di Stato (su "Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato", tenutosi a Roma, Palazzo Spada, il 20 novembre 2019; Cons. Stato, Sez. VI, 27.4.2010, n. 2369).

³⁷ A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2021.

Ravvisata l'illogicità del ragionamento e accertato il difetto di motivazione alla base della valutazione tecnica dell'amministrazione sarebbe illogico pensare di invocare la sussistenza del c.d. "sindacato debole", se così fosse si darebbe per scontata la giustezza del ragionamento posto in essere solo perché proveniente da un'autorità con competenze specifiche e di contro si lascerebbe venir meno il potere del giudice e la tutela del pubblico interesse eventualmente leso.

Come è nota delimitazione del controllo giudiziale sulle valutazioni complesse, all'interno di una prospettiva critica del tutto estrinseca ed esterna rispetto alla fattispecie concreta, ha ricevuto nel corso degli anni varie giustificazioni teoriche, in particolar modo alla luce della dirimente sentenza del Consiglio di Stato n. 601/99 che ha avuto il merito di porre l'attenzione sulla intensità del controllo giurisdizionale³⁸.

In particolare hanno assunto, nel tempo, rilevanza: il carattere ancillare dell'apprezzamento tecnico rispetto alla valutazione sull'assetto di interessi pubblici, ovvero la sua riconducibilità al 'merito'; la 'logica' del sistema pubblico, secondo cui la scelta di valore insita nella valutazione tecnica complessa, proprio per la sua complessità e per gli interessi che coinvolge, deve essere riservata all'ente rappresentativo «dell'insieme del corpo sociale» più facilmente influenzabile e controllabile dai cittadini; i meccanismi di produzione degli effetti giuridici sostanziali, ordinati (anche in caso di discrezionalità tecnica) lungo la sequenza 'norma-potere-effetto'³⁹.

L'approdo della giurisprudenza è stato, "quello di ammettere una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione"⁴⁰.

La peculiarità dell'intangibilità della valutazione amministrativa complessa si estrinseca nel fatto che quando ad un certo problema tecnico ed opinabile l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice pur non essendo chiamato a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità verifica se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica⁴¹.

Per anni l'impossibilità per il giudice amministrativo di avvalersi di consulenti con competenze specialistiche ha finito per relegare lo stesso ad un ruolo di mero "controllore" della logicità del ragionamento e della decisione la cui analisi prescindeva dalla ricostruzione del quadro fattuale di riferimento⁴².

³⁸ Per un'analisi degli effetti della sentenza del Consiglio di Stato 601/1999: C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 2003, p. 1185 ss.

³⁹ Cons. di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

⁴⁰ Ivi.

⁴¹ In tal senso: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8354.

⁴² C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008.

Oggi il sindacato sulle valutazioni tecniche, alla luce delle sentenze succitate e degli approdi dottrinali sul tema, ha assunto differenti connotati, e non c'è dubbio che non possa più essere considerato un campo precluso al giudice quanto piuttosto uno spazio in cui non si pone in essere tanto una ponderazione di interessi quanto piuttosto una valutazione sulla ragionevolezza della scelta dell'amministrazione⁴³.

Tuttavia, la quantità di contenzioso sul tema, di cui la sentenza in commento è meramente esemplificativa, mette in luce la complessità del ruolo del giudice di fronte ad una valutazione tecnica che acquista centralità nelle circostanze fattuali in cui viene alla luce.

Nel caso in cui siano in gioco tali valutazioni le categorie tradizionalmente scisse continuano a fondersi, rendendo il sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche un sindacato a "geometria variabile" dove il confine tra sindacato sostitutivo e non sostitutivo è reso più incerto⁴⁴ ed il rischio di sconfinamento si fa più concreto⁴⁵.

L'accesso diretto alla ricostruzione del fatto, fino a pochi anni fa precluso, favorito dalla possibilità di ricorrere all'ausilio di un consulente, non ha consentito di superare in automatico il limite rappresentato dall'(eventuale) opinabilità del giudizio tecnico e la conseguente riserva a favore dell'amministrazione.

