



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Discrezionalità delle autorità indipendenti
e controllo giudiziale

di Enrico Galanti

giugno 2009

numero

64



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Discrezionalità delle autorità indipendenti
e controllo giudiziale

di Enrico Galanti

Numero 64 – Giugno 2009

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

MARINO PERASSI, BRUNO DE CAROLIS, OLINA CAPOLINO, STEFANIA CECI, MARCO MANCINI,
ENRICO GALANTI

ABSTRACT

Scopo del presente lavoro – che costituisce ideale continuazione di una precedente ricerca in materia di poteri normativi delle *authorities* (Quaderno di ricerca giuridica, n. 41, Novembre 1996) – è quello di analizzare l'evoluzione delle tendenze dottrinali e giurisprudenziali sul tema del controllo giudiziale della discrezionalità della P.A. con particolare riferimento alle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Dall'analisi emerge come dagli albori della giurisprudenza amministrativa ad oggi la problematica del controllo giudiziale in materia discrezionalità tecnico-amministrativa presenti una notevole continuità delle tematiche di fondo.

Lo studio intersettoriale della giurisprudenza permette di verificare come tale problematica non subisca, nelle diverse materie oggetto di esame, variazioni di rilievo atteso che i termini di fondo della dialettica (esistenza ed estensione di un nucleo “di merito” riservato all'amministrazione, latitudine, profondità e strumenti del controllo giudiziale in sede di giurisdizione di legittimità) rimangono essenzialmente gli stessi sia che oggetto dell'esame giudiziale siano l'urbanistica, gli appalti, la tutela paesaggistica e storico-artistica o le valutazioni di idoneità dei dipendenti pubblici, che la tutela della concorrenza e del mercato o la vigilanza bancaria e finanziaria.

Mentre l'accresciuta importanza qualitativa e quantitativa dei settori affidati alle *authorities* ha accentuato la rilevanza della problematica del riesame giudiziale dei loro atti ed ha portato, in sede processuale, all'introduzione di un rito acceleratorio inteso a dare alle relative controversie una più sollecita soluzione, non sembra che essa abbia prodotto un mutamento di fondo del modo con il quale il giudice deputato al controllo del corretto esercizio del potere amministrativo ha affrontato la problematica stessa.

L'innovazione più significativa in materia si colloca a cavallo dell'ultima decade dello scorso secolo quando la giurisprudenza ed il legislatore arrivano ad introdurre la C.T.U. fra i mezzi istruttori esperibili innanzi al giudice amministrativo. Dall'esame della giurisprudenza formatasi successivamente sembra emergere come l'effetto di questa innovazione sia stato prevalentemente quello di aumentare nel giudice amministrativo la consapevolezza di essere investito di un controllo diretto ed intrinseco del corretto uso della discrezionalità (tecnico-amministrativa) da parte della P.A. (sia essa di tipo tradizionale ovvero “indipendente”), sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logica, portando ad una ridefinizione dell'area del “merito” sottratto al riesame giudiziale.

L'ammissione della C.T.U. nell'ambito del processo amministrativo ha avuto quindi l'effetto di aver dato maggior forza e consapevolezza ad un indirizzo giurisprudenziale favorevole ad un controllo intrinseco della discrezionalità. È interessante notare come ciò sia avvenuto a prescindere dal concreto utilizzo

dell'istituto che, nelle materie oggetto del presente studio, non sembra sia stato particolarmente diffuso.

È forse presto per valutare appieno gli effetti di lungo periodo che l'affermarsi di un controllo giudiziale esteso al fatto ed al giudizio tecnico, con la conseguente progressiva riduzione della sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione, può avere sull'agire della P.A. È tuttavia probabile che esso stimoli un ulteriore rafforzamento del rigore e dell'analiticità dell'istruttoria procedimentale che tradizionalmente caratterizza i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti.

INDICE

1. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica nella dottrina e nella giurisprudenza a cavallo fra il XIX ed il XX secolo	7
2. Gli studi sulla discrezionalità da Cammeo a Giannini	10
3. La dottrina sul tema nel secondo dopoguerra	15
4. La giurisprudenza dalla fine del XIX secolo agli anni novanta del XX	19
5. Tecnica e diritto nella giurisprudenza costituzionale	25
6. La svolta giurisprudenziale e legislativa: la C.T.U. nel processo amministrativo	33
7. Spunti problematici e dottrinali in materia di controllo giudiziario sugli atti delle authorities	47
8. La giurisprudenza amministrativa in materia antitrust e di acquisizione di partecipazioni bancarie	58
9. Valutazioni di vigilanza: giudice civile e giudice amministrativo	68
10. Conclusioni	75

1. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica nella dottrina e nella giurisprudenza a cavallo fra il XIX ed il XX secolo.

Il tema del rapporto fra norma giuridica e norma tecnica e fra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica è di quelli che da sempre hanno affascinato la dottrina ed occupato la giurisprudenza. Sin dagli inizi del XX secolo, ad esempio, uno studioso italiano di teoria generale e filosofia del diritto di impostazione neo-kantiana, in un saggio significativamente intitolato *Il diritto come norma tecnica* (1), definiva le norme tecniche come comandi condizionati, imperativi ipotetici che prescrivono la condotta da tenere se si vuole raggiungere un determinato fine e come “*derivazione diretta delle leggi di natura*” (2). Per tale studioso, d'altronde, anche le norme giuridiche sono sempre norme tecniche (contrapposte alle enormi etiche) perché contengono indefettibilmente una prescrizione e sono caratterizzate dall'essere fonte di diritti soggettivi e dalla coercibilità (3).

Ma nello scorso secolo anche la dottrina giuspubblicistica mostra uno spiccato interesse per il rapporto fra norme giuridiche e norme tecniche sia al fine (più teorico ma non scevro di assai concrete ricadute) di situare quest'ultime nell'ambito del sistema delle fonti (4) che con l'intento, decisamente più pratico, di definire quanta parte dell'attività dell'amministrazione basata su norme tecniche sia sindacabile in sede giudiziale (5).

(1) A. RAVA', *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, ora in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova, 1950. Sull'importanza di questo primo contributo teorico è tornata l'interessante monografia di F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 36 ss. Sull'opera di A. Ravà, cfr. anche M.M. FRACANZANI, *Adolfo Ravà. Fra tecnica del diritto ed etica dello Stato*, Napoli, 1998.

(2) A. RAVA', *op. cit.*, 8.

(3) A. RAVA', *op. cit.*, 34. Per una critica a questa concezione che tende a considerare ogni norma di condotta come norma tecnica, cfr. G.M. AZZONI, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991, 66.

(4) Per indicazioni dottrinali sul punto, cfr. P. BIONDINI, *Approcci definitivi alla "norma tecnica"*, in N. GRECO, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale*, Roma, 1999, 31 ss.

(5) Alcuni apporti significativi di questo filone dottrinale particolarmente ricco sono, senza pretesa di completezza: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, ora raccolto in M.S., GIANNINI, *Scritti*, Milano, 2000, I, 387; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95; A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, III, 177; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano, 1967, 295 ss. (ricco di riferimenti giurisprudenziali e di particolare interesse in una prospettiva di ricostruzione storica, atteso che l'autore era Consigliere di Stato.); F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372 (nonché in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss. (nel quale la giurisprudenza sino ad allora formatasi è criticamente analizzata); V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II, 403 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985 (che si segnala per l'ampia ricostruzione storica dell'evoluzione del concetto di discrezionalità tecnica, 8 ss., nonché per la definizione, ripresa successivamente in dottrina, della tecnica come “*struttura di potere reale*”); F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158 (con ampie indicazioni bibliografiche); D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003.

Nello stesso tempo, l'affermarsi dello Stato pluriclasse e la conseguente assunzione da parte della sfera pubblica di sempre nuovi compiti (intervento e regolamentazione dell'economia, previdenza, e, a partire dal secondo dopoguerra, *welfare* e mediazione dei conflitti sociali) e l'incessante progresso tecnico, portano ad un sensibile ampliamento dello spazio delle norme tecniche e della discrezionalità dell'amministrazione basata su discipline rivenienti dalle scienze esatte o sociali (6). Parte non secondaria di questo fenomeno può essere considerata anche la legge bancaria del 1936-38 con la sua conclamata flessibilità basata proprio su una "divisione del lavoro" fra norma primaria attributiva del potere e norme tecniche secondarie (prevalentemente basate sull'aziendalistica e le regole di gestione bancaria) demandate all'autorità di vigilanza (7). Anche il progressivo affermarsi delle istanze di integrazione europea (spesso basata sull'armonizzazione o il reciproco riconoscimento di regole tecniche ampiamente intese) (8) e di cooperazione internazionale, intesa a governare il fenomeno della globalizzazione, finisce per dare al tema nuovi impulsi e prospettive inedite.

Non è questa la sede per una disamina storica approfondita della genesi del nostro sistema di giustizia amministrativa (9). Basti solo ricordare che un for-

(6) Il contributo forse più significativo per la lettura di questo fenomeno è V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967 che proprio nelle prime pagine sottolinea la relazione fra l'aumento dei compiti dello Stato e la proliferazione delle norme tecniche. La crescente "connotazione tecnica che assume il potere decisionale", la "tendenziale osmosi tra le scelte tecniche e quelle propriamente discrezionali" la "commistione di una politica che si fa tecnologia e di una tecnologia che incorpora la politica" è posta in luce da G. PELAGATTI, *op. cit.*, 160, s. Un interessante tentativo di dare una lettura giuridica del rapporto fra tecnica e politica (di solito più indagato dai sociologi) è rappresentato da G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Milano, 1982, 8. Per le indagini sociologiche sul tema oltre al classico M. WEBER, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, Milano 1980 (ove è analizzato l'influsso del progresso scientifico e tecnologico sulle decisioni pubbliche), cfr. J. MEYNAUD, *La tecnocrazia. Mito o realtà?*, Bari, 1966; C. FINZI, *Il potere tecnocratico*, Roma, 1977; R. DAHL, *Democrazia o tecnocrazia?*, Bologna, 1987.

(7) Sulla genesi della l.b. del 1936-38: cfr. S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Storia contemp.*, 1974, 3; M. PORZIO (a cura di) *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua "storia segreta"*, Bologna, 1981. La letteratura sulla l.b., che è stata abrogata (ma non integralmente) solo dal t.u.b. del 1993, è sterminata, nell'impossibilità di citarla tutta si ricordano alcuni dei contributi più significativi: M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, vol. II, 707 ss.; ID., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, II, 106 (scritti in cui l'autore, sulle orme del Santi Romano, sviluppa la teoria dell'ordinamento sezionale che per molto tempo costituirà lo schema logico applicato dalla dottrina amministrativistica al settore del credito); M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, 87 ss.; G. FERRI, *La validità attuale della legge bancaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 129; P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977; P. BARUCCI, *Il contributo degli economisti italiani (1921-1936)*, in *Banca e industria fra le due guerre*, cit., vol. I, 220; P. BINI, *Il dibattito attraverso le riviste di regime*, *ivi*, 263; F. MERUSI, *I tratti peculiari dell'ordinamento creditizio italiano nella comparazione con le leggi bancarie degli anni trenta*, *ivi*, vol. II, 336. G. GUARINO, *Il profilo giuridico*, in G. GUARINO, G. TONIOLO, (a cura di), *La Banca d'Italia e il sistema bancario 1919-1936*, Roma-Bari, 1993, 155 ss.; G. SANGIORGIO – F. CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. giur.*, n. 7, Roma, 1986. F. CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, *ivi*, n. 10, Roma, 1986.

(8) Sul punto cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996.

(9) Per la quale sia consentito il rinvio a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di A. Nigro e E. Cardì, Bologna, 2002, 55 ss.; F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 3 ss.

te incentivo della giurisprudenza e della dottrina all'analisi della discrezionalità dell'amministrazione derivò, ovviamente, dal completamento del sistema di giustizia nei confronti dell'amministrazione da parte della l. 31.3.1889 n. 5992 con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato competente a: *“decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione ed alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali”* (art. 3). La creazione di una giurisdizione generale di legittimità (10) veniva così a colmare un vuoto di tutela lasciato dalla l. 20.3.1865 n. 2248 (all. E) di abolizione del contenzioso amministrativo che nel devolvere *“alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell'autorità amministrativa.”* (art. 2) aveva lasciato l'ampia categoria di quelle situazioni giuridiche soggettive, che saranno poi definite come interessi legittimi, in balia della stessa amministrazione alla quale potevano essere presentati ricorsi amministrativi e gerarchici (art. 3).

Orbene, anche se la natura giurisdizionale della nuova delicata funzione affidata al Consiglio di Stato non fu all'inizio del tutto chiara (11), ma si andò affermando progressivamente ad opera della dottrina e soprattutto della giurisprudenza della Corte di cassazione (12), iniziò allora una duplice e connessa elaborazione teorica e pratica tesa da un lato ad enucleare, come si diceva, i contorni dell'interesse legittimo (per distinguerlo sia dal diritto soggettivo che dall'interesse di mero fatto) e, dall'altro, ad analizzare il tipo di attività posta in essere dall'amministrazione (e, quindi le norme che ad essa attribuivano i relativi poteri) distinguendo l'attività “vincolata” (sempre sindacabile in quanto da luogo solo a problemi di legittimità e non di opportunità) da quella “discrezionale” che avrebbe dovuto invece sottrarsi al sindacato del giudice, tranne i ristretti casi di

(10) Alla quale la l. 7.3.1907 n. 62 affiancò una giurisdizione di merito (affidata alla neo-istituita V Sezione) il cui caso più rilevante era costituito dai ricorsi per l'esecuzione del giudicato. Com'è noto, con la l. 30.12.1923 n. 2840 (che verrà poi coordinata con la legge del 1907 con il t.u. 26.6.1924, n. 1054, in parte ancora vigente) alle due sezioni giurisdizionali venne data competenza congiunta ed indifferenziata sulla legittimità e sul merito e venne per la prima volta introdotto un nuovo criterio di riparto basato sulle materie di giurisdizione esclusiva (la più rilevante delle quali era il rapporto di pubblico impiego) nelle quali il Consiglio di Stato giudicava sia sui diritti soggettivi che sugli interessi legittimi.

(11) Cfr. al riguardo F.G. SCOCA, *op. cit.*, 12 s., il quale ricorda come da un lato l'Ufficio centrale del Senato avesse ritenuto come la IV Sezione non fosse *“... un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo”* e come un analogo concetto fosse espresso da Silvio Spaventa (che della Sezione stessa fu il primo presidente) nel celebre discorso preparato per l'inaugurazione del nuovo consesso (poi edito a cura di R. Ricci in Riv. dir. pubbl. 1909) che parlò di: *“controllo giurisdizionale dentro l'amministrazione stessa contro l'abuso dei suoi organi, con sufficienti garanzie di giustizia”*.

(12) Le Sezioni Unite della Corte di cassazione di Roma – che in base ad una legge del 1877 svolgevano già il ruolo di giudice dei conflitti di giurisdizione – si pronunciarono chiaramente per la natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato nelle pronunce 24.6.1891 (Laurens) e 24.6.1897 (Trezza). Tale natura fu in seguito formalmente sancita anche dalla l. 7.3.1907 n. 62.

giurisdizione estesa al merito e fatta salva la possibilità di far valere (in sede di legittimità) il vizio di eccesso di potere (nelle sue varie configurazioni) che consentiva un controllo estrinseco e formale sull'utilizzo del potere discrezionale senza tuttavia poter arrivare a sindacare le scelte dell'amministrazione (13).

2. Gli studi sulla discrezionalità da Cammeo a Giannini.

Il primo e più lucido interprete di questa tendenza può considerarsi il Cammeo il quale, in due sue opere fondamentali (14), distingue a seconda che l'attività dell'amministrazione sia regolata da norme giuridiche precise ovvero si svolga in uno spazio libero da norme. Nel primo caso l'attività dell'amministrazione stessa è "vincolata" e quindi soggetta in pieno al sindacato di legittimità (15), nel secondo è discrezionale in quanto l'amministrazione è libera di determinarsi dal punto di vista giuridico (fermo restando il limite di carattere generale del rispetto dell'interesse pubblico) e, quindi sottratta, in linea di principio, al controllo giurisdizionale di legittimità (16).

Secondo l'illustre studioso tuttavia, in alcuni casi l'attività dell'amministrazione non è regolata da norme giuridiche precise, che assumono come presupposto per l'esercizio dei pubblici poteri un fatto semplice, come quelle che rendono il suo agire vincolato, ma da disposizioni normative imprecise la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi, suscettibili quindi di una valutazione opinabile in base a scienze più o meno esatte, da condursi sempre sulla base dell'interesse pubblico e il cui apprezzamento deve quindi lasciarsi all'amministrazione stessa (17). Alcuni degli illuminanti esempi che l'autore fa in proposito sono relativi a

(13) In tal senso cfr. anche F. SALMONI, *op. cit.*, 56 ss. la quale mette opportunamente in luce come tutta l'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa – ed il connesso dibattito sulla sindacabilità della discrezionalità (pura o tecnica) dell'amministrazione – si inquadri nella più ampia tematica della separazione dei poteri e dei suoi limiti e contrappesi.