L'esigenza di conciliare tale riserva con la possibilità di definire la situazione di fatto senza doversi per forza basare sulla ricostruzione offerta dall'amministrazione è ciò che ha comportato la necessità di trovare un nuovo equilibrio⁴⁶.

⁴³ V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 468; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 427.

⁴⁴ C.S. LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Diritto Amministrativo*, cit.

⁴⁵ Lo schema del ragionamento che il giudice deve fare sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:

a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo.

c) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto. In tal senso: Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.5.2002, n. 2334; TAR Sardegna, sez. I, n. 604 del 19.8.2021.

⁴⁶ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2015, p. 705.

La spinta per un maggior controllo sugli aspetti tecnici ha assunto sempre più un ruolo determinate ed il rilievo degli strumenti di conoscenza riconosciuti al giudice per risolvere le controversie costituisce ancora oggetto di studio e ripermimetrazione.

4. Attendibilità tecnico scientifica della decisione posta in essere dall'amministrazione: condizioni e presupposti di ammissibilità della CTU e della verificaione nel processo amministrativo.

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ha messo in evidenza la possibilità per l'interessato leso dal parere emesso dall'autorità competente di contestare la valutazione effettuata e l'apprezzamento posto in essere, fermo restando l'onere di metterne in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica⁴⁷.

Prima di procedere all'analisi delle questioni oggetto della pronuncia è però necessario mettere in luce come il tema del sindacato sulle valutazioni tecniche della P.A abbia subito, all'inizio degli anni 2000, un definitivo cambio di rotta⁴⁸.

La svolta è avvenuta per merito di alcune pronunce giurisprudenziali⁴⁹ poi "sugellate" dall'introduzione, con la L. 205 del 2000, della CTU nel processo amministrativo, che ha ridefinito le possibilità offerte al giudice di accedere e ricostruire il fatto servendosi dell'ausilio di soggetti aventi specifiche competenze tecniche.

Ai fini dell'ammissibilità nel giudizio amministrativo della CTU o della verificaione occorre che la parte abbia offerto quantomeno un principio di prova, senza la quale la CTU finisce per avere carattere meramente esplorativo, talvolta anche emulativo, ciò in quanto la consulenza tecnica, nel processo amministrativo, costituisce non un mezzo bensì una ricerca della prova, avente la funzione di fornire ai giudici gli elementi necessari di valutazione quando la complessità di un determinato fatto, sul piano tecnico, ne impedisca una compiuta ed immediata comprensione⁵⁰.

A questo punto è opportuno chiedersi come si configuri il CTU all'interno del processo e quale sia il ruolo allo stesso riconosciuto.

⁴⁷ T.A.R. Lombardia sez. II - Milano, n. 1278 del 03.07.2020- Ai fini dell'ammissibilità nel giudizio amministrativo di una CTU o di una verificaione, occorre che la parte abbia offerto quantomeno un principio di prova, senza del quale la CTU finisce per avere carattere meramente esplorativo e ciò in quanto, nel processo amministrativo, la consulenza tecnica costituisce non già un mezzo di prova ma al più di ricerca della prova, avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità sul piano tecnico-specialistico dei fatti di causa impedisca una compiuta comprensione, e non già la funzione di esonerare la parte dagli oneri probatori sulla stessa gravanti.

⁴⁸ G. C. DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, cit.

⁴⁹ Uno dei principali riferimenti sul tema è: Cons Stato, sez. IV, n.691 del 9.4.1991.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 10624/2022, in commento.

La Cassazione⁵¹, di recente, si è occupata della questione affermando il potere del consulente di accertare i fatti inerenti all'oggetto della lite al fine di rispondere ad un dato quesito, purché non si tratti dei fatti principali in quanto, in questo caso, sarebbe onere delle parti allegarli eventualmente a fondamento della domanda.

Parimenti, anche nel processo amministrativo, l'onere probatorio incombe sull'interessato e qualora non venga assolto il giudice amministrativo dovrà dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo tecnicamente competente⁵².

La consulenza tecnica, infatti, non è diretta a determinare il convincimento del giudice in ordine alla verità (o meno) di determinati fatti, ma svolge una funzione integrativa dell'attività valutativa degli stessi. È uno strumento funzionale alla risoluzione di questioni "di fatto" che presuppongono conoscenze di carattere tecnico ed è proprio da ciò che deriva la possibilità per il giudice di risolvere la controversia richiamando le conclusioni formulate sul punto dal consulente⁵³.

La possibilità di verificare l'attività svolta dal tecnico, ed il criterio utilizzato da questi, ha consentito, secondo parte della dottrina, di "penetrare" all'interno della valutazione tecnica ammettendo non solo un mero controllo sul rispetto formale delle procedure di valutazione ma sulla logicità e coerenza del giudizio tecnico reso⁵⁴.

Appare dunque, in questo contesto, delicato e necessario il ruolo del consulente tecnico d'ufficio e del verificatore, cui spetta dar conto dell'esistenza di un margine di opinabilità delle valutazioni senza però sconfinare dai poteri lui ascritti.

Nei casi in cui l'operato dell'amministrazione tecnica si "mescoli" con il bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione, oggetto del controllo diventa l'adeguatezza della decisione provvedimento alla luce delle circostanze fattuali del caso concreto⁵⁵.

Diventa, in tali contesti, sempre più complesso scindere, al momento dell'esame in sede giurisdizionale, gli aspetti discrezionali da quelli tecnici, e risulta sempre più articolata la

⁵¹ Corte di Cassazione, Sez. Unite, 1.2.2022, n. 3086.

⁵² T.A.R. Lombardia sez. II - Milano, 15.09.2021, n. 2000 - La verifica e/o la consulenza tecnica d'ufficio non possono sopperire alle carenze probatorie riferibili alle parti del processo. La verifica e/o la consulenza tecnica d'ufficio non possono sopperire alle carenze probatorie riferibili alle parti del processo, ma hanno l'esclusiva finalità di chiarire eventuali dubbi discendenti da elementi ritualmente introdotti in giudizio e non del tutto incontrarsi nella loro portata.

⁵³ M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro Amministrativo*, 2008.

⁵⁴ C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, p.345; A.CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, p.23 ss.

⁵⁵ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. St.*, 2000, II; C. MARZUOLI, *La discrezionalità tecnica nella giurisprudenza dei TAR: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in U. ALLEGRETTI- A. ORSI BATTAGLINI- D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giurisprudenza amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*. Tomo II, Rimini, 1987, 633 ss.

risoluzione delle controversie laddove non è immediatamente applicabile alcuna regola “cristallizzata”.

Dall’analisi dei rapporti tra tecnica ed amministrazione si è evidenziato un percorso evolutivo graduale che ha determinato un passaggio dal momento in cui la tecnica rappresentava un “incidente” nel corso dei processi decisionali amministrativi a una fase in cui la tecnica costituisce il carattere peculiare di alcuni contesti in cui l’amministrazione è chiamata a pronunciarsi⁵⁶.

Sempre maggiore poi sembra essere l’apertura del Consiglio di Stato all’utilizzo della verifica che consiste, per sua recente affermazione, nell’essere uno strumento di accertamento, disposto al fine di completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali; a differenza della consulenza tecnica che, nei limiti ammessi, si estrinseca in una valutazione tecnica di determinate situazioni da utilizzare ai fini della decisione, con una valenza non meramente ricognitiva e circoscritta ad un fatto specifico⁵⁷.

Al contenuto della verifica, pertanto, non può essere assegnato un significato superiore all’ambito e ai limiti della cognizione del giudice amministrativo, e dunque non può essere assegnata la valenza di un giudizio tecnico sostitutivo di quello proprio dell’Amministrazione.

Questa lettura ha inciso sull’approccio con cui il giudice amministrativo ha utilizzato i mezzi istruttori predetti che sembrano servire, da un lato ad “evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica potessero essere censurate solo perché di difficile comprensione”⁵⁸ e dall’altro a dimostrare, laddove sussistessero dubbi, l’irragionevolezza delle valutazioni tecniche compiute dalle autorità competenti⁵⁹, piuttosto che la loro intrinseca correttezza.