(14) F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 276 ss. (nota a Cons. St., IV, 13.6.1902 che riteneva la propria competenza a conoscere, in sede di legittimità, "la esistenza dell'urgenza, che autorizza le deputazioni provinciali e le giunte comunali a sostituirsi ai consigli"); ID., *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1911-1914, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960. È interessante notare come, nella parte dedicata alla ricostruzione storica della dottrina, una recente pregevole sintesi teorico-pratica dedicata al tema di che trattasi parta proprio dall'analisi del pensiero di questo studioso e di quello del Presutti (del quale si parlerà fra breve): cfr. M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 18 ss.

(15) F. CAMMEO, *La competenza di legittimità ...*, cit., 276 s.

(16) F. CAMMEO, *Corso ...*, cit., 188.

(17) F. CAMMEO, *Corso ...*, cit., 193 ss. Sul punto l'autore tiene conto delle elaborazioni della dottrina tedesca dell'epoca (Bernatzik, Tezner, Mayer) sui concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), che egli espressamente cita (cfr. *La competenza di legittimità ...*, cit., 278. L'influenza di tale pensiero sul Cammeo è messa in luce anche da F. SALMONI, *op. cit.*, 63, sub nt. 85.) Su tale teoria e più in generale sull'esperienza di quell'ordinamento, vedi, estensivamente, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 11 ss. la quale da anche conto di come nella giurisprudenza tedesca sia prevalso (non senza incertezze e ripensamenti) l'orientamento favorevole alla piena sindacabilità dell'applicazione dei concetti indeterminati (*ivi*, 95 ss.). Per un'importante trattazione di alcuni capisaldi della dottrina tedesca sulla discrezionalità (Laun, Jellinek), cfr. anche M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale ...*, cit., 26 ss.

“clausole generali” come quelle dell’urgenza di provvedere, dell’indegnità di una persona ad assumere un dato ufficio o incarico, della pericolosità di un edificio per l’incolumità pubblica o della sua insalubrità per la pubblica igiene (18).

In queste ipotesi ci si trova di fronte ad una discrezionalità tecnica. Le norme tecniche sulla base delle quali l’amministrazione si determina interpretando fatti complessi e caratterizzati da un margine di opinabilità consentono infatti un giudizio (seppur mediato dalle regole di una qualche disciplina) e non un semplice atto volitivo di scelta. Per il Cammeo, quindi, il rinvio che le norme giuridiche imprecise che regolano l’attività dell’amministrazione fanno alle norme tecniche comporta una sorta di “giuridicizzazione” di queste ultime che dovrebbe renderle sindacabili sotto il profilo della legittimità (19).

Oltre a questa posizione del Cammeo molto aperta e garantista (in quanto avrebbe consentito di ridurre la sfera riservata dell’amministrazione e, specularmente, di ampliare la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati) vanno ricordate quelle del Presutti, altro acuto autore dell’epoca, che approfondì la tematica in argomento muovendo da presupposti diversi pur arrivando, su molti punti, a conclusioni simili (20) e quella affatto differente del Ranelletti che, affrontando la tematica, nega la dicotomia fra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica perché “*la discrezionalità, sia l’apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica*” (21), con la conseguenza che la discrezionalità (in tutte le sue forme) resta quindi sottratta al sindacato giurisdizionale di legittimità (22).

(18) F. CAMMEO, *La competenza di legittimità* ..., cit., 277 s.

(19) F. CAMMEO, *La competenza di legittimità* ..., cit., 278 s. ove l’autore raffronta la violazione di legge nei casi di fatti semplici (attività non discrezionale) quali l’età, la cittadinanza, ipotizzando ad esempio il conferimento ad un minorenni di un ufficio per l’assunzione del quale è prevista la maggiore età con quella che ha luogo quando bisogna apprezzare fatti caratterizzati da una maggior complessità (ed opinabilità) quali il conferimento di un ufficio che esige la dignità morale ad un diffamato per gravi delitti, giungendo alla conclusione che anche questo secondo caso dovrebbe poter essere sottoposto al sindacato di legittimità. Con la differenza, tuttavia, che in tali ipotesi bisognerebbe presumere la legittimità del provvedimento quando non sia possibile accertare i fatti complessi e giungere ad una valutazione differente rispetto a quella dell’amministrazione. Sul punto il Cammeo si mostra eccezionalmente moderno ed intuitivo anche sul piano processuale arrivando a notare come anche il giudice ordinario abbia accesso ai fatti complessi tramite “*l’apposito mezzo istruttorio della perizia*” (op. ult. cit., 280).

(20) E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, *Giur. it.*, 1910, 16; ID., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911. È utile ricordare come aderiscano sostanzialmente alla tesi del Cammeo anche altri illustri autori dell’epoca quali, A.C. JEMOLO, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione delle questioni tecniche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, 573; G. ZANOBINI, *Sull’errore di fatto negli atti amministrativi*, ivi, 524 ss.

(21) O. RANELLETTI, in *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 365 ss. ed, in particolare per quanto riguarda il passaggio riportato nel testo, 369. Attribuiscono un ruolo importante a questo studioso nel consolidamento di quella che è stata definita “teoria assimilativa” (che equiparando appunto la discrezionalità tecnica a quella amministrativa le riconduceva entrambe al merito sottraendole sostanzialmente al sindacato di legittimità) anche M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica* ..., cit., 21 ss.

(22) È interessante notare come la concezione dell’ordinamento amministrativo del Ranelletti sia stata considerata da parte della dottrina amministrativistica successiva come “marcatamente autoritaria” (tale definizione è di D. MASTRANGELO, *La tecnica* ..., cit. 75 con indicazione, in nt. 66, di ulteriori autorevoli

Com'è noto (e come si vedrà più analiticamente in seguito) è piuttosto questa la tesi che finirà per costituire il fondamento teorico per la giurisprudenza dominante nel corso di quasi tutto il XX secolo – che in un primo tempo tende ad assimilare la discrezionalità tecnica a quella amministrativa non consentendo il sindacato giurisdizionale di entrambe in sede di legittimità e, successivamente, arriva progressivamente ad ammettere il solo sindacato estrinseco della prima senza possibilità di accesso del giudice al fatto – tanto da imporsi, all'inizio, come *jus receptum* anche ai fautori dell'orientamento più garantista i quali finiscono, in buona sostanza, per prenderne atto riconoscendo che “*la esclusione della discrezionalità tecnica in materia di diritto pubblico dal sindacato giudiziario è ormai un principio del nostro diritto*” (23).

Va tuttavia sin d'ora anticipato che, nella soluzione delle fattispecie concrete, la giurisprudenza presenta molte sfumature – in relazione alle varie materie, alle discipline applicate e alla particolarità dei casi pratici – non agevolmente inquadrabili negli schemi teorici dottrinali di riferimento. Essa, per lo più guidata da pragmatismo e da considerazioni di giustizia sostanziale, sembra pervenire talvolta – attraverso il controllo di legittimità effettuato utilizzando il vizio di eccesso di potere – ad un sindacato (ancorché estrinseco) della discrezionalità attento alle ragioni dei ricorrenti e, nello stesso tempo, rispettoso delle prerogative dell'amministrazione.

Dopo i contributi di Cammeo, Presutti e Ranelletti, un apporto fondamentale allo studio della discrezionalità in generale (e di quella tecnica in particolare) è, com'è noto, rappresentato dall'opera di Giannini le cui tesi finiscono per avere un durevole influsso in dottrina (24). Tale autore – approfondendo il concetto di discrezionalità amministrativa in base ad un solido e sino ad allora inedito impianto teorico, costruito anche con la comparazione delle esperienze di altri ordinamenti ed il raffronto con la discrezionalità del legislatore, del giudice e

studiosi, fra i quali il Cannada Bartoli che hanno espresso tale opinione). Questa concezione unitaria della discrezionalità è sostanzialmente seguita nella dottrina dell'epoca, fra gli altri, anche da A. RASELLI, in *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova 1927, che tende tuttavia a dare a dare maggior rilievo, nell'esercizio della discrezionalità, alle “*massime di esperienza*” ed alle “*linee direttrici della coscienza collettiva*” (ivi 39).

(23) F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 785. È interessante notare il giudizio particolarmente lungimirante di E. PRESUTTI, secondo il quale la discrezionalità tecnica ed il connesso (allora dominante) corollario della sua insindacabilità vanno riguardate come: “*un istituto contingente, storico, residuo non ancora eliminato ma che tende a restringersi sempre più di un ordinamento giuridico di altri tempi*” (cfr. *Discrezionalità pura* ..., cit., 19 s.). È tuttavia singolare come al giudizio “politico” assai critico di quest'autore – che considera la discrezionalità tecnica come un residuo dello Stato di polizia (*op. ult. cit.*, 52 s. e *I limiti del sindacato* ..., cit., 16 s. e 62) preconizzandone l'estinzione – si accompagni da un lato la notazione che se anche il giudice amministrativo avesse potuto sindacare la discrezionalità tecnica (come era invece, già allora, consentito al giudice ordinario, non legato al principio di preminenza dell'amministrazione, tramite la perizia) tale istituto “*più non esisterebbe*” (*Discrezionalità pura* ..., cit., 50) e dall'altra l'opinione “tecnica” che tale eliminazione sarebbe di “*assai dubbia utilità*” (*I limiti del sindacato* ..., cit., 187).

(24) Oltre al fondamentale saggio della fine degli anni trenta, *Il potere discrezionale* ..., cit. la teoria del Giannini viene sintetizzata (con poche varianti ed aggiornamenti) nelle successive edizioni del suo *Diritto amministrativo*. Di seguito (per comodità) si farà prevalentemente riferimento alla terza edizione di quest'ultima opera (Milano 1993), ove la tematica della discrezionalità è trattata al vol. II, 45 ss.

dei soggetti privati (25) – arriva, com'è noto, ad identificare lo specifico della discrezionalità nella scelta operata all'esito della ponderazione degli interessi secondari in relazione all'interesse pubblico primario. Egli, di conseguenza, tende a disconoscere che la c.d. discrezionalità tecnica sia vera e propria discrezionalità, la quale “*si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale*” (26). Il problema della c.d. discrezionalità tecnica, secondo tale autore, è che in essa il giudizio è guidato da criteri a carattere tecnico-scientifico che se in astratto dovrebbero essere “di esistenza” – come per lo più avviene quando l'amministrazione applica discipline che se non è forse epistemologicamente corretto definire esatte, sono tuttavia connotate da una certa oggettività – in concreto ben possono essere “di probabilità”, quando l'amministrazione utilizza discipline caratterizzate da un grado più o meno ampio di opinabilità quali quelle letterarie, artistiche, aziendalistiche od economiche (27).

Un corollario importante di questa teoria è che quei sintagmi spesso utilizzati dal legislatore nelle discipline pubblicistiche (e che si sono definiti dianzi “clausole generali”) con i quali la legge delimita l'ambito del potere amministrativo fissandone i presupposti per l'esercizio (quali un provvedimento da emanare “*in casi di particolare gravità*” o “*per scongiurare un pericolo imminente*”) non possono dar luogo a discrezionalità tecnica (28).

Questa dottrina – probabilmente più interessata ad approfondire e a dare un fondamento più solido alla nozione di discrezionalità ai fini del diritto sostanziale che ad indagarne le implicazioni in termini di giustizia amministrativa – finisce quindi per far refluire anche il frequente utilizzo di tali “clausole” nell'ambito della discrezionalità pura e, pur rendendosi conto che la distinzione fra giudizio tecnico-valutativo e decisione amministrativa è, in pratica, assai difficile (essendo “*più una divisione ideale che reale*”), tende anch'essa a dare abbastanza per scontata la tendenza dominante a ritenere che: “*i giudizi valutativi siano giudizi ‘riservati’, in ordine ai quali cioè la norma delineerebbe una competenza esclusiva di organi amministrativi, tale da escludere anche il sindacato del giudice*” (29),

(25) Vedi per tali ultimi aspetti M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale ...*, cit., 104 ss.

(26) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 56.

(27) Nel primo caso l'autore (*op. ult. cit.*, 56 s.), esemplificando, cita fra gli altri gli esempi della fisica (acusticità di una sala), la chimica (acidità di un grasso) l'ingegneria (resistenza di un manto stradale, ma ben altri se ne potrebbero aggiungere relativi alla assai vasta materia degli appalti pubblici) mentre nel secondo cita esempi tratti dalla legislazione di tutela dei beni artistici ed ambientali quali la “*non comune bellezza*” di un immobile o il “*caratteristico aspetto avente valore estetico o tradizionale*” che può denotare un complesso architettonico.

(28) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 55; ID., *Il potere discrezionale ...*, cit., 163.

(29) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 57.

alla quale finisce quindi per fornire, se non altro indirettamente, un più che autorevole avallo (30).

È sin da ora utile notare come i concetti delineati da questo insegnamento siano centrali per la nostra indagine atteso che l'agire delle c.d. autorità indipendenti, siano esse "di regolazione" o "di garanzia" (per quanto l'utilizzo di una simile distinzione possa essere utile e rigoroso), avviene quasi sempre sulla base di discipline economiche ed aziendalistiche – le quali, quindi, pur utilizzando strumenti di scienze "esatte" (matematica statistica) si sostanziano per lo più in valutazioni e stime per loro natura non del tutto oggettive tanto da essere assimilate dal predetto autore a quelle materie in sommo grado influenzabili da giudizi di valore soggettivi (letteratura, arte o architettura). Va inoltre notato come tali autorità, pur non avendo il monopolio della relativa conoscenza, siano spesso un centro privilegiato di elaborazione delle tecniche e delle discipline che presiedono all'applicazione delle materie loro affidate. Esse infatti sono sovente destinatarie di deleghe di normativa secondaria conferite dal legislatore (tramite l'esercizio delle quali contribuiscono a plasmare il contenuto della materia stessa), partecipano a consessi internazionali nei quali si pongono le basi (sotto forma di regole di *soft* o di *hard law*) per la regolamentazione uniforme di settore che spesso si impone al legislatore nazionale tramite i meccanismi comunitari (31), sono, talvolta e per tradizione risalente, centri di eccellenza nella ricerca (teorica ed applicata) delle discipline utilizzate nelle materie loro attribuite dalla legge.

Esse d'altronde spesso agiscono in base a quelle che si sono qualificate come "clausole generali" che possono essere di volta in volta finalità (anche formali) del loro agire quali la "*la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*" "*la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario*" o la sua stabilità, il suo buon funzionamento e la sua competitività, "*la tutela degli investitori*" (32); ovvero criteri generali di comportamento imposti agli intermediari e, quindi, nello stesso tempo e specularmente, obbiettivi da presidiare per il loro agire amministrativo, quali gli obblighi di "*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*" oppure svolgere "*una gestione indipendente, sana e prudente*" e adottare "*misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati*" (33). Anche nel campo della tutela della concorrenza e del mercato, d'altronde, la normativa primaria prevede una serie di queste "clausole generali" che fissano i parametri per l'agire dell'Autorità garante, come avviene, ad esempio, per la possibilità di autorizzare le intese restrittive della libertà di concorrenza quando esse "*diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo*

(30) È interessante notare come per Giannini: "*La discrezionalità non è già un ampliamento anormale o da evitare della sfera dell'Amministrazione, ma è una necessità per l'attività amministrativa di cui forma l'intima sostanza.*" (*Il potere discrezionale ...*, cit., 166).

(31) Sull'importanza che l'uniformazione delle norme tecniche nella costruzione del mercato unico, cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. economia*, 1996, 251.

(32) Cfr. artt. 5 t.u.b. e t.u.f.

(33) Cfr., rispettivamente, art. 21, comma 1, lett. a) e comma 1-bis, lett. c) t.u.f.

conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale” (34). Ai fini della nostra ricerca è interessante notare come sovente queste “clausole generali” si riempiano di contenuto, nella prassi e nella normazione secondaria delle autorità, proprio mediante l’applicazione di discipline tecniche, quali l’economia e l’aziendalistica.

3. La dottrina sul tema nel secondo dopoguerra.

L’insegnamento di Giannini, nella parte in cui nega l’autonomia concettuale della discrezionalità tecnica, costituirà un ineludibile punto di partenza per le elaborazioni della dottrina successiva (35). È tuttavia interessante notare sin da ora come questa svalutazione della dicotomia discrezionalità amministrativa-discrezionalità tecnica non porterà la dottrina ad affermare, in modo chiaro e maggioritario, la possibilità di un sindacato di legittimità pieno sugli apprezzamenti tecnici (36) al quale la giurisprudenza, che continuerà invece a far riferimento al concetto di discrezionalità tecnica, approderà, non senza travaglio, solo in epoca recente.

Sulle orme di Giannini, nel dopoguerra, l’attenzione della dottrina pubblicistica pare piuttosto spostarsi dalle problematiche del contenuto e dei limiti del controllo giudiziale sulla discrezionalità tecnica (37), che rimane peraltro un passaggio ineludibile di ogni trattazione in materia, ad indagini più ampie e teoriche sulla natura delle norme tecniche o, ancora più in generale, sull’attività tecnica della pubblica amministrazione.