Nel caso in esame, oggetto della controversia era un parere negativo della soprintendenza territoriale impugnato dalla parte istante perché considerato irragionevole in quanto contrastante con altro parere emesso precedentemente, avente ad oggetto un immobile contiguo ed il medesimo intervento edilizio.

In tale contesto il Collegio ha disposto una verifica al fine di constatare se la valutazione tecnica operata dall’amministrazione resistesse alle obiezioni di inattendibilità formulate dall’istante ed ha, proprio all’esito dei chiarimenti, ritenuto irragionevole il parere emesso dall’autorità tecnica competente.

⁵⁶ C.VIDETTA, *L’amministrazione della tecnica. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, p. 349.

⁵⁷ T.A.R. Lazio sez. III - Roma, n. 5020 del 03.05.2016.

⁵⁸ Cons. St., sez. VI, n. 162 del 19.1.2016.

⁵⁹ F.CAPORALE, *L’uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell’ARERA*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.2, 2020, pag. 429.

Rispetto alla contestazione di un giudizio negativo emesso dalla soprintendenza il Consiglio di Stato ha affermato che le valutazioni espresse dalla soprintendenza hanno natura tecnica e sono, pertanto, sindacabili esclusivamente se, riscontrata l'esistenza di una figura sintomatica dell'eccesso di potere, si dimostra la violazione del principio di ragionevolezza tecnica⁶⁰.

Nel caso di specie la pronuncia del Collegio, in linea con il *dictum* giurisprudenziale, ha ritenuto di poter sindacare il parere emesso proprio perché, in assenza di parametri normativi che potessero fungere da premessa del ragionamento posto in essere, la valutazione circa la ragionevolezza della decisione emessa dalla soprintendenza aveva dato esito negativo, non risultando né correttamente motivata né opportunamente ponderata.

Ad essere oggetto di valutazione, in questi casi, è l'eccesso di potere⁶¹, così come affermato dalla dottrina e giurisprudenza in tempi recenti e risalenti⁶², e che si assume essere il punto di congiunzione tra le differenti pronunce sul tema.

Tutte, infatti, o quasi, mettono in evidenza la necessità di comprendere dove il procedimento posto in essere dall'amministrazione si sia "arrestato", dove possa dirsi naufragato, e per fare ciò il mezzo a disposizione dei Collegi è, senza ombra di dubbio, la motivazione.

La motivazione, ciò che rende l'amministrazione una "casa di vetro" e che appare ad oggi, secondo la giurisprudenza, essenziale veicolo per assicurare il rispetto del principio di trasparenza in ogni ambito in cui l'amministrazione si trovi ad agire.

La motivazione è ciò che presuppone la necessità di una compiuta istruttoria e coerente valutazione per giungere ad una determinata decisione, ciò che mette il giudice nelle condizioni di accedere al fatto anche quando sia complesso, anche quando per la risoluzione dello stesso sia necessario adoperare strumenti che presuppongano competenze e conoscenze specifiche.

Il "giudizio negativo" che colpisce la decisione dell'amministrazione, nel caso specifico, finisce così per riguardare non la comparazione degli interessi in gioco, ma il percorso seguito, l'iter logico-argomentativo messo in pratica per giungere a una certa determinazione.

Il *focus*, pertanto, si concentra sull'indagine del vizio dell'eccesso di potere, letto, in maniera particolare, sotto il profilo della insufficienza della motivazione valutato alla luce delle

⁶⁰ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2015, p. 705; Cons. St., sez. VI, 21.10.2013, n. 5084.

⁶¹ M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 2, 2020, p.223.