Così c’è chi si sofferma sulla natura delle norme tecniche e sulla loro collocazione all’interno del sistema delle fonti e, aderendo ad una concezione “imperativistica” della norma giuridica (secondo la quale è tale solo quella che contiene un comando intelligibile per i destinatari), arriva a negare il carattere della giuridicità della norma tecnica (38) e, ritenendo che suoi destinatari siano soltanto gli organi e i funzionari della pubblica amministrazione, finisce per “degradare”

(34) Cfr. art. 4, comma 1 l. 10.10.1990 n. 287.

(35) La dottrina dominante aderisce infatti, sul punto, alla concezione del Giannini. Cfr., per tutti, P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit.; F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, 544; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 125; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, 1964, V, 1099; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964, 65; V. BACHELET, *L’attività tecnica ...*, cit., 37 ss.

(36) È quanto nota acutamente G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche ...*, cit., 166, il quale, passando in rassegna la dottrina amministrativistica degli anni ottanta del secolo ormai trascorso, rileva “una sostanziale coincidenza nella affermazione del carattere riservato di questi apprezzamenti, anche se le argomentazioni che sostengono questi risultati sono di tipo diverso”.

(37) Va ricordato come secondo alcuni scopo della dottrina più risalente era anche quello di “stimolare la revisione di una giurisprudenza che aveva assicurato alle amministrazioni pubbliche ... un regime di privilegio pressoché assoluto” (così F. LEDDA, *Potere, tecnica ...*, cit., 374).

(38) È questa, in estrema sintesi, la posizione di A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, cit., diffusamente e, in particolare, 183 s.

tutte le norme tecniche al rango sostanziale delle istruzioni e delle circolari (39) e a criticare la concezione del Cammeo della “giuridicizzazione” della norma tecnica per il rinvio ad essa fatto da parte della norma giuridica, dato che di rinvio si può parlare solo fra ordinamenti giuridici. Per quanto riguarda il controllo giudiziale, corollario di questa teoria è che il giudice dovrà considerare la norma tecnica alla stregua di un mero fatto che si pone tutt’al più come una “*premessa al giudizio giuridico*”, di conseguenza, “*non può mai formare oggetto di un giudizio di pura legittimità*” (40). Questa pur autorevole posizione dottrinale è stata peraltro efficacemente criticata (41) ed, in effetti, per restare al campo di indagine che qui interessa, sembra che elementi di forte perplessità nei confronti di una simile impostazione possano derivare anche dall’osservazione del concreto agire delle autorità di controllo, spesso caratterizzate dall’essere titolari di un potere di normazione secondaria che porta all’emissione di disposizioni nelle quali gli aspetti tecnici e quelli giuridici sono così interconnessi da risultare quasi sempre difficilmente scindibili.

Altra parte della dottrina, muovendo dalle conclusioni cui era giunto Gianni distinguendo fra il momento del giudizio in cui si sostanzia la discrezionalità tecnica e quello volitivo e di scelta che caratterizza quella amministrativa, concentra la propria attenzione sulla casistica al fine di analizzare le diverse modalità con le quali l’apprezzamento tecnico incide sulla determinazione volitiva e le interrelazioni che intercorrono fra questi due livelli (42).

La profonda interconnessione fra tecnica e diritto e la conseguente inevitabile giuridicizzazione della prima è ben compresa da Bachelet che dedica alla materia un saggio per alcuni versi ancora insuperato (43). Questo studioso, analizzando profondamente la norma tecnica, perviene ad individuare la differenza qualificante fra essa da un lato e le leggi di natura e le regole delle scienze esatte dall’altro nella circostanza che “*Riferendosi ... non agli sviluppi della scienza pura, ma alle sue applicazioni, la ‘tecnica’ comprende in realtà non solo enunciazioni logiche o deduzioni scientifiche, ma altresì veri e propri criteri di comportamento che, attingendo ad esse, costituiscono quelli che potrebbero chiamarsi gli ‘usi tecnici’ di ciascuna arte o professione*” (44). Bachelet individua una serie di ipotesi in cui la norma tecnica assume (a vario titolo e con diversa intensità) rilevanza giuridica ed, in particolare quando: **a**) quelli che lui definisce “usi tecnici” vengono “*accolti in norme di deontologia professionale*”; **b**) la norma giuridica

(39) A. DE VALLES, *op. cit.*, 186 s.

(40) A. DE VALLES, *op. cit.*, 184 s.

(41) Per il fatto che dalla non comprensibilità delle norme tecniche al destinatario medio (il cittadino) possa farsi discendere l’esclusione della loro giuridicità cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 73 s. sub nt. 119. Per la circostanza che il contenuto tecnico delle norme non possa comportare automaticamente la conseguenza che una disposizione di legge o regolamentare sia considerata alla stregua di una circolare o una norma interna cfr. V. BACHELET, *L’attività tecnica ...*, cit., 87 ss.

(42) P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit.

(43) V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit.

(44) V. BACHELET, *op. cit.*, 84.

rinvii direttamente a tali usi stabilendone ambito e modalità di valenza (45); *c*) il rinvio non sia formale ma avvenga soltanto “*implicitamente attraverso l’attribuzione di competenza ad organi tecnici*” (46); *d*) gli usi stessi, pur non assumendo efficacia vincolante, rappresentino il parametro “*di quella ‘perizia’ la cui mancanza integra l’elemento della colpa nel caso di danno arrecato ad altri*” (47); *e*) la norma giuridica non si limiti a rinviare alla norma tecnica ma la recepisca conferendole valore formale di norma giuridica e chiamandola “*a far parte, come norma imperativa, dell’ordinamento*” (48).

Ma se, in questi casi, la norma tecnica è ricondotta nel campo giuridico, la conseguenza è che non dovrebbero esistere ostacoli a che l’attività tecnica dell’amministrazione sia assoggettata non solo al sindacato del giudice ordinario (potendo esistere veri e propri diritti soggettivi a fronte della discrezionalità tecnica), ma anche di quello amministrativo dato che “*il rinvio esplicito o implicito a criteri tecnici di apprezzamento potrebbe essere considerato come un modo per circoscrivere la discrezionalità dell’amministrazione*” e, di conseguenza, l’inservanza dei criteri e parametri tecnici in vario modo presi in considerazione dalle norme giuridiche integra il vizio di violazione di legge (49). Si può quindi ritenere che con Bachelet la tecnica “*da limite alla competenza del giudice diventa ... un limite alla discrezionalità dell’amministrazione*” (50).

Non può non notarsi come la conclusione alla quale Bachelet arriva sul punto sia piuttosto in linea con quella del Cammeo (51), costituendo la posizione più avanzata in dottrina favorevole ad una limitazione della sfera di attività riservata dell’amministrazione ed ad un suo più ampio assoggettamento al controllo giu-

(45) Come si è visto la “giuridicizzazione” tramite rinvio era stata già analizzata da Cammeo e negata invece da De Valles.

(46) Ai nostri fini è interessante notare come sembrerebbe ben potersi inquadrare in tale ipotesi l’attribuzione di determinate materie ad autorità indipendenti connotate da un alto grado di competenza tecnica.

(47) Va rilevato come la colpa integri anche l’elemento soggettivo per i delitti colposi, per le contravvenzioni e, soprattutto, per quello che qui interessa, per le sanzioni amministrative pecuniarie che, presidiando la normativa secondaria (a carattere eminentemente tecnico) emanata dalle autorità di controllo al fine di garantirne l’effettività, costituiscono parte integrante dei poteri loro affidati.

(48) V. BACHELET, *op. cit.*, 85 ss. Sembrano da ricondurre a quest’ultima ipotesi i numerosi casi in cui la normativa (primaria e secondaria) nei settori affidati alle autorità di controllo stabilisca limiti di capitale, soglie e *ratios* patrimoniali, detti formule di calcolo (come ad esempio nel caso del TAEG o TAN per il credito al consumo), ecc. A conclusioni analoghe a quelle di Bachelet (e del pari utilmente trasponibili all’osservazione dell’agire delle autorità di controllo) sembra arrivare la dottrina successiva quando nota come “*il nesso fra diritto e tecnica sia ancor più stretto di quello che risulta dallo schema del ‘rinvio’*. Nulla impedisce di pensare che la tecnica – o, in molti casi, la scienza di riferimento – fornisca ‘materiali’ direttamente utilizzabili, ed anzi necessari, per la costruzione di concetti giuridici; più in generale, sembra non manifestamente inattendibile l’ipotesi che il diritto faccia propria la normativa inerente a questa o quella tecnica traducendola per ciò stesso in normatività giuridica.” (F. LEDDA, *Potere, tecnica ...*, cit., 387, per una classificazione in parte simile a quella di Bachelet “*dei diversi modi in cui la norma tecnica acquista una immediata rilevanza per l’ordinamento*” cfr. *infra*, 396 ss. ove tale autore giustamente nota come fra le varie ipotesi non vi siano “*distinzioni nette*” ed esse tendano spesso a sovrapporsi fra di loro).

(49) V. BACHELET, *op. cit.*, 48 ss.

(50) Così, perspicuamente, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 79.

(51) Anche se ciò può forse considerarsi strano dato che per la sua indagine sulla tecnica Bachelet parte piuttosto dal pensiero di Ranelletti (V. BACHELET, *op. cit.*, 14) che, in punto di controllo giudiziale giungeva, come si è visto, a conclusioni più tradizionali rispetto a Cammeo e Presutti.

diziale anche in sede di legittimità (52). È bene ricordare come tale posizione, seppure non maggioritaria in dottrina, costituirà un punto di riferimento importante per quella giurisprudenza che, di volta in volta, assoggetterà al controllo di legittimità la discrezionalità tecnica dell'amministrazione sino a ritenere, alla fine degli anni novanta del XX secolo, la possibilità generalizzata di utilizzare la C.T.U. come strumento per il controllo intrinseco delle scelte dell'amministrazione (53).

Dopo la sistematizzazione condotta da Bachelet con il suo approfondimento, la dottrina torna in parte ad analizzare la giurisprudenza del giudice ordinario e di quello amministrativo in materia di limiti al controllo giudiziale delle discrezionalità per assumere la sua tradizionale funzione di stimolo. Così c'è chi osserva criticamente che se *“In generale la distinzione tra giudizi tecnici e determinazioni propriamente discrezionali è percepita dalla giurisprudenza: ed in rapporto alle questioni tecniche il giudice amministrativo avverte spesso l'esigenza di un più rigoroso sindacato, specie per quanto attiene alla completezza dell'attività istruttoria e alla coerenza del ragionamento svolto per giustificare una certa scelta dell'amministrazione ... in molti casi, l'accennata distinzione appare meno netta di quanto si vorrebbe: così quando si parla di un giudizio tecnico-discrezionale, il momento tecnico perde quella evidenza propria che parrebbe imporre una disamina distinta, e si risolve integralmente nel merito dell'atto”* e mette in evidenza come *“Della rilevata insufficienza il giudice amministrativo è responsabile soltanto in questo senso: che la sua scarsa propensione per un diretto accertamento dei fatti rilevanti costituisce una remora all'impiego di quei criteri tecnici, che spesso sono necessari appunto per tale accertamento; ma non certo minore è la responsabilità della prevalente dottrina.”* (54).

Più o meno sulla stessa lunghezza d'onda si colloca chi, mettendo in luce la labilità e l'incertezza del confine fra legittimità e merito amministrativo, ritiene che *“l'ambigua nozione di discrezionalità tecnica ... non è stata altro che un espediente per comprimere la conoscibilità dell'azione amministrativa .. in sede di sindacato di legittimità”* notando come *“di fronte a tale realtà, la posizione dominante (ancora, almeno in giurisprudenza) che respinge in sostanza tutte le*

(52) Sembra illuminante riportare quanto il Cammeo scriveva già nel 1902 notando che se nel 1865 (anno di emanazione della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo) *“la teoria della separazione dei poteri era interpretata nel modo che il sindacato giudiziario fosse ristretto nei più angusti confini, per non pregiudicare quella che ritenevasi dovesse essere l'indipendenza del potere amministrativo ... ormai le idee in proposito sono del tutto mutate: ed il sindacato giurisdizionale non appare più pericoloso ad altre libertà dell'amministrazione che a quella di far male: ed è persino consentito che si estenda al merito – al giudizio su atti discrezionali in alcuni casi”* (F. CAMMEO, *La competenza di legittimità ...*, cit., 280 s.).

(53) È stato infatti notato come: *“alla dottrina si deve indubbiamente riconoscere un merito grandissimo: quello di avere indirettamente stimolato la giurisprudenza a rivedere le proprie posizioni sul problema della responsabilità aquiliana, in guisa da sottrarre almeno in parte l'amministrazione ad un regime di franchigia non certo degno di civili ordinamenti”* (F. LEDDA, *Potere, tecnica ...*, cit., 400) anche se, come nota tale autore, in tale specifico campo riconoscere la sindacabilità dell'attività tecnica dell'amministrazione era senz'altro più facile, atteso che *“la questione della responsabilità aquiliana non coinvolge in alcun modo l'esercizio del potere amministrativo”* (ivi, 401)

(54) F. LEDDA, *Potere, tecnica ...*, cit., 422 ss.

attività riconducibili al menzionato momento conoscitivo, nella nozione di discrezionalità tecnica, e dunque, tra le attività senz'altro discrezionali e perciò non sindacabili in legittimità se non attraverso lo schema dell'eccesso di potere, riduce sensibilmente l'area reale (per così dire) della legittimità dell'azione amministrativa" (55). Nello stesso tempo è proseguita l'analisi delle potenzialità insite nel controllo giudiziale in base al vizio di eccesso di potere, inteso come sindacato sulla ragionevolezza delle valutazioni dell'amministrazione (56).

4. La giurisprudenza dalla fine del XIX secolo agli anni novanta del XX.

Vediamo allora, parallelamente a queste analisi dottrinali, qual è stata l'evoluzione della giurisprudenza che potremmo definire convenzionalmente "generale", riservandoci di esaminare in seguito (nei paragrafi 8 e 9) quella relativa alle amministrazioni indipendenti ed alle autorità di controllo (ampiamente intese) proprio per notare analogie e differenze rispetto al resto delle pronunce. Si è consapevoli che il metodo proposto è in parte "arbitrario", nel senso che la giurisprudenza che verrà ora passata in rassegna è essa stessa relativa a tematiche settoriali (ad es., pubblico impiego, tutela storico-artistica e paesaggistica, ecc.) le quali verranno invece esaminate insieme a quelle più generali (ad es. la possibilità del giudice di sindacare poteri esercitati in base a quelle che si sono definite "clausole generali" come l'urgenza) e separatamente alla casistica relativa alle amministrazioni indipendenti ed alle autorità di controllo sulla quale verrà focalizzata l'indagine. Si ritiene infatti che da questa "comparazione" possano scaturire alcuni spunti di valore euristico pari a quelli evidenziati dalle interazioni di tipo "circolare" che emergono dal dialogo fra dottrina e giurisprudenza.

Fatta questa premessa metodologica, possiamo risalire alla giurisprudenza a cavallo fra il XIX ed il XX secolo. Prendiamo le mosse dalla pronuncia del 1902 commentata dal Cammeo nella più volte citata nota a sentenza (57). In essa la IV sez. del Consiglio di Stato riteneva di poter "*sindacare l'esistenza dell'urgenza, che autorizza le deputazioni provinciali e le giunte comunali a sostituirsi ai consigli.*". È lo stesso Cammeo che, nel notare che il giudice amministrativo "*accoglie l'opinione da noi propugnata*" sulla sindacabilità in sede di legittimità dei presupposti costituiti da fatti giuridici indeterminati, cita alcuni precedenti conformi relativi a fattispecie identiche o analoghe (58). Lo stesso autore era però ben consapevole del fatto che "*Tuttavia questa non è giurisprudenza costante*"

(55) V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità ...*, cit., 467, 476, 488.

(56) C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 150 ss.

(57) Si tratta di Cons. St., IV, 13.6.1902 edita in *Giur. it.*, 1902, III, 276

(58) Cons. St., IV, 11.12.1891, in *Giust. amm.*, 1891, I, 487; ID., 22.6.1892, *ivi*, 1892, I, 325; ID. 9.6.1899, in *Man. degli ammin.*, 1899, 269; ID., 20.6.1900, in *Giust. amm.*, 1900, I, 322 (la quale decide direttamente sull'urgenza senza pronunciarsi sulla competenza); ID., 11.5. 1900, in *Giur. it.*, 1900, III, 242; ID., 30.6.1900, *ivi*, 297 (queste ultime due riguardanti il licenziamento di un segretario comunale e quindi con competenza estesa al merito). Per una fattispecie di sindacato sull'urgenza che giustificava l'occupazione temporanea di fondi con decreto prefettizio Cons. St., IV, 7.1.1895, in *Giust. amm.*, 1895, I, 50.

(59), citando casi in cui la IV Sezione del Consiglio di Stato si era espressa in modo incerto, ritenendo che “*L’esame dei motivi pei quali in un determinato caso può essere ritenuta l’urgenza allora solo è da ammettersi che i motivi medesimi pecchino per violazione di legge, o siano di tale natura che possano facilmente risolversi in un eccesso di potere.*” (60) o aveva decisamente escluso la possibilità del sindacato giudiziale sul presupposto dell’urgenza (61).