⁶² È il confronto tra mezzo e fine che rende possibile la valutazione circa la proporzionalità della scelta compiuta rispetto all'interesse da tutelare. Sull'eccesso di potere, *ex multis*: G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali — Modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013; C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *Diritto on line*, 2016.

risultanze istruttorie⁶³ del caso concreto. Tali situazioni notoriamente mutano, di volta in volta, e mettono in evidenza la necessità di comprendere, anche quando alla base della decisione ci sia la necessità di adoperare strumenti tecnici, l'ordine di concatenazione delle valutazioni giuridiche che sono state compiute, al fine di poter valutare la ragionevolezza (o meno) del percorso attraverso il quale l'amministrazione è pervenuta al dispositivo finale dell'atto.

5. Conclusioni .

All'esito delle considerazioni svolte e della "rilettura" del rapporto tra discrezionalità amministrativa e tecnica è evidente come l'attività della P.A. sia sempre vincolata alla realizzazione di un interesse pubblico specifico, che trova fondamento positivo e limite negativo nella legge, sicché anche quando la scelta si collochi di là dal perimetro di azione delimitato dalle disposizioni normative, essa deve comunque risultare controllabile sul piano della legittimità.

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha messo in evidenza come non vi sia settore di attività pubblica esente dall'osservanza del principio di legalità, e non vi sia premessa che possa escluderne l'operatività.

Coerenza e logicità del ragionamento posto in essere dall'amministrazione, quand'anche subordinato all'applicazione di regole tecniche e specialistiche, sono stati considerati, dai giudici d'appello, elementi essenziali⁶⁴ per poter comprendere in che modo l'operato della pubblica amministrazione competente fosse conforme ai principi che ne regolano l'azione e chedevono ispirare il complessivo funzionamento della P.A., e non solo la fase organizzativa iniziale, ciò in

⁶³ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2019, p.318.

⁶⁴ In tutte le ipotesi in cui sia necessario operare un bilanciamento di interessi, quand'anche sia prevista l'applicazione di variabili algoritmiche, a ponderazione delle stesse sono richiesti specifici accorgimenti per consentire una corretta tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi. In tal senso: M. SIMONCINI, *Lo «stato digitale» l'agire provvedimento dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2021. Il Consiglio di Stato con sentenza n. 8472 del 2019 ha messo in luce tre principi di necessaria applicazione in relazione alle decisioni scaturenti da applicazione di algoritmiche: «in primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; in secondo luogo, l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia, è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato; un ulteriore principio fondamentale, è quello di non discriminazione algoritmica, che afferma il dover del titolare del trattamento di utilizzare procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

quanto attengono non solo alla organizzazione degli apparati e all'articolazione delle competenze, ma anche alla disciplina dei poteri amministrativi e dei relativi procedimenti.

Come è noto, la differente qualificazione dell'amministrazione ha rivestito un ruolo spesso decisivo ai fini della ricostruzione del regime delle valutazioni ad essa rimesse, ciò anche e soprattutto alla luce dell'espansione della dimensione tecnica nella decisione⁶⁵.

Il concetto di "supremazia" dell'amministrazione ha subito negli anni una notevole revisione critica e non sembra ad oggi potersi più configurare un'area di competenze esclusiva o un potere riservato di valutazione, estraneo rispetto all'area della discrezionalità, alla luce dei principi costituzionali sull'azione amministrativa e sulla pienezza della tutela giurisdizionale⁶⁶.

La coesistenza di saperi nuovi rende preminente la necessità di dare spazio all'analisi di queste tematiche non solo da un punto di vista prettamente teorico ma anche e soprattutto alla luce dell'applicabilità delle scienze tecniche nelle questioni che concernono l'amministrazione e la sua organizzazione.

Come l'amministrazione concili la doverosa apertura alla transdisciplinarietà⁶⁷ con la necessità di non perdere di vista i suoi obiettivi e la sua essenza è, ad oggi, la domanda che si fa spazio in una disciplina consolidata e dai contorni già (apparentemente) delineati.

È per tali ragioni che la figura dell'eccesso di potere diviene, in questo contesto, indispensabile a spiegare il senso di alcuni approdi, affinché si comprenda a pieno che la pubblica amministrazione, pur nell'ottica di maggiore apertura all'applicabilità della scienza tecnica, ha una sua vocazione ben precisa: quella di essere custode delle garanzie e tutele del cittadino di fronte al potere pubblico⁶⁸.