Va quindi evidenziato come, già nella prima giurisprudenza della IV Sezione del Consiglio di Stato (istituita nel 1889), si fossero formati due filoni, uno favorevole ad un effettivo vaglio della discrezionalità tecnico-amministrativa dell’autorità pubblica (tramite il vizio di violazione di legge o quello di eccesso di potere), che trovava una “sponda” dottrinale nel Cammeo ed, in parte, nel Presutti e l’altra propensa, invece, ad esercitare un certo *self-restraint* non ammettendo la possibilità di un sindacato delle valutazioni discrezionali dell’amministrazione (che trova invece nel Ranalletti il suo principale referente).

Si può dire che questa tendenza continui anche nei decenni successivi.

Giannini, nel suo fondamentale saggio del 1939, elogiava il “*buon senso*” della giurisprudenza del Consiglio di Stato (nel frattempo, come si è visto, aveva iniziato ad operare anche la V sezione, inizialmente, dal 1907, con giurisdizione solo di merito e, successivamente, dal 1923 con giurisdizione sia di merito che di legittimità condivisa con la IV Sezione) evidenziando i casi in cui tale giudice “*ha più volte messo in luce questo vizio di violazione di legge nell’elemento discrezionale di un atto*” (62). Egli citava quindi le seguenti fattispecie: scioglimento in blocco di un corpo di guardie municipali giudicato invalido in quanto adottato per sostituire gli organizzati con persone più idonee mentre l’unico presupposto previsto era quello della necessità di impiantare il servizio su basi del tutto diverse (63); ordine di chiusura permanente di un lavatoio adottato con ordinanza del podestà contingibile ed urgente per impedire che le sue acque inquinassero quelle di fonte, giudicato (in quanto permanente) illegittimo perché non in linea con il presupposto (contingibile) dell’ordinanza (64); nell’ipotesi di annullamento per frode di una prova di esame da parte del Ministero dell’Educazione nazionale, la decisione sul punto della forza ingannatrice dell’atto è rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione, ma il giudice, in sede di legittimità, può sindacare se

(59) F. CAMMEO, *La competenza di legittimità* ..., cit. 282.

(60) Cons. St., IV, 31.1.1902, in *Giur. it.*, 1902, III, 78 relativa al caso di un licenziamento di un medico condotto effettuato d’urgenza da un commissario regio invece che dal Consiglio comunale.

(61) Cons. St., IV, 24.10.1891, in *Giust. amm.*, 1891, I, 382; ID., 22.6.1894, *ivi*, 1894, I, 260, in tema di deliberazioni della Giunta municipale assunte d’urgenza in luogo del Consiglio; ID., 3.8.1900, in *Giur. it.*, 1900, III, 382 relativa al provvedimento di un prefetto che aveva deciso l’effettuazione di opere edilizie a difesa di una roggia, sostituendosi al Consiglio comunale impossibilitato a deliberare essendo la maggioranza dei consiglieri interessata.

(62) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale* ..., cit., 173 ss.

(63) Cons. St., V, 15.6.1934 n. 708, in *Foro amm.*, 1934, I, 2, 246; ID., 25.11.1936 n. 1077, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, 62.

(64) Cons. St., V, 1.2.1935 n. 60, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, II, 169; ID., IV, 7.7.1936, n. 727, *ivi*, 1936, II, 610; ID., IV, 5.3.1932 n. 104, *ivi*, 1932, II, 323.

il fatto concreto sia stato esattamente qualificato come artificio o raggiro (65); il giudice può sindacare i “*gravi motivi di interesse generale e dell’Ente*” che consentono di negare il visto di esecutorietà ai contratti comunali (66); se il Ministro delle Corporazioni, su proposta dell’Istituto Nazionale Fascista Assicurazioni Infortuni sul Lavoro, può derogare agli Statuti degli enti assicurativi sul presupposto della necessità, questa non comprende la convenienza, anche se grandissima (67). In questi casi il giudice amministrativo, tramite il riscontro dei presupposti, arriva a sindacare l’esercizio del potere in conformità agli scopi previsti dalla legge ma rimane nell’ambito di “*un giudizio di puro diritto*” la sua attività “*consistendo nel confrontare i fatti qualificati come elementi dell’atto amministrativo e desumibili dalla mera esternazione di esso, con le categorie determinate dalla legge nei confronti di quegli elementi.*” (68).

È interessante notare come, in questi casi, appartenendo spesso i presupposti alla categoria dei concetti giuridici indeterminati (“necessità”, “urgenza”, “gravi motivi di interesse”) il sindacato giurisdizionale arriva di fatto, anche solo tramite il vizio di violazione di legge, ad un controllo della discrezionalità amministrativa per correggerne le deviazioni più macroscopiche ma rispettando il suo nucleo più intimo.

Nel dopoguerra, la giurisprudenza amministrativa è chiamata ad applicare questi schemi logici consolidati anche alle nuove materie tipiche dello stato sociale e del diritto pubblico dell’economia.

Così alcuni provvedimenti legislativi stabiliscono che i terreni non sufficientemente coltivati possano essere concessi a contadini (con un provvedimento che la dottrina dell’epoca qualifica di trasferimento coattivo del potere di gestione) previo giudizio tecnico-amministrativo da parte di speciali commissioni alle quali è demandato il compito di accertare lo stato di insufficiente coltivazione delle terre (69). È interessante notare come la giurisprudenza del Consiglio di Stato in alcune pronunce ritenga, in linea di principio, che il giudizio sulla non sufficiente coltivazione rientri nell’apprezzamento tecnico-discrezionale dell’amministrazione non sindacabile in sede di legittimità (70), mentre, in altre, ammetta che tale giudizio sia sindacabile sotto il profilo della logicità (71), arrivando così a conoscere e giudicare la sostanza delle scelte dell’amministrazione.

(65) Cons. St., V, 13.7.1938 n. 405, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, II, 669.

(66) Cons. St., V, 13.10.1937 n. 1095, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, 721 che aveva in concreto ritenuto essere tale la gravosità del servizio per coloro che avrebbero dovuto fruirne.

(67) Cons. St., IV, 6.10.1936 n. 457, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, 613.

(68) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale ...*, cit., 175.

(69) D.l. 19.10.1944, n. 279; d.l. 26.4.1946, n. 597; d.l. 6.9.1946, n. 89; d.l. 27.12.1947, n. 1710; l. 18.4.1950, n. 199.

(70) Cfr., fra le tante, Cons. St., V, 23.10.1948, n. 658; ID., 3.3.1951, n. 156.

(71) Per il fatto che la destinazione di un terreno a pascolo non possa costituire di per sé elemento decisivo per ritenerlo non sufficientemente coltivato e, per converso, che non sia illogico ritenere non sufficientemente coltivato un terreno che veniva soltanto arato Cons. St., V, 23.10.1948, n. 658. Sulla logicità di ritenere un fondo più adatto alla pastorizia, cfr. Cons. St., V, 1.7.1950, n. 813.

Un'analoga dicotomia (seppure maturata in un arco di tempo maggiore) fra affermazioni di principio e soluzioni spesso date ai casi concreti si può registrare per quanto riguarda la complessa e delicata materia dei c.d. prezzi amministrati, basata sul potere del Comitato interministeriale prezzi (C.I.P.) e dei comitati provinciali prezzi (C.P.P.) di determinare i prezzi di alcune merci e servizi sulla base di un'istruttoria condotta da organismi prevalentemente tecnici quali la Commissione centrale prezzi e le Commissioni consultive provinciali (72). Qui va evidenziato come ad alcune decisioni che ritengono non sindacabili nel merito in sede di legittimità l'elaborazione e la valutazione degli elementi posti alla base delle decisioni dei Comitati (73), se ne affianchino talune che ammettono il sindacato delle valutazioni tecniche sotto il profilo della logicità (74) e poi ne seguano altre che ritengono possibile, in sede di riscontro giudiziale di legittimità, vagliare in concreto se nella fase istruttoria (che, contrariamente al successivo provvedimento di fissazione del prezzo, non comporta esercizio di potere propriamente discrezionale) l'amministrazione abbia compiutamente e correttamente analizzato "la situazione reale in termini di costi dei fattori di produzione ivi compreso il profitto dell'imprenditore" (75).

Anche per quanto riguarda i contributi di miglioria (generica e specifica) erogati dallo Stato e dagli enti locali ai privati concessionari sulla base dell'art. 84 del t.u. sulle acque pubbliche, la definizione in termini di atto di discrezionalità tecnico-amministrativa preordinato al conseguimento di fini di interesse pubblico della determinazione della misura del contributo (76) coesiste con l'ammissione del sindacato di logicità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione (77).

Pure nel campo dei giudizi sull'importanza storico-artistica di un bene o sull'interesse paesistico o culturale di un immobile, particolarmente interessante perché le relative valutazioni sono basate sull'applicazione di discipline per loro natura non esatte, la giurisprudenza del secondo dopoguerra tende ad ammettere

(72) D. lgs. 23.4.1946, n. 363; d. lgs. 15.9.1947, n. 896 e d. lgs. 19.10.1964, n. 347. Sull'articolata materia cfr., per la dottrina dell'epoca, D. SERRANI, *Controllo dei prezzi in Italia*, Econ. pubbl., 1973 n. 7, 3.

(73) Cons. st., V, 5.2.1954, n. 111; ID., ad. gen., 13.3.1958, n. 83; ID., IV, 13.5.1960, n. 39; ID., IV, 20.12.1961, n. 752.

(74) Cons. St., VI, 10.6.1959, n. 391, che ritiene illogica la fissazione del prezzo del pane effettuata mediante la suddivisione dei panifici in classi secondo la loro produzione per poi prendere per base del calcolo la classe più numerosa e suddividere quindi il costo totale in quello di produzione e di distribuzione.

(75) Cons. St., IV, 22.5.1963, n. 337; in *Cons. St.*, 1963, I, 697; ID., 20.10.1964, n. 1036, *ivi*, 1964, I, 1684; ID., VI, 4.6.1976, n. 249, *ivi*, 1976, I, 822, dalla quale è tratto il passo riportato nel testo. Per un sintetico ma perspicuo esame dell'evoluzione di tale giurisprudenza, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità ...*, cit., 481 ss.

(76) Trib. sup. acque, 25.8.1966, n.ri 27/30; ID., 15.9.1966, n. 31.

(77) Per la non illogicità di stabilire l'incremento delle portate minime medie di un corso d'acqua conseguente alla costruzione di un serbatoio desumendolo dalle portate medie, ed, invece, l'illogicità della determinazione di un contributo prendendo come base di calcolo il contributo stabilito per un caso connotato da forti differenze, cfr. Trib. sup. acque, 25.8.1966, n.ri 27/30, cit. per la logicità di tener conto degli incrementi medi di un anno medio ai fini della determinazione del contributo, cfr. Trib. sup. acque, 24.10.1960, n. 30.

il sindacato di legittimità del giudice amministrativo (78). Essa ritiene tuttavia che: “*Le valutazioni relative al pregio storico-culturale o artistico di un’area ... sono espressione di discrezionalità tecnica, come tali sindacabili in sede giurisdizionale solo in presenza di elementi sintomatici di scorretto esercizio del potere, quali il difetto di motivazione, l’illogicità manifesta, o l’errore di fatto.*” (79) o che: “*la discrezionalità tecnica e quella valutativa, quali momenti interni della discrezionalità amministrativa vera e propria, possono essere ... oggetto del sindacato di legittimità in maniera meno incisiva rispetto alla discrezionalità amministrativa ed in particolare per i profili di illogicità e di erroneità per i casi più macroscopici*” (80).

A conclusioni analoghe la giurisprudenza amministrativa giunge per quanto riguarda l’urbanistica e l’edilizia, caratterizzate da una stretta connessione fra valutazioni tecniche e scelte amministrative, per le quali essa stessa sottolinea la discrezionalità che caratterizza le scelte pianificatorie (81). Qui, anche gli aspetti che appaiono connotati da maggior rigidità e minor libertà da parte dell’amministrazione (ad es. rilevazione del territorio) possono poi presentare, in concreto, apprezzabili margini di opinabilità (82). Allo stesso modo, ai fini di determinare le zone da includere nei piani per l’edilizia economica e popolare (p.e.e.p.) – ai sensi dell’art. 2 della l. 28.1.1977, n. 10, sull’edificabilità dei suoli, all’epoca conosciuta come “Legge Bucalossi” – l’individuazione del fabbisogno decennale di edilizia abitativa in un determinato Comune è attività non caratterizzata da discrezionalità ma, nello stesso tempo, connotata da elementi imprecisi ed in qualche modo opinabili (83).

Anche in questo cruciale settore il giudice dell’amministrazione appare quindi orientato ad ammettere un controllo estrinseco sull’operato dell’amministrazione basato sui parametri della logicità e della razionalità i cui vizi vengono per lo più ricondotti alle varie figure sintomatiche dell’eccesso di potere. Viene infatti sottolineato come “*Le previsioni del dimensionamento del p.e.e.p. sono il risultato di tipiche valutazioni tecnico-discrezionali dell’Amministrazione non*

(78) Per l’affermazione del principio in generale, cfr. Cons. St., VI, 25.3.1964, n. 267; ID., 17.11.1964, n. 821. Per l’illogicità dell’inclusione nell’elenco delle bellezze naturali di un’area nella quale era consentita la costruzione intensiva, Cons. St., VI, 8.11.1961, n. 851. Analogamente è illogico qualificare “giardino” un immobile sul quale cresceva solo una pianta (Cons. St., I, 20.9.1960, 1738) ovvero includere terreni e fabbricati adibiti a cultura agraria nel comprensorio di un parco da sottoporre a tutela (Cons. St., I, 9.12.1953, n. 2144). Per la problematica della discrezionalità tecnica nel settore della tutela dei beni culturali ed ambientali, sul quale si tornerà in seguito, cfr. anche M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica ...*, cit., 281 ss., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

(79) Cons. St., VI, 21.9.1999, n. 1243, in *Cons. St.*, 1999, I, 1457.

(80) TAR Lazio, II, 25.2.1989, n. 311, in *TAR*, 1989, I, 837, relativa ad una fattispecie di acquisto da parte del Ministero di un compendio librario di notevole interesse artistico e storico.

(81) Emblematica in tal senso è Cons. St., IV, 29.7.1980, n. 807, in *Cons. St.*, 1980, I, 973.

(82) Questa caratteristica della materia è sottolineata in giurisprudenza da Cons. St., IV, 6.7.1976, n. 520, in *Cons. St.*, 1976, I, 734; ID., 8.2.1980, n. 91, *ivi*, 1980, I, 150.

(83) Si esprimono in tal senso in giurisprudenza, Cons. St., IV 27.9.1977, n. 775, in *Cons. St.*, 1977, I, 1308; ID., 3.6.1980, n. 635, *ivi*, 1980, I, 851; ID., 26.9.1980, n. 945, *ivi*, 1980, I, 1134; ID., 7.7.1981, n. 542, *ivi*, 1981, I, 664.

censurabili in sede di legittimità se non per manifesti errori logici” (84) e che “*La determinazione del futuro andamento demografico comunale, valutato in sede di elaborazione del p.r.g., costituisce tipica valutazione tecnico-discrezionale, non censurabile in sede di legittimità se non per manifesti vizi di illogicità dei calcoli effettuati*” (85), quando non viene addirittura affermato che “*La localizzazione degli interventi di edilizia economica e popolare su una determinata area costituisce scelta attinente alla potestà tecnico-discrezionale dell’amministrazione, come tale sottratta al sindacato di legittimità.*” (86).

Questa linea dalla giurisprudenza, tendente ad ammettere il solo sindacato estrinseco sulle valutazioni tecnico-discrezionali dell’amministrazione sulla base del canone generale di ragionevolezza e delle altre figure sintomatiche dell’eccesso di potere, viene seguita, fra l’altro, anche per quanto riguarda: i concorsi per il pubblico impiego (87), il giudizio attitudinale in sede di scrutinio per merito comparativo (88), l’accertamento delle mansioni svolte di fatto, qualora esso sia eccezionalmente rilevante per l’inquadramento in una qualifica superiore (89), la valutazione di maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali di ca-

(84) Cons. St., IV, 27.5.1977, n. 533, in *Cons. St.*, 1977, I, 176. Per il fatto che, in sede di determinazione del contenuto del p.e.e.p. sia: “*rimesso alla valutazione insindacabile dell’amministrazione rilevare se gli abusi edilizi abbiano soddisfatto, sia pure in parte, una preesistente domanda abitativa*”, cfr. Cons. St., a.p., 3.7.1997, n. 12, in *Cons. St.*, 1997, I, 971, la quale, per altro verso, ribadisce, che: “*In ordine alle operazioni che vanno eseguite per determinare la concreta estensione delle aree da inserire nel p.e.e.p. (c.d. dimensionamento) l’amministrazione è titolare di poteri discrezionali, anche di natura tecnica, e deve basare le proprie determinazioni su un’adeguata motivazione dalla quale possa evincersi la loro ragionevolezza ed attendibilità.*”. Analoghi concetti sono espressi per quando concerne i provvedimenti di decadenza dall’assegnazione di alloggi di edilizia economica e popolare da Cons. St., IV, 22.3.1993, n. 333, in *Foro amm.*, 1993, 395.

(85) Cons. St., IV, 18.3.1980, n. 270, in *Cons. St.*, 1980, I, 279.

(86) Cons. St., IV, 15.4.1996, n. 492, in *Foro amm.*, 1996, 1175. Nello stesso senso, ritiene gli accertamenti tecnici rimessi alla discrezionalità dell’amministrazione non sindacabili in sede di legittimità con preclusione di ogni indagine del giudice amministrativo, TAR Lazio, I, 18.5.1983, n. 431, in *Giur. merito*, 1985, 465 (relativa ad una fattispecie in materia di edilizia scolastica).

(87) Cons. St., IV, 4.9.1992, n. 731, in *Foro amm.*, 1992, 1872, secondo la quale: “*il giudizio espresso dalla commissione esaminatrice sulla prova scritta di un candidato, per il suo carattere squisitamente tecnico-discrezionale, non può formare oggetto di sindacato da parte del giudice di legittimità, salva la illogicità e la irrazionalità manifesta.*”. Non solo: “*La commissione giudicatrice di un concorso ha un’ampia discrezionalità nella valutazione dei titoli e nella attribuzione del relativo punteggio; pertanto, il punteggio attribuito ad un determinato titolo nell’ambito della previsione dei criteri di massima, non è censurabile in sede di legittimità.*”.

(88) Le cui valutazioni: “*in quanto esplicazione di potestà tecnico-discrezionale, sono insindacabili in sede di legittimità, se non per vizio di eccesso di potere per illogicità e manifesta ingiustizia; né, in ogni caso, possono formare oggetto di esame modeste differenze di punteggio, in quanto il relativo sindacato implicherebbe un giudizio che involge essenzialmente apprezzamenti di merito.*” Cons. St., IV, 25.3.1996, n. 365, in *Foro amm.*, 1996, 861.

(89) Che: “*va svolto in sede amministrativa, nell’esercizio di una potestà tecnico-discrezionale, mentre nella sede giudiziaria non può pervenirsi a un accertamento diretto delle mansioni svolte ma solo al sindacato sull’esercizio di tale forma di discrezionalità alla stregua dei canoni di coerenza logica, ragionevolezza e completezza istruttorie.*”, Cons. St., IV, 16.3.1994, n. 254, in *Cons. St.*, 1994, I, 335.

tegoria (90), la scelta dell'opera che si intende realizzare con un appalto (91), la scelta di una pluralità di offerte per l'affidamento in gestione dei beni di pertinenza comunale (92).

Anzi, in alcuni casi, come quello dei concetti giuridici indeterminati (quelle che abbiamo definito "clausole generali") la giurisprudenza più recente sembra addirittura propensa a estendere l'area del merito riservata all'amministrazione. Infatti, per quanto riguarda l'accertamento della sussistenza del presupposto dell'urgenza che consente l'esercizio di poteri sostitutori da parte della giunta municipale – per il quale, come si è visto, la giurisprudenza più risalente ammetteva il sindacato estrinseco di legittimità alla stregua del criterio di ragionevolezza – trovasi affermato che *"rappresenta questione che attiene al merito e non alla legittimità del provvedimento adottato, la cui valutazione rientra nell'esclusiva competenza del consiglio comunale in sede di ratifica"* (93).

5. Tecnica e diritto nella giurisprudenza costituzionale.

Sembra a questo punto utile aprire una parentesi per esaminare come la Corte costituzionale abbia affrontato il tema del rapporto fra le norme tecniche e quelle giuridiche, o, più in generale, quello fra tecnica e diritto (94).

Un primo filone della giurisprudenza costituzionale sul punto è quello che, facendo leva sul principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost., guarda alla tecnica e alla sua neutralità come ad una remora all'ingerenza della politica nelle scelte dell'amministrazione.

In questo solco si colloca la dichiarazione di illegittimità di alcune norme della Regione Sicilia: *"nella parte in cui non prevedono che la maggioranza dei membri delle commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici debba essere forma-*

(90) Che: *"implica un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione tenuta alla valutazione che però non si sottrae all'ordinaria verifica di legittimità, congruenza ed adeguatezza sulla istruttoria e motivazione"*, Cons. St., VI, 11.1.190, n. 73, in Cons. St., 1990, I, 75.

(91) *"Rientra nella discrezionalità dell'amministrazione che bandisce la gara di appalto, e quindi il merito dell'azione amministrativa, scegliere il tipo di impianto che si intende realizzare"*, Cons. St., IV, 2.11.1992 n. 940, in Cons. St., 192, I, 1525.

(92) Cons. St., V, 3.4.1990, n. 326, in *Foro amm.*, 1990, 928.

(93) Cons. St., IV, 15.4.1996, n. 492, in *Foro amm.*, 1996, 1175. Per Cons. St., IV, 25.8.1997 n. 921, in *Giur. it.*, 198, III, 363, invece: *"La valutazione della sussistenza delle 'particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica locale che, ai sensi dell'art. 104, 3° comma, t.u.l.s. consente alle regioni di derogare al criterio della popolazione nella determinazione del numero delle farmacie, costituisce una tipica valutazione tecnico-discrezionale, non censurabile pertanto in sede giurisdizionale se non per limitati profili di eccesso di potere, come il difetto di motivazione, la carenza di presupposti ed il travisamento dei fatti."*

(94) Illuminante sul tema è F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 97 ss. dal quale sono stati tratti molti spunti per gli argomenti affrontati nel presente paragrafo. Secondo tale autrice, nella giurisprudenza del giudice di legittimità al convincimento della neutralità della tecnica si accompagna: *"da una parte, l'assunto che mondo della tecnica e mondo del diritto sono distinti; dall'altra che le certezze cui perviene la tecnica non sono mai assolute, ma sempre relative"* (ivi, 98).

ta da esperti dotati di specifiche competenze tecniche rispetto alle prove previste dal concorso” (95).

Ad essa fa seguito un'altra pronuncia che dichiara l'illegittimità costituzionale (sempre per violazione dell'art. 97 Cost.) di una legge della Regione Friuli Venezia Giulia “nella parte in cui stabilisce che le operazioni del concorso per titoli per l'accesso alle varie qualifiche impiegatizie siano svolte dal consiglio d'amministrazione, la cui costituzione è improntata a logiche di rappresentanza politica ed amministrativa e di interessi delle varie categorie dei lavoratori e non garantisce una sufficiente competenza tecnica né una sicura imparzialità nella valutazione e nella scelta dei candidati, da assegnare alle varie qualifiche” (96).

Poco dopo un'altra sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Calabria “nella parte in cui non prevede la presenza, in seno alle commissioni giudicatrici nelle selezioni per l'avanzamento a dirigente di seconda qualifica, di membri esperti dotati di specifiche competenze culturali e/o tecniche rispetto alle materie previste dalle selezioni concorsuali e ciò in quanto viola il principio di imparzialità e di buon andamento che deve ispirare l'organizzazione e l'azione amministrativa in tutti i suoi aspetti” (97).

Stessa sorte tocca ad una disposizione di legge della Regione Piemonte che prevede che la commissione giudicatrice di concorso per il conferimento della seconda qualifica dirigenziale sia formata esclusivamente da componenti della giunta regionale e dal presidente del consiglio regionale (98).

È interessante notare come alcune delle idee guida di queste pronunce si ritrovino nel dibattito sull'opportunità di affidare la cura di alcuni settori sensibili alle autorità indipendenti, caratterizzate da un alto profilo tecnico e dal fatto di essere collocate al di fuori del circuito dell'indirizzo politico che, tramite il Governo, lega la pubblica amministrazione alla rappresentanza politica.

Indicazioni più precise in tal senso si ritrovano in due pronunce di metà degli anni novanta. Per la prima i poteri di coordinamento conferiti all'agenzia nazionale di protezione dell'ambiente nei confronti di quelle regionali e provinciali

(95) Corte cost., 15.10.1990, n. 453, in *Foro it.*, 1991, I, 395, con nota di CARIOLA e *Giur. cost.*, 1990, 2706 con note di AZZARITI e PINELLI. Le disposizioni censurate dalla Corte prevedevano che le commissioni di concorso fossero composte oltre che dal rappresentante legale dell'ente (in qualità di presidente) da membri di nomina politica (eletti dal consiglio), da un esperto designato dal rappresentante legale dell'ente e da un rappresentante delle organizzazioni sindacali. La sentenza, che fu accolta dalla dottrina “*quale importante contributo alla moralizzazione della vita pubblica*” (cfr. citata nota di CARIOLA sul *Foro it.*), si inserisce in un orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale dalla legge (ed in particolare dall'art. 3 d.p.r. 3.5.1957, n. 686) si desumerebbe il principio che alle commissioni esaminatrici dei concorsi a pubblico impiego debbono in ogni caso partecipare membri esperti nelle materie in cui vertono le prove di esame (Cons. St., V, 27.7.1989, n. 453). In materia cfr. anche Corte conti, sez. contr., 18.2.1988, n. 1898; ID., 6.2.1986, n. 1636; Cons. St., VI, 1.7.1985, n. 377.

(96) Corte cost., 23.07.1993, n. 333, in *Cons. Stato*, 1993, II, 1213.

(97) Corte cost., 25.11.1993, n. 416, in *Giur. cost.*, 1993, 3441.

(98) Corte cost., 6.4.1998, n. 99, in *Giur. cost.*, 1998, 872.

non comportano lesione delle competenze costituzionalmente assegnate alle regioni, in quanto l'attività di indirizzo e coordinamento posta in essere a livello centrale è essenzialmente tecnica e non politico amministrativa (99).

Per la seconda, l'istituzione da parte della legge quadro in materia di lavori pubblici (l. 11.2.1994, n. 109) di un organismo indipendente di vigilanza e garanzia non incide sulle competenze regionali nel settore delle opere pubbliche (100). In quest'ultima sentenza il giudice delle leggi dà un autorevole contributo al dibattito sulle autorità indipendenti ritenendo la legittimità costituzionale dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici proprio in base alla circostanza che si tratta di un organismo collegiale ad alta qualificazione tecnica chiamato ad operare in piena autonomia dall'esecutivo ed i cui membri sono infatti nominati d'intesa dai presidenti dei due rami del Parlamento.

In queste due importanti sentenze, la natura eminentemente tecnica degli organismi e dei poteri di indirizzo e coordinamento ad essi affidati giustificano la "compressione" dell'autonomia delle regioni e degli altri enti locali che non sarebbe stata invece costituzionalmente legittima se natura ed attribuzioni degli organismi in questione fossero state di tipo prettamente amministrativo (101).

Se la competenza tecnica è a volte concepita dalla Corte come una garanzia di neutralità ed un argine all'ingerenza della politica nelle scelte dell'amministrazione, la concezione di fondo del giudice delle leggi dei rapporti fra tecnica e diritto sembra essere, come si diceva, quella di una separazione (come fra due ordinamenti distinti), salva la possibilità delle norme giuridiche di rinviare a quelle tecniche o di essere integrate da quest'ultime.

Un esempio risalente di questa tendenza (e sicuramente una delle sue prime qualificate espressioni) può essere considerata la sentenza del 1964 con la quale la Corte, giudicando alcune norme della legge sull'affitto dei fondi rustici (l. 12.6.1962, n. 567), ritenne la loro legittimità basandosi essenzialmente sulla circostanza che le Commissioni tecniche provinciali che dovevano redigere apposite tabelle con la misura massima a minima dei fitti si dovessero attenere alla "*regole tecniche dell'economia agraria*". Quest'ultime, diverse dalle norme giuridiche ma in qualche modo da esse richiamate ed accettate dalle categorie rappresentate nelle Commissioni, sarebbero state idonee a fornire agli organi tecnici un parametro "oggettivo" al quale ancorare le proprie decisioni (102).

Un'impostazione simile ritorna più tardi nella sentenza che giudica rispettoso della costituzione l'utilizzo da parte del legislatore di clausole generali quali "*il progresso della tecnica*" o l'utilizzo della "*migliore tecnologia possibile*" le

(99) Corte cost., 27.7.1994, n. 356, in *Dir. region.*, 1994, 781, con nota di TANGARI.

(100) Corte cost., 7.11.1995, n. 482, in *Cons. St.*, 1995, II, 1927.

(101) Su esempi di questo secondo tipo, pure presenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ci si soffermerà fra breve.

(102) Corte cost., 13.5.1964, n. 40, in *Giur. cost.*, 1964, 522, con nota di L. CARLASSARE, *L'applicabilità dell'art. 113 della Costituzione agli atti normativi di autorità amministrative*.

quali sembrano presupporre la distinzione fra ordinamento tecnico e giuridico ed il rinvio del secondo al primo che ne comporta la rilevanza per il mondo del diritto (103).

Sulla stessa lunghezza d'onda è poi una sentenza del 1996 che, giudicando la legittimità costituzionale di una legge regionale in materia di pianificazione territoriale, prende in considerazione l'interesse forestale alla preservazione boschiva *“mediante l'adozione di tecniche appropriate, elaborate dalla scienze forestali e non di rado recepite in atti normativi”* (104).

In queste sentenze il giudice delle leggi individua, ancora una volta, nella tecnica un ancoraggio oggettivo e neutrale per le scelte dell'amministrazione volte a contemperare contrapposti interessi entrambe meritevoli di tutela (ad es. proprietà fondiaria – lavoro agricolo) ovvero per orientarsi nel complesso delle regole alle quali l'amministrazione deve far riferimento in campo ambientale.

Sulle caratteristiche delle norme tecniche (oggettività e neutralità, derivazione da scienze “esatte”), la Corte torna con una sentenza del 1997 nella quale, giudicando su di un conflitto di attribuzione sollevato dalla provincia autonoma di Trento nei confronti di due decreti del Ministro della sanità in materia di servizi di trasfusione, definisce come norme tecniche esclusivamente *“quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalla c.d. ‘scienze esatte o dalle arti che ne sono applicazione’* negando quindi che avessero tale caratteristica quelle sottoposte al suo esame in quanto *“volte a fissare criteri di organizzazione, ad individuare organi e procedure, a disciplinare”* (105). La sentenza giudica quindi tali disposizioni lesive dell'autonomia garantita alla Provincia di Trento proprio per la loro natura giuridica e non tecnica (106), contrariamente quindi a quanto era avvenuto nei differenti casi citati all'inizio del presente paragrafo.

Che la tecnica sia connotata da una tendenziale oggettività e neutralità (nel senso di non riguardare scelte di ponderazione di interessi) non significa però, per la Consulta, che essa ponga delle certezze immutabili, anzi, il giudice delle leggi più di una volta si mostra consapevole della relatività e mutevolezza dei risultati

(103) Corte cost., 16.3.1990, n. 127, in *Giur. cost.*, 1990, 718, sentenza interpretativa di rigetto in materia di emissioni inquinanti che giudica non fondata la questione di legittimità costituzionale di quelle norme (art. 2, n. 7 d.p.r. 24.5.1988, n. 203, in relazione al reato previsto dall'art. 674 c.p.) che consentivano al titolare di uno stabilimento industriale di non adottare la migliore tecnologia possibile per il contenimento dell'inquinamento quando ciò comportasse costi eccessivi per l'azienda, precisando tuttavia che: *“il condizionamento al costo non eccessivo dell'uso della migliore tecnologia disponibile va riferito al raggiungimento di livelli inferiori a quelli compatibile con la tutela della salute umana”*.

(104) Corte cost., 29.1.1996, n. 14, in *Giur. cost.*, 1996, 124, con nota di D. TRAINA, *Legge Galasso e tutela dei boschi*.

(105) Corte cost., 14.3.1997, n. 61, in *Giur. cost.*, 1997, 634, con nota di M. GIGANTE, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.

(106) A conclusioni simili la Corte arriva nella sentenza 7.3.1990, n. 139 (in *Giur. cost.*, 1990, 760), nella quale ritiene non possano essere inquadrate nella funzione statale di coordinamento tecnico (legittimata quindi a derogare al riparto di competenze Stato-Regioni), norme che si riferiscono all'organizzazione amministrativa o alla distribuzione del personale negli uffici regionali e provinciali.

scientifici. Così è quando la Corte ritiene superato il monopolio statale dell'attività radiotelevisiva, con conseguente liberalizzazione delle trasmissioni "su scala locale", proprio sulla base della constatazione che l'evoluzione tecnologica aveva reso disponibili per gli operatori nuove frequenze (107).

Oppure quando essa, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di norme penali contenenti definizioni scientifiche controverse, decide, con una sentenza interpretativa di rigetto, di attestarsi sull'interpretazione consolidata da parte del giudice di legittimità che non presentava incertezze nella distinzione fra due fattispecie sulle quali le ricerche scientifiche più recenti avrebbero consentito di avanzare qualche dubbio (108).