La stessa, consentendo di analizzare le finalità della norma attributiva del potere e di correlarla a quelle dell'ordinamento, esamina la finalità dei provvedimenti ed investe i fondamenti delle cause dell'agire e le sue susseguenti determinazioni⁶⁹.

La "piena signoria del giudice"⁷⁰ sul fatto, connessa all'impossibilità di riconoscere un ambito di valutazione "riservato" all'amministrazione e non attingibile integralmente al sindacato giurisdizionale, sono state considerate, dai giudici di Palazzo Spada, punto di partenza per il riconoscimento di una tutela giurisdizionale effettiva e rispettosa della funzione

⁶⁵ F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Enrico Presutti: una categoria "a tempo"*, cit., p.8.

⁶⁶ Ivi p.10; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, p. 1046 ss.

⁶⁷ M.R. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, Napoli, 2021, p.670.

⁶⁸ Ivi p. 690.

⁶⁹ M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc.2, 2020, p. 207.

⁷⁰ G. MICARI, *Mario Nigro, il giudice amministrativo «signore della prova» e novellazione legislativa*, in *Giur. merito*, 2005, p. 2478.

teleologica del processo amministrativo: quella di essere ispirato all'effettività della tutela ed essere dotato di apertura e flessibilità da conformare ai bisogni differenziati di tutela.

Pur trovandosi di fronte ad una “ristretta gamma” di risposte plausibili e convincenti, l'amministrazione deve operare non solo applicando le specifiche scienze di riferimento, ma anche e soprattutto tenendo conto delle risultanze del caso concreto.

È proprio quando l'istruttoria compiuta si assume essere illogica ed inattendibile che si fa strada la possibilità, per i soggetti lesi, di contestare il nucleo dell'apprezzamento posto in essere dall'amministrazione, ciò in quanto all'esercizio della discrezionalità tecnica, deve fare, sempre, da contraltare, la trasparenza.

In un ambito, come quello oggetto di analisi, in cui le valutazioni sono connotate da un discreto grado di “incertezza” è ancor più necessario che la trasparenza diventi principio cardine da cui partire per una corretta valutazione dell'agire dell'amministrazione.

La stessa, infatti, deve sempre integrare le sue decisioni discrezionali con una motivazione quanto più possibile scevra da illogicità ed incongruenze, che renda note le ragioni che hanno determinato il provvedimento, in modo da favorire forme diffuse di controllo sociale sul perseguimento delle funzioni istituzionali; non può sottrarsi a tale dovere e non può esimersi dal mettere in evidenza il percorso argomentativo posto alla base delle scelte compiute, anche quando le decisioni siano frutto di una attività c.d. “pseudodiscrezionale”⁷¹.

La “svolta”, ottenuta all'esito del processo che ha portato all'abbattimento di qualsiasi barriera alla conoscenza del fatto oggetto della controversia, ha aperto dunque la strada alla cognizione anche delle questioni tecniche⁷², con la necessità di guardare non al ‘se’ ma al ‘come’ dello scrutinio, pertanto, alla delimitazione dei suoi confini.

La relativa perimetrazione è, ancora, in via di definizione. Le valutazioni tecniche non sono più considerate, nonostante la loro opinabilità, estranee alla dimensione dell'accertamento del fatto, ma tale assunto non pare ad oggi da solo sufficiente a spiegare preliminarmente effetti e conseguenze che tale convinzione ha sulle dinamiche processuali in divenire in cui si rinvengono ancora, come nel caso della sentenza in commento, dubbi sull'intensità del sindacato giurisdizionale e sul “presunto” sconfinamento dei confini predetti, allorquando i giudici di prime cure si trovino a censurare valutazioni connotate da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa.

⁷¹ F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 187; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 167.

⁷² F. PINTO, *Giudice e amministrazione nel sindacato della discrezionalità tecnica: l'età dell'incertezza*, in *scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 1261.