Sempre in campo penale, significativa è la tendenza a ritenere rispettata la fondamentale riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost. quando la norma primaria, nel descrivere in modo sufficientemente preciso la condotta incriminata, rimandi poi ad un atto amministrativo la specificazione tecnica dell'oggetto di essa, per tener conto della sempre mutevole evoluzione della scienza. Ciò avveniva, ad esempio, nella l. n. 1041/1954 che vietava e puniva il commercio non autorizzato di sostanze stupefacenti specificando che erano da considerarsi tali quelle che figuravano in un apposito elenco la cui compilazione ed aggiornamento erano demandati al Ministero della sanità. La Corte giudicò infondata la relativa questione di legittimità costituzionale (109), ritenendo che il precetto penale fosse interamente definito nella legge mentre l'elenco delle sostanze non poteva che definirsi in via amministrativa dato che i relativi apprezzamenti tecnici erano frutto di "*indicazioni particolareggiate che, per le variabili forme della sostanza e per le continue e rinnovate indagini cui è soggetta ... si sottraggono alla possibilità di una anticipata specificazione da parte della legge*".

In una fattispecie analoga, esaminando le norme della vecchia legge forestale (r.d. 30.12.1923, n. 3297) che attribuivano ai Comitati forestali provinciali (poi sostituiti dalle Camere di commercio) il potere di emanare norme di polizia forestale nonché di coprire le violazioni con sanzione penale (110), la Corte torna sui rapporti fra legge ed atto amministrativo generale. In tale occasione, la Corte dichiarava in via generale non fondata la questione di legittimità costituzionale di dette norme, ammettendo che "*la legge dello Stato nel comminare una sanzione*

(107) Corte cost., 28.7.1976, in *Giur. cost.*, 1976, 1267, con note di C. CHIOLA (1418), F. D'ONIO-FRIO (1424) e F. GABRIELE (1489).

(108) Corte cost., 16.4.1998, n. 114, in *Giur. cost.*, 1998, 965, con nota di L. VIOLINI, sentenza interpretativa di rigetto resa in materia di presunta incostituzionalità degli artt. 94 e 95 c.p. (in relazione agli artt. 3 e 111 cost.) laddove, in materia di ubriachezza e di uso di sostanze stupefacenti, distinguono l'abitudine dalla cronica intossicazione. Secondo F. SALMONI (op. cit., 114) la pronuncia: "*sta a significare che quando tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche vi è un contrasto, originato dalla circostanza che la scienza non conosce che risultati transitori, continuamente sottoposti a verifiche empiriche di stampo sperimentale ... è sempre il diritto che deve prevalere sulla valutazione scientifica ad esso sottostante*".

(109) Cfr. Corte cost., 19.5.1964, n. 36, in *Giur. cost.*, 1964, 483, con nota di G. AMATO, *Sufficienza e completezza delle legge penale*. Su di una questione analoga, cfr. anche Corte cost., 26.11.1964, n. 96, *ivi*, 1964, 1033, in materia di additivi chimici.

(110) Corte cost., 23.3.1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, 255, con nota di G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*.

penale può rimettersi – per la specificazione di singoli, definiti elementi della fattispecie considerata nel precetto penalmente sanzionato – ad atti non dotati di valore di legge”, censurandole però (per violazione dell’art. 25, comma 2 Cost.) in quella parte in cui demandavano “alle norme locali di polizia forestale, emanate dalle camere di commercio, di stabilire a propria scelta (non importa se entro limiti tassativi, indicati con riferimento ad un precetto generale altrimenti applicabile) le sanzioni penali applicabili ai trasgressori”. In altre parole: si alla specificazione-integrazione del precetto penale da parte della pubblica amministrazione quando esso sia già sufficientemente determinato dalla legge (carattere relativo, per questo aspetto, delle riserva di legge), no all’attribuzione alla P.A. anche del potere di fissazione della pena (assolutezza, per quest’altro verso della riserva) (111). La sentenza è importante perché – sebbene relativa a disposizioni risalenti al precedente ordinamento in cui diversi erano i rapporti fra Costituzione e legge ordinaria e fra quest’ultima e potere normativo della P.A. (circostanza che la pronuncia stessa non manca di rilevare) – fissa alcuni principi dei rapporti fra legge e “regolamento” in materia penale, ancor validi ed in qualche modo estensibili alla materia sanzionatoria in generale.

Oltre alla materia penale, abbastanza ricca ed interessante per la nostra prospettiva di indagine si presenta la giurisprudenza della Corte in materia di allegati tecnici contenuti nelle leggi con contemporanea autorizzazione da parte della norma primaria all’esecutivo alla loro modifica e/o integrazione.

Così, ad esempio, il giudice delle leggi ha più volte affrontato il problema della legittimità costituzionale del c.d. “sistema tabellare rigido” previsto per le malattie professionali e le relative lavorazioni patogene dall’art. 3 del D.P.R. 30.6.1965, n. 1124 (t.u. per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro) che autorizza a modificare o integrare “*con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministro del lavoro, di concerto con quello della sanità e sentite le organizzazioni sindacali nazionali di categoria maggiormente rappresentative*” le relative tabelle (112). Con la sentenza 10.7.1981, n. 127 (113), la Corte dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 3 del D.P.R. n. 1124/1965 proprio nella parte in cui facoltizza modifiche ed integrazioni alle tabelle ad esso allegate mediante atti di natura meramente am-

(111) La dottrina che commentò la sentenza parlò, al riguardo, di “*scissione fra precetto e pena*” (G. AMATO, *op. ult. cit.*, 267).

(112) La Corte aveva già esaminato la questione della legittimità costituzionale di un sistema di assicurazione delle malattie professionali basato sulla previsione di un numero chiuso, ancorché ampliabile in via amministrativa, di malattie professionali con la sentenza 27.6.1974, n. 206, in riferimento agli artt. 3, 35, comma 1 e 38, commi 1 e 2 Cost. (in *Giur. cost.*, 1974, 1714 ed in *Giur. it.* 1975, I, 940, con nota di M. MISCIONE). In tale occasione la Consulta, pur dichiarando la questione infondata, aveva rivolto al Governo ed al Parlamento l’invito ad andare verso “*una soluzione legislativa mista, comprendente sia le tabelle delle tecnopatie protette con l’attuale regime positivo, sia anche la possibilità, riconosciuta a tutti i lavoratori, di provare l’eziologia professionale di una malattia non compresa nelle tabelle, e di ottenere conseguentemente le prestazioni di legge.*”

(113) In *Giur. cost.*, 1981, I, 1268, con nota di A.A. CERVATI, *In tema di allegati ad un atto legislativo e delegificazione di tabelle* (ivi, 1614) ed in *Foro it.*, 1982, I, 2148.

ministrativa, anziché di natura legislativa, in riferimento agli artt. 23, 38, 76 e 77 Cost. (114).

In tale occasione il giudice delle leggi, nell'escludere che la cennata disposizione comporti *“una subdelega da parte del legislatore delegato”* (e quindi la correttezza del richiamo agli artt. 77 e 77 Cost. da parte del giudice remittente) ritenne che *“l'espedito”* usato con *“una certa proclività”* dal legislatore di *“collocare in un testo legislativo, per lo più come allegati, e perciò in aggiunta alla parte squisitamente normativa, anche dati della realtà individuati in base a criteri tecnici”* demandando *“poi all'esecutivo ... di apportare a quei dati gli aggiustamenti che l'esperienza, una più matura riflessione, il progresso tecnico, rendano consigliabili”*, *“anche se non certo irreprensibile sotto il profilo concettuale ... non può tuttavia essere dichiarato di per sé illegittimo e ... quindi, non rende a sua volta illegittimo l'atto con cui l'esecutivo modifica o integra quei dati.”* Dato che *“... non può ravvisarsi in tale metodo l'intenzione di riservare al legislatore materie che postulano valutazioni di carattere tecnico, e perciò logicamente oltre che tradizionalmente, di pertinenza dell'esecutivo.”* La Corte ricordava quindi una serie di propri precedenti che nelle più differenti materie avevano risolto in modo analogo la questione della modificabilità con atto amministrativo di allegati tecnici di leggi (115).

È interessante notare come in tali ipotesi, che la dottrina suole ricondurre al fenomeno della c.d. delegificazione (116), il ragionamento fatto dalla Corte sia assai simile alla spiegazione che viene data per il fatto che in determinate materie (quali la banca e la finanza) la legge si limiti, per lo più, a fissare dei principi (ancorché spesso con un certo grado di specificazione) mentre la normativa di dettaglio sia *“delegata”* alle autorità di settore depositarie delle relative conoscenze tecniche. Evidente è, comunque, la diversità dei casi esaminati dalla Corte rispetto al tipo di normazione che caratterizza i settori bancario e finanziario. In quelle ipotesi è la legge stessa che contiene una prima fissazione di alcuni parametri tecnici, conferendo poi all'amministrazione il potere di variare il loro contenuto. Nei t.u. della banca e della finanza, invece, come già d'altronde nella l.b. del 1936-38,

(114) Va tuttavia rammentato che, con successiva sentenza, 18.2.1988, n. 179, la Corte costituzionale, non avendo il legislatore accolto il proprio invito a prevedere un sistema *“misto”*, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1 D.P.R. n. 1124/1965, nella parte in cui non prevede che *“l'assicurazione contro le malattie professionali nell'industria è obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegate ... purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro”*.

(115) Fra le quali, C. Cost. 15.7.1959, n. 43, sui decreti ministeriali modificativi delle competenze territoriali dei Commissari per gli usi civici (in *Giur. cost.*, 1959, 715, con nota di V. CRISAFULLI, *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti “con forza di legge”*; ID., 10.5.1963, n. 61, sulla fissazione, con decreto ministeriale, delle località e delle categorie professionali ai fini del riconoscimento del sussidio di disoccupazione, *ivi*, 1963, 536, con nota di C. ESPOSITO, *Sugli atti ministeriali aventi forza di legge*; ID., 22.6.1976, n. 139, sul d.p.r. di approvazione delle tariffe professionali di ragionieri e periti commerciali, *ivi*, 1976, n. 953.

(116) In tal senso, A.A. CERVATI, *In tema di allegati ...*, cit., 1620; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 142.

è il legislatore che conferisce alle autorità di controllo una chiara attribuzione a disciplinare con la normativa secondaria, ampi aspetti della materia (117).

Significativa è, in proposito la circostanza, che un percorso argomentativo analogo venga compiuto dalla Corte per giustificare la modifica delle norme sulla circolazione stradale tramite atti amministrativi generali (118).

Altro aspetto da evidenziare è come, nella giurisprudenza costituzionale, la tendenziale oggettività e neutralità della tecnica ed il fatto che essa riduca la discrezionalità dell'amministrazione a mero apprezzamento, consenta di ritenere rispettata la riserva di legge prevista per determinate materie quando si è in presenza di una norma primaria meramente attributiva del potere e la disciplina concreta del settore è invece demandata ad atti sub-primari (di natura regolamentare o meno) nella cui formazione è previsto l'intervento obbligatorio (sotto forma di parere vincolante o di adozione dell'atto stesso) di organi ad elevata competenza tecnica. Così, in materia di disciplina dei prezzi (119), la riserva di legge prevista dall'art. 41, comma 2 Cost. è rispettata tenuto conto del fatto della qualità tecnica dei componenti degli organi preposti alla relativa disciplina e del fatto che alla fissazione dei prezzi si giunge in base a dati elaborati dall'ISTAT dopo un'accurata istruttoria tesa ad accertare i costi di produzione, le condizioni di mercato e i fattori che operano sulla determinazione dei prezzi (120).

È interessante notare come i principi esposti in tale sentenza ben si adattino al tipo di assetto normativo del settore bancario e di quello finanziario, caratteriz-

(117) Cfr. ad esempio, gli artt. 53 t.u.b. e 6 t.u.f. A proposito di una certa continuità fra l'impianto di attribuzione di poteri normativi alle autorità di controllo fra la legge bancaria del 1936-38 e il t.u.b. del 1993, può essere interessante notare come l'accentramento in capo alla Banca d'Italia, in qualità di Organo tecnico, della gran parte dei poteri di vigilanza (inclusi quelli di carattere normativo, da esercitarsi peraltro conformemente alle delibere del CICR) sulla base dell'impianto della l.b., formò oggetto di approfondito dibattito in sede di lavori per l'Assemblea costituente sul nuovo assetto istituzionale del credito. Su di esso sia consentito il rinvio a E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, 66 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(118) Corte cost. 27.3.1962, n. 31, in *Giur. cost.*, 1962, 248 la quale ha ritenuto che una norma del previgente codice della strada che conferiva all'autorità amministrativa il potere di accordare deroghe alle disposizioni in essa contenute, non attribuisse alla P.A. "funzioni di carattere legislativo, ma competenza amministrativa al fine di soddisfare esigenze particolari del settore agricolo, valutabili, per la loro natura, secondo criteri tecnici contingenti".

(119) Sulla quale, come si è visto nel precedente paragrafo, non a caso aveva avuto modo di pronunciarsi anche la giurisprudenza amministrativa.

(120) Cfr. Corte cost., 25.6.1957, n. 103, in *Giur. cost.*, 1957, 976; ID., 9.4.1969, n. 72, *ivi*, 1969, 1070, con nota di F. LEVI (in materia di determinazione delle tariffe telefoniche da parte del C.I.P.); ID., 29.3.1984, n. 79, *ivi*, 1984, 470, dove la Corte ritiene che le caratteristiche degli elementi tecnici che portano alla determinazione dei prezzi siano tali da escludere la violazione del principio di uguaglianza; ID., 19.6.1998, n. 215, *ivi*, 1998, 1701, con nota di MANETTI, sull'approvazione da parte del C.I.P. delle tariffe, dei premi e delle condizioni generali di polizza per l'assicurazione R.C. auto. Per l'applicazione di tale principio in altri settori, cfr. Corte cost., 4.7.1957, n. 122, in *Giur. cost.*, 1957, 1101, sul potere del Ministro dei lavori pubblici di determinare il perimetro dei bacini imbriferi montani ai fini della determinazione del sovraccanone di derivazione; ID., 6.6.1963, n. 93, *ivi*, 1963, 774, sull'istituzione di uno speciale diritto a favore dei di produzione di acque minerali; ID. 18.3.1965, n. 16, *ivi*, 1965, 169, sull'aggiornamento delle rendite catastali.

zati da leggi di principi e da un conferimento alle autorità di controllo di ampie deleghe di normativa secondaria.

D'altronde, pure in materia prestazioni patrimoniali imposte ex art. 23 Cost., la giurisprudenza delle Corti ritiene che la riserva di legge sia rispettata anche quando criteri, limiti e controlli non risultino direttamente dalla legge ma siano desumibili dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la misura e dalla destinazione delle prestazioni stesse (121).

Problemi di mancato rispetto della riserva (anche relativa) di legge possono invece porsi quando il legislatore si limiti ad indicare genericamente i fini da perseguire senza tuttavia specificare mezzi da impiegare e i criteri da seguire per il loro raggiungimento, rilasciando così una sorta di delega in bianco all'amministrazione inidonea a delimitarne la discrezionalità (122).

Un notevole contributo alla sindacabilità delle scelte tecniche della P.A. viene poi dalla sentenza della Corte costituzionale 23.4.1987, n. 146 con la quale vengono dichiarati illegittimi, per violazione degli artt. 3 e 24, 1° e 2° comma, Cost., gli art. 44, 1° comma, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. leggi Cons. St.), 26 r.d. 17 agosto 1907, n. 642 (Regol. proc. sez. giurisdiz. Cons. St.) e 7, 1° comma, l. TAR, nella parte in cui, nelle controversie di pubblico impiego, riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentono l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli art. 421, commi 2 a 4, 422, 424 e 425 c.p.c. (123). Tale pronuncia finisce, come si vedrà fra breve, per anticipare quegli interventi del legislatore che, di lì a poco, avrebbero esteso la possibilità di fare ricorso ai mezzi di prova previsti dal c.p.c. (ed, in particolare alla C.T.U.) a tutte le materie oggetto di giurisdizione esclusiva.

6. La svolta giurisprudenziale e legislativa: la C.T.U. nel processo amministrativo.

La svolta della giurisprudenza amministrativa in materia di sindacabilità della discrezionalità tecnica della P.A. si colloca alla fine degli anni novanta del secolo ormai trascorso.

(121) Corte cost., 5.5.1988, n. 507, in *Foro it.*, 1988, I, 2098, in materia di istituzione dei diritti per i servizi di borsa; ID., 16.5.1994, n. 182, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2430, sulla partecipazione di province e comuni alle spese per la realizzazione di opere portuali; ID., 31.5.1996, n. 180, in *Giur. cost.*, 1996, 1664, con note di L. ANTONINI e M. BERTOLISSI, in materia di determinazione da parte della Regione delle tariffe per il rilascio di pareri igienico-sanitari da parte delle USL, ID., 22.7.2005, n. 303, in *Foro it.*, 2005, I, 2617, sul potere conferito al Governo di individuare i soggetti passivi dell'imposta sulle scommesse ippiche.

(122) Corte cost., 24.6.1961, n. 35, in *Giur. cost.*, 1961, 629, con nota di V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, che dichiara l'incostituzionalità della l. 7.7.1959, n. 490 sulla coltivazione e cessione della barbabietola all'industria zuccheriera (in quanto non rispettosa della riserva di legge prevista dall'art. 41, comma 2 Cost.) che attribuiva ai Ministeri dell'agricoltura e dell'industria la potestà di fissare i programmi ed i controlli per il settore limitandosi ad indicare genericamente i fini.

(123) In *Foro it.*, 1987, I, 1349, con nota di BARONE; *Riv. dir. proc.*, 1987, 704, con nota di VERDE; *Foro amm.*, 1987, 1341, con nota di VACIRCA.

Un primo contributo ad un più penetrante controllo di legittimità sulle scelte dell'amministrazione permeate di discrezionalità tecnica viene dal legislatore con il d. lgs. 31.3.1998, n. 80 che, istituendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per una serie di materie riconducibili all'ampio genere (seppur non sempre correttamente inteso) dei "pubblici servizi" (art. 33) (124), consente esplicitamente a tale giudice, in dette materie, di conoscere di domande di risarcimento del danno ingiusto, pronunciando le relative sentenze di condanna anche in forma specifica (art. 35, comma 1) (125) e di "*disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento.*" (art. 35, comma 3). Va poi ricordato come, in seguito, l'art. 7, comma 3, lett. c) della l. n. 205/2000 abbia modificato il cennato art. 35 prevedendo che il giudice amministrativo possa disporre la C.T.U. in tutte le materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva e non solo quelle relative alle materie originariamente indicate. L'art. 16 della l. n. 205/2000, modificando l'art. 44 del R.D. n. 1054/1924 (t.u. Cons. St.) – che già disciplinava la verifica (126) – ha infine introdotto la possibilità di disporre la C.T.U. anche nei giudizi di legittimità in genere (127).

Tali disposizioni erano state tuttavia precedute, come si è appena ricordato, sia dalla sentenza della Corte cost. n. 146/1987 che aveva comportato la possibilità di fare ricorso ai mezzi di prova previsti dal c.p.c. per le cause di pubblico impiego (che il legislatore del d. lgs. n. 80/1988 attribuisce invece al giudice ordinario) che da una giurisprudenza anticipatrice del giudice amministrativo.

In particolare, il TAR Lombardia, sez. III, con la sentenza 10.4.1996, n. 458, decideva che "*L'istituto della consulenza tecnica prevista dal codice di rito deve ritenersi ammissibile nelle materie rientranti nella competenza esclusiva del giudice amministrativo, laddove il detto mezzo di prova risulti indispensabile per accertare la sussistenza o meno del diritto avanzato dal*

(124) Fra le quali vengono esplicitamente elencati "*quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare*". Com'è noto, su tali disposizioni interveniva la Corte costituzionale che le dichiarava in parte illegittime per eccesso di delega (sent. 17.7.2000, n. 292), poi la l. 21.7.2000, n. 205 (che con l'art. 7 riscriveva le disposizioni tenendo conto della pronuncia della Consulta) e, successivamente, ancora la Corte cost. con sentenza 6.7.2004, n. 204.

(125) A tale previsione fa da "pendant" la nota Cass., sez. un., 22.7.1999, n. 500 che ammette la risarcibilità degli interessi legittimi.

(126) Istituto sul quale cfr., sinteticamente *infra* nt. 146.

(127) Da queste disposizioni la dottrina trae lo spunto per qualificare il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica come intrinseco. Cfr., al riguardo, F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371 e L. IEVA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in *TAR*, 2001, II, 241. Sull'argomento cfr. anche T. NICOLAZZI, *Consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.* – *TAR*, 2003, 3412.

ricorrente” (128). Tale pronuncia faceva significativamente riferimento all’art. 6 della Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo (CEDU), affermando la necessità di garantire costantemente la parità delle posizioni processuali delle parti in causa consentendo a ciascuna di esse di far valere le proprie pretese attingendo ad un adeguato regime probatorio. Questo orientamento viene confermato dal TAR Lombardia con la sentenza 12.5.1997, n. 586 relativa ad una causa nella quale veniva in considerazione la necessità di verificare la congruità delle giustificazioni addotte dalle imprese concorrenti ad una gara di appalto circa l’anomalia delle loro offerte (129), la quale, nel richiamare il proprio precedente ed il principio del giusto processo sancito dall’art. 13 della CEDU (130), esplicitamente affermava che *“la circostanza che si verta nella specie in tema di discrezionalità tecnica non esclude l’ammissibilità di tale mezzo di prova”*.

Sempre dalla giurisprudenza amministrativa giungeva inoltre la constatazione che *“In materia di discrezionalità tecnica ... le più aggiornate e sofisticate acquisizioni scientifiche vanno restringendo sul terreno conoscitivo l’ambito degli esiti incerti ed opinabili per allargare corrispondentemente quello dei risultati certi e verificabili; con l’innalzamento del livello di verificabilità degli atti conoscitivi, sotto il profilo sia qualitativo che quantitativo, corrispondentemente si espande anche il potere di cognizione del giudice della legittimità, per tutto quanto più non incida la sfera di discrezionalità delle valutazioni della p.a.”* (131). Si sottolineava inoltre: la necessità di una motivazione rigorosa anche per i provvedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica (132); la sindacabilità dell’esercizio della discrezionalità tecnica sotto il profilo dell’eccesso di potere (133); la particolare importanza che, anche per gli atti esercizio di discrezionalità tecnica, sia rispettata la regola generale di garanzia introdotta dall’art. 7 della l. n. 241/1990 che impone l’obbligo di comunicare all’interessato l’avvio del procedimento (134), dato che *“l’apporto partecipativo del destinatario dell’atto*

(128) La pronuncia, relativa verifica delle caratteristiche previste dalla legge per la concessione del contributo regionale in materia di risparmio energetico di un progetto edilizio, è edita in *Giust. civ.*, 1996, I, 3060. Lo stesso giudice, con sentenza 20.8.1996, n. 1319 (in *Foro amm.*, 197, 845), giungeva alle medesime conclusioni in una controversia inerente l’accertamento di una infermità di un dipendente pubblico da causa di servizio e nella sentenza 11.4.1996 n. 463 in materia di giudizio sulla legittimità del diniego di assunzione di vincitore di concorso a posti di vigile urbano, motivato con la sua inidoneità psichica al porto di armi da fuoco. Come risulta da queste pronunce, le materie del riconoscimento della “causa di servizio” (sulla quale interverrà un’importante sentenza del Consiglio di Stato che verrà esaminata fra breve, che segnerà un punto di svolta giurisprudenziale) e quella dei concorsi per l’ammissione al pubblico impiego, costituiscono campi privilegiati per la manifestazione della problematica della discrezionalità tecnica. Non potendo in questa sede soffermarsi approfonditamente su di essi, sia consentito il rinvio a M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, rispettivamente, 261 ss. (per la “causa di servizio”) e 133 ss. (per il pubblico impiego), con aggiornati e sistematici riferimenti giurisprudenziali.

(129) In *Foro amm.*, 1997, 1725, con nota di L. R. PERFETTI.

(130) Principio che, di lì a poco, sarebbe stato formalmente inserito anche nell’art. 111 della Costituzione ad opera della l. cost. 23.11.1999, n. 2.

(131) TAR Sicilia, Catania, 23.4.1996 n. 656, in *Giust. amm. sic.*, 1996, 254

(132) Cons. St., sez. VI, 1.3.1996 n. 287; *Cons. St., sez. V*, 14.6.1996 n. 705.

(133) Cons. St., sez. IV, 8.9.1997 n. 955.

(134) TAR Lazio, sez. II, 16.9.1998 n. 1428, in *TAR*, 1998, I, 3565.

finale, in quanto le determinazioni costituiscono la risultante dell'applicazione di tecniche a conoscenza di tutti gli operatori del settore o della qualificazione di fatti dei quali l'amministrazione può avere una conoscenza solo parziale o erronea ... può essere particolarmente utile" (135).

È interessante notare come, sul punto del controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica, si pronunciava anche la Corte di giustizia Ce la quale, riteneva che *"Il diritto comunitario non impone agli stati membri di istituire un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali di revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio di specialità medicinali, che consenta ai giudici nazionali competenti di sostituire la loro valutazione degli elementi di fatto, e in particolare dei mezzi di prova scientifica sui quali è basata la decisione di revoca, a quella delle autorità nazionali competenti in materia di revoca delle autorizzazioni."* (136). La Corte di Giustizia quindi, sulla base del principio del parallelismo fra la tutela giurisdizionale comunitaria e nazionale (137), esclude che possano esser considerati in contrasto con il diritto comunitario quegli ordinamenti nazionali che riservano alcune valutazioni alla discrezionalità (tecnica) dell'autorità amministrativa consentendo su di esse al giudice un mero controllo estrinseco di legittimità, atteso che il sindacato dello stesso giudice comunitario si basa esclusivamente su di un vaglio di questo tipo (138).

(135) Cons. giust. amm. sic., 26.4.1996 n. 110, in *Giust. amm. sic.*, 1996, 55.

(136) Sentenza 21.1.1999 (causa n. 120/97), relativa ad una controversia inglese che vedeva contrapposte un'industria farmaceutica e la *Licensing Authority*, edita in *Giur. it.*, 1999, 384, con nota di M. PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario* ed in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1999, 495, con nota di R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrolldichte)*, nella quale vi è anche una breve rassegna sul sindacato giurisdizionale sull'attività della P.A. nei principali ordinamenti europei (517 ss.). Su tale sentenza cfr. anche F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio ...*, cit., 2386 ss. In tale occasione la Corte di giustizia richiamava la propria giurisprudenza secondo la quale *"... un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare la correttezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale. ... Pertanto, il diritto comunitario non impone che gli stati membri istituiscano un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali di revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio ... comportante un controllo più ampio di quello esercitato dalla Corte in casi analoghi."* (cfr. parr. 34-35. ss.).

(137) Sul quale cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, 510

(138) Anche la giurisprudenza comunitaria appare tuttavia molto legata alle peculiarità del caso concreto. In una diversa fattispecie era stato infatti ritenuto che, quando la Commissione deve verificare le ragioni tecniche adottate dall'autorità amministrativa dello Stato membro, è possibile utilizzare la C.T.U. ed allegare le sue risultanze agli atti del procedimento: Corte giust. C.E. 18.5.1995 causa C-57/94 (Commissione contro Stato italiano). Per alcuni significativi precedenti sulla tipologia del controllo giudiziale della Corte di giustizia sulle valutazioni economiche complesse della Commissione, tendenzialmente limitato alla verifica delle rispetto delle norme procedurali ed al vaglio della motivazione e dell'esattezza materiale dei fatti (al fine di escludere l'esistenza di un errore manifesto o di uno sviamento di potere), cfr. le sentenze 11.7.1985, in causa C-42/84, *Remia* (punto 34) e 17.11.1987, in cause riunite n.ri 142/84 e 156/84, *BAT e Reynolds*, (punto 62). Per ulteriori riferimenti in materia di giurisprudenza comunitaria, cfr. anche M. ASPRONE, M. MARSICA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 46 ss.

È in questo quadro che si colloca la nota sentenza della sez. IV del Consiglio di Stato del 9.4.1999, n. 601 la quale, innovando rispetto all'orientamento sino ad allora prevalente, afferma chiaramente che il giudice amministrativo può sindacare la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, oltre che per i profili estrinseci, anche verificando l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (139). Il supremo consesso di giustizia amministrativa, in questa occasione, in base alla premessa che *“La c.d. ‘discrezionalità tecnica’ ... è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su di un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta”*, ritiene che sia *“ragionevole l'esistenza di una ‘riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale.”*. Quindi: *“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 ...”* (140).

È interessante notare come il Consiglio di Stato, pur traendo dall'esperibilità della C.T.U., introdotta per le materie di giurisdizione esclusiva, un argomento favorevole alla possibilità di un controllo intrinseco sulla discrezionalità tecnica in sede di legittimità, nel caso di specie ritenga il provvedimento impugnato viziato per illogicità ed errore nei presupposti *“senza necessità di consulenza tecnica d'ufficio”*. E, sebbene la pronuncia sia relativa ad un caso di pubblico impiego (materia per la quale la possibilità di avvalersi di una C.T.U. era stata già ammessa dalla citata sentenza della Corte cost. n. 146/1987), essa non sembra stabilire uno stretto legame di interdipendenza fra materie di giurisdizione esclusiva e possibilità di un sindacato più penetrante sugli apprezzamenti tecnici della P.A.

Questa sentenza viene salutata in modo generalmente positivo dalla dottrina che ne evidenzia *“la straordinaria novità”* dato che *“l'affermazione della pienezza del sindacato nel valutare la regola tecnica in modo discrezionale completa un percorso di innovazione giudiziale e normativa che anticipa interventi riformatori”*.

(139) La pronuncia – che annulla, ritenendolo *“del tutto inadeguato”*, un provvedimento, che aveva escluso la causa di servizio per l'infermità derivante da infarto per un magistrato di cui era stato documentato lo svolgimento di un'attività particolarmente impegnativa e stressante, motivato in base alla sola la preesistenza di fattori di rischio – è edita in *Foro amm.*, 2000, 422, con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*; *Dir. proc. amm.*, 2000, 182, con note di M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* (185) e di P. LAZZARA, *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive* (212); *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179, con nota n. D. DE PRETIS e *Foro it.*, 2001, III, 9, con nota di A. TRAVI.

(140) Si può notare come in queste affermazioni del Consiglio di Stato riecheggino chiaramente l'insegnamento di quella dottrina dianzi esaminata (in particolare Cammeo e Bachelet) favorevole ad una limitazione della sfera di attività riservata dell'amministrazione ed ad un suo più ampio assoggettamento al controllo giudiziale anche in sede di legittimità.

matori più volte annunciati e mai realizzati” (141) e il fatto che, con essa, il Consiglio di Stato propenda per un sindacato intrinseco (cioè basato non più, come quello estrinseco, “*sulle massime di esperienza proprie del sapere comune*” ma sulle “*cognizioni tecniche, proprie del sapere specialistico*”) e diretto in quanto “*esercitato sulla correttezza della valutazione, intesa come prodotto, risoluzione concreta della questione tecnica in esame*”, in contrapposizione a quello indiretto che ha ad oggetto “*solo il ragionamento, le argomentazioni dell’Autorità e la loro coerenza e correttezza in base alle risultanze procedurali*” (142).

Al riguardo sembra interessante notare come l’emergere di questo nuovo orientamento appaia facilitato da un atteggiamento abbastanza aperto tenuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione ai sensi degli artt. 111, comma 8 (ex 3°) Cost. e 362 c.p.c. (143).

La prevalente giurisprudenza amministrativa si adegua prontamente al nuovo indirizzo. Nelle pronunce successive si rinvengono infatti sempre, più spesso, affermazioni del tipo “*L’esercizio della discrezionalità tecnica, quando si sostanzia in un profilo di ricostruzione del fatto alla stregua di regole scientifiche certe o altamente probabili si traduce, in realtà, nel compimento di un vero e proprio accertamento tecnico; se gli apprezzamenti dell’amministrazione, viceversa, non sono assistiti dalla nota della certezza tipica delle scienze causalistiche, l’amministrazione prima, ed il giudice poi, sono chiamati a rendere concreto il contenuto di concetti giuridici indeterminati; anche in questo caso, però, ferma restando per il giudice amministrativo l’impossibilità di attingere direttamente l’opportunità della scelta effettuata per la miglior cura dell’interesse pubblico, l’esercizio della discrezionalità tecnica quando si sostanzia in un rilevante profilo di ricostruzione del fatto può essere conosciuto dal giudice amministrativo nell’esercizio dei poteri istruttori disegnati dalla legge secondo il tipo di posizione soggettiva coinvolta nel processo.*” (144). In alcune pronunce sembrano

(141) Così L. PERFETTI, *op. cit.*, 425.

(142) In tal senso M. DEL SIGNORE, *op. cit.*, 199 ss.

(143) Cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 5.8.1994 n. 7261, non a caso citata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 601/1999, secondo la quale “... *l’eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell’art. 111, 3° comma, cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l’indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell’opportunità e convenienza dell’atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell’annullamento, esprima una volontà dell’organo giudicante che si sostituisce a quella dell’amministrazione; con la conseguenza che l’indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato...*”, in senso analogo anche Cass., sez. un., 22.9.1997 n. 9344.

(144) Così Cons. St., sez. IV, 25.7.2001, n. 4082, in *Giust. amm.*, 2001, 946, relativa ad una fattispecie di valutazione dell’anomalia delle offerte nell’ambito di una gara di appalto, la quale torna (precisandone meglio i contorni) sui concetti di “sindacato forte” e “sindacato debole”. Sempre in tema di valutazione dell’anomalia di un’offerta in sede di gara di appalto, cfr. Cons. St., sez. V, 5.3.2001, n. 1247, in *Foro it.*, 2003, III, 159, con nota di VIDETTA, che è probabilmente la prima ad utilizzare le espressioni “sindacato forte” e “sindacato debole” e secondo la quale “*Il giudizio sull’anomalia di un’offerta è una valutazione tecnico-discrezionale riservata all’amministrazione sindacabile dal giudice solo nel caso di palesi errori di fatto o di evidenti contraddizioni logiche.*”. Nello stesso senso Cons. St., sez., V, 5.4.2005, n. 1563; Cons. St., sez. VI,

richeggiare gli insegnamenti del Giannini – sulla necessità (e ad un tempo la difficoltà) di distinguere fra il momento conoscitivo (giudizio tecnico) e quello volitivo (scelta amministrativa discrezionale) – e viene evidenziata l'importanza che l'introduzione, da parte del legislatore, del mezzo istruttorio della CTU nel processo amministrativo ha avuto nello spingere il giudice verso un controllo sostanziale delle valutazioni tecniche della P.A. (145).

Nello stesso tempo, anche la dottrina inizia a valutare gli effetti che l'introduzione della C.T.U. è suscettibile di produrre nel processo amministrativo anche comparando le caratteristiche di tale istituto con quello della verifica, già noto ed utilizzato dal giudice dell'amministrazione (146).

3.5.2002, n. 2334, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2002, 487, secondo cui “*compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti.*”, secondo la quale, tuttavia, qualora la regola tecnica non sia univoca, essendo altrettanto valide diverse soluzioni tecniche, il giudice e il c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'amministrazione che sia pervenuta ad una soluzione che, ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica. In tal senso cfr. anche Cons. St., sez. IV, 21.5.2008, n. 2404 e, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 20.4.2009, n. 2384, secondo la quale, inoltre “*a fronte di un giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile, per sconfessare tale giudizio non è sufficiente sostituire un giudizio opinabile con uno altrettanto opinabile; o avanzare dubbi o elementi di incertezza, dovendosi invece dimostrare, con dati numerici certi, quali sono gli errori oggettivamente commessi dalla stazione appaltante, e quale è l'esatto importo delle voci di prezzo anomale, e la loro percentuale di incidenza sull'importo complessivo dell'appalto. La dedotta inattendibilità complessiva dell'offerta, deve essere dimostrata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili, e non in via di mere presunzioni.*”.

(145) Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, in *Giur. it.*, 2002, 1084, con nota di MIRATE e in *Foro it.*, 2002, III, 414, con nota di GIARDINO (concernente un provvedimento di autorizzazione al disboscamento, a fini edificatori, di un terreno gravato da vincolo idrogeologico), secondo la quale “*Il consolidato principio, fondato sull'equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, va rivisto alla luce del distinguo (peraltro, non sempre nettamente marcato) tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici che l'amministrazione è tenuta a formulare con sempre maggiore frequenza ed il profilo della opportunità amministrativa, che involge la determinazione finale: il primo aspetto sarebbe interamente attratto, senza limiti preconfezionati, nella cognizione del giudice (come pare confortato dalle innovazioni processuali di cui all'art. 16 l. 21 luglio 2000 n. 205, in tema di consulenza tecnica d'ufficio), che potrebbe pertanto sostituire il proprio giudizio opinabile al giudizio opinabile dell'amministrazione; il secondo, invece, poiché inerisce (solo esso) al merito dell'azione amministrativa, sarebbe del tutto estraneo ai poteri d'indagine del giudice.*”

(146) Sull'importanza della C.T.U. quale strumento per il controllo giudiziale sulle valutazioni tecniche della P.A., cfr. M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo ...*, cit., 203 ss. che la raffronta appunto anche con il la verifica, già prevista dall'originario testo dell'art. 44, comma 1 t.u. Cons. St. del 1924 (ivi, 205 s. con ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali). Sulla differenza fra C.T.U. e verifica – consistente essenzialmente nell'essere la seconda affidata alla stessa Amministrazione e non, quindi, ad un soggetto terzo ed imparziale – cfr. anche F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2008, 1351 ss.; L. IEVA, *La consulenza tecnica ...*, cit., 242 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 84. È interessante notare come l'istituto processuale della verifica, ancorché recessivo da quando la possibilità di disporre la C.T.U. è stata generalizzata, sia ancora in concreto utilizzato. Da segnalare, ad esempio, Cons. giust. amm. sic., 11.3.2005, n. 146, in *Foro it.*, 2005, III, 700, la quale ha ritenuto “*legittima la sentenza di primo grado fondata su una verifica (anziché su una consulenza tecnica) affidata ad una struttura sanitaria facente parte della stessa amministrazione militare a cui appartiene l'organo autore del provvedimento impugnato, atteso che la scelta dei mezzi di prova attiene alla piena disponibilità del giudice amministrativo e che, comunque, l'imparzialità del soggetto verificatore è garantita dall'utilizzo dei mezzi e strumenti della tecnica medico-legale per loro natura neutrali.*”. Secondo tale impostazione, quindi, più le regole tecniche da applicare sono oggettive e neutrali (in altre parole più esse appartengono a discipline che utilizzano scienze “esatte”) più i due “mezzi probatori” (verifica e C.T.U.) possono essere riguardati come fungibili. Interessante è an-

Sempre più ricorrente è, comunque, nella giurisprudenza l'affermazione secondo la quale il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici non deve essere limitato *“al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma soprattutto alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza, circa il criterio tecnico e il procedimento applicativo”* (147) accanto all'indicazione che, proprio al fine di consentire, un vaglio sostanziale da parte del giudice *“l'esercizio della discrezionalità tecnica deve essere adeguatamente motivato”* essendo *“suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, da parte del giudice amministrativo, sia per vizi logici, sia per errore di fatto, sia per travisamento dei presupposti, sia per difetto di istruttoria, sia, infine, per cattiva applicazione delle regole tecniche.”* (148).

Così, accanto all'affermazione, ormai prevalente, secondo la quale *“la discrezionalità tecnica non può essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo”* (149), l'attenzione della giurisprudenza inizia a concentrarsi sulla distinzione fra i diversi tipi di valutazioni tecniche operate dall'autorità amministrativa. Ritorna così sovente la distinzione, sulla quale la dottrina e la giurisprudenza risalenti si erano a lungo soffermate, fra meri accertamenti tecnici (come, ad esempio, quelli riguardanti l'idoneità fisica dei partecipanti ai concorsi per un pubblico impiego) – per i quali l'accesso al fatto da parte del giudice (eventualmente tramite la C.T.U.) non può che essere pieno ed incondizionato (150) – e discrezionalità tecnica vera e propria per la quale può invece porsi un problema più delicato dei tipo e dei limiti ai quali il sindacato del giudice deve sottostare per non impingere in valutazioni che sono riservate all'amministrazione.

La giurisprudenza tenta così di distinguere natura ed intensità del sindacato *“... in relazione alla natura del giudizio tecnico espresso nel caso particolare ed allo stato epistemologico della scienza applicata (il che comporta la necessità di modulare il controllo giudiziario in modo più o meno penetrante a seconda della controllabilità del giudizio, secondo i dettami della scienza applicata), in guisa che si avrà un sindacato forte, in presenza di una discrezionalità tecnica ordinaria, e un sindacato debole, a fronte di una discrezionalità tecnica pura o*

che TAR Abruzzo, L'aquila, 29.1.2003, n. 13, in *Giust. amm.*, 2003, 204, che – disponendo la verifica da parte di un professore universitario ordinario del punteggio attribuito da una commissione di concorso ad una prova scritta e ritenuto più attendibile, in ragione della superiore qualificazione professionale, il giudizio del cattedratico che si discostava di molto in positivo rispetto alla valutazione della commissione – giunge con tale strumento a risultati analoghi alla CTU. Per una CTU affidata ad un tecnico di livello universitario per la verifica delle metodologie e delle apparecchiature relative alla fornitura di test diagnostici, cfr. Cons. St., sez. IV, 30.9.2002, n. 5026, in *Rass. dir. farmac.*, 2003, 503.

(147) Cons. St., sez. IV, 30.7.2002, n. 4071, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2002, 1659. Nello stesso senso: ID., sez. VI, 29.11.2002, n. 6575, *ivi*, 2981; ID., 10.3.2004, n. 1213, in *Cons. St.*, 2004, I, 547; ID., sez. IV, 2.11.2004, n. 7076, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 3133.

(148) Cons. St., sez. VI, 1.3.2002, n. 1259, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2002, 704.

(149) Cons. St., sez. V, 23.3.2004, n. 1554 in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 847; ID., sez. VI, 7.11.2005, n. 6152, *ivi*, 2005, 3360; Cons. giust. amm. sic., 29.1.2007, n. 12, *ivi*, 2007, 299.

(150) Cons. St., sez. IV, 25.7.2003, n. 4251, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2003, 2199 (relativa all'accertamento di idoneità in sede di arruolamento militare); ID., 30.6.2004, n. 4811, *ivi*, 2004, 1724, anch'essa concernente un accertamento di idoneità fisica in sede di concorso per impiego pubblico.

assoluta (quest'ultima riconducibile a c.d. merito amministrativo); da ciò deriva che se quella discrezionalità – che si manifesta attraverso i giudizi espressi in base alle c.d. scienze sociali, connotate da un'ampia componente di giudizi valoriali opinabili – comporta un necessario self restraint da parte del giudice amministrativo (che può solo verificare la logicità, congruità e ragionevolezza delle statuizioni amministrative e correttezza della loro motivazione, ma non sostituire con i propri giudizi di merito le valutazioni effettuate in sede amministrativa), non v'è dubbio che tale limite non sussiste nei confronti dei giudizi tecnici, per loro natura, connotati da un maggior grado di estrinseca controllabilità” (151).

Nel campo dell'urbanistica e delle opere pubbliche, ad esempio trovasi affermato che *“la valutazione di impatto ambientale non costituisce un mero giudizio tecnico ma presenta profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo; sfugge, pertanto, al sindacato giurisdizionale la scelta discrezionale dell'amministrazione di non sottoporre i beni di primario rilievo costituzionale dell'integrità ambientale e della salute collettiva ad ulteriori fattori di rischio che, in relazione alle peculiarità dell'area, possono comportare la possibilità, non dimostrabile in positivo ma neanche suscettibile di esclusione, di eventi lesivi.” (152).*

Per quanto riguarda le scelte urbanistiche degli enti territoriali, la giurisprudenza tende piuttosto a sottolineare come discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica siano strettamente connesse. Così, ad esempio, per quanto riguarda i canoni estetici da osservarsi nella realizzazione delle costruzioni è stato affermato che *“l'esercizio della sfera di discrezionalità tecnica che residua all'amministrazione deve essere sostenuta da una specifica ed adeguata motivazione che, dopo aver individuato gli aspetti di pregio architettonico, paesaggistico e ambientale della zona, dia conto della regola di indirizzo individuata per il caso concreto” (153).* Interessante è anche, in giurisprudenza, la distinzione *“tra l'urbanistica e l'edilizia”* che *“sta, oltre che ovviamente nella diversità degli oggetti che sono disciplinati dalle norme, nel carattere dei rispettivi procedimenti: gli strumenti urbanistici generali e le relative varianti danno luogo ad un procedimento complesso, ad elevata discrezionalità (154), mentre la concessione*

(151) Cons. St., sez. VI, 7.11.2005, n. 6152, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2005, 3360, relativa a un caso di misurazione dell'altezza di un candidato a prove concorsuali.

(152) Cons. St., sez. VI, 4.4.2005, n. 1462, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2005, 1163; sempre nel senso dell'insindacabilità della V.I.A. in sede di legittimità, Cons. St., sez., IV, 22.7.2005, n. 3917, in *Cons. St.*, 2005, I, 1247.

(153) Cons. St., sez. VI, 29.5.2006, n. 3243, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2006, 1573. Sulla natura mista della discrezionalità che l'amministrazione esercita nel concedere un nullaosta paesaggistico per la realizzazione di un impianto di produzione di energia eolica, cfr. TAR Sicilia, sez. II, 4.5.2007, n. 1252, in *Guida enti loc.*, 2007, n. 26, 82, con nota di MARZARI.

(154) Sulla natura della discrezionalità utilizzata dall'ente territoriale nella definizione e nella gestione dei piani urbanistici, interessante è anche TAR Sicilia, sez. II, 9.7.2007 n. 1776, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 3283 (solo massima) secondo la quale: *“non può, infatti, non convenirsi con l'insegnamento di quella autorevole dottrina che ha rilevato come il problema della razionale utilizzazione del territorio non sia quello economico di ottenere una compensazione fra vantaggi del proprietario e danni della collettività, ma quello sociale di ottenere risultati congrui rispetto all'interesse generale della collettività.”*

edilizia è un provvedimento di controllo di conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente nella zona e, come tale, ha natura vincolata e non discrezionale; in conseguenza l'edificabilità in zona agricola ben può esser rimessa ad un accertamento proveniente dall'ispettorato per l'agricoltura ... in quanto, dietro lo schermo della discrezionalità tecnica attribuita all'ispettorato predetto, si trasferisce il momento della discrezionalità delle scelte urbanistiche dall'ambito degli strumenti di programmazione urbanistica a quelli del controllo." (155). Anche in queste materie è comunque costante il richiamo alla necessità che le scelte discrezionali dell'Amministrazione siano sorrette da un'accurata ed idonea istruttoria e da un'adeguata motivazione (156).

Nel campo della tutela storico-artistica ed ambientale è poi praticamente unanime l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene le relative valutazioni frutto di discrezionalità tecnica e, quindi, sindacabili in sede di legittimità nei ristretti limiti del difetto di motivazione, dell'illogicità irrazionalità o arbitrarietà manifeste e dell'errore di fatto. Ciò sia che si tratti del provvedimento impositivo del

(155) Cons. St., sez. V, 24.9.2003, n. 5446, in *Giust. amm.*, 2003, 1169. Per il fatto che il dimensionamento del piano regolatore generale sia frutto di discrezionalità tecnica e quindi censurabile solo per illogicità ed erroneità manifesta, TAR Campania, sez. II, 11.4.1988, n. 145, in *TAR*, 1988, I, 1803. In tema di giudizio sulla gravità della lesione dell'interesse pubblico di un abuso edilizio, sottolinea l'intrecciarsi di elementi di discrezionalità tecnica ed amministrativa e quindi la necessità di un'istruttoria ed una motivazione congrua ed adeguata che evidenzino i criteri in base ai quali sono state effettuate le valutazioni, TAR Trentino AA, sez. Trento, 21.12.1992, n. 467, in *TAR*, 1993, I, 499. Per il TAR Lombardia, sez. Brescia, 28.11.1995, n. 1244 (in *TAR* 1996, I, 121), invece: *"Il principio giurisprudenziale secondo il quale in sede di impugnazione di diniego di concessione edilizia non è ammissibile la censura di eccesso di potere per disparità di trattamento, in quanto l'esame delle domande di autorizzazione a costruire è rigorosamente vincolato al rispetto delle prescrizioni urbanistiche vigenti, trova un limite nel caso in cui l'atto di diniego implica un qualche margine di discrezionalità tecnica e il comportamento dell'amministrazione comunale appare poco lineare."* Ordina invece all'amministrazione regionale *"di emettere immediatamente un nuovo provvedimento [di autorizzazione alla costruzione di un complesso residenziale negata per un preteso elevato rischio geomorfologico] che dovrà tener conto pedissequamente delle conclusioni del ... CTU, come se l'indagine dello stesso fosse stata dal Genio Civile medesimo compiuta"* TAR Abruzzo, Pescara, 22.3.2002, n. 333, sulla quale cfr., con toni critici, S. VALERI, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della P.A. e l'eccesso di potere giurisdizionale: due sentenze del TAR Abruzzo*, in *Resp. comunic. impr.*, 2005, 385.

(156) In proposito, cfr. l'importante Cons. St., ad. plen., 24.5.2007, n. 7, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2007, 1403 ed in *Urban. e app.*, 2007, 1113, con nota di CARBONELLI, in materia di reiterazione di vincoli a contenuto espropriativo. Significativa, in proposito, è anche Cons. St., sez. IV, 7.5.2007, n. 1971, *ivi*, 1423, secondo la quale *"L'obbligo della motivazione ... è correlato esclusivamente ad un provvedimento amministrativo ... autoritativo ...; detto obbligo viene pertanto meno allorché l'amministrazione non opera in via autoritativa, scegliendo tra più interessi quello prevalente, come nell'ipotesi in cui non usufruisce della discrezionalità amministrativa bensì di quella tecnica, e ciò in quanto in questo caso non sceglie tra più interessi quello prevalente ma formula un giudizio di valore, che è collegato con nozioni e cognizione di una scienza o di una tecnica."*

vincolo diretto (157) o indiretto (158), che della valutazione della compatibilità ambientale di un intervento edilizio (159). La ragione di tale convincimento da parte della giurisprudenza sta soprattutto nel “*l’elasticità e l’indeterminatezza dei parametri tecnici delle discipline storiche ed archeologiche, rilevanti ai fini della valutazione*” (160).

Va comunque notato come, anche in questi settori, la giurisprudenza vada registrando una progressiva tendenza alla riduzione dell’area delle valutazioni insindacabili della P.A. proprio per il passaggio di parte del merito all’area della discrezionalità tecnica, per la maggior importanza che ha assunto, anche per gli stimoli provenienti dal diritto comunitario, il controllo di proporzionalità e per la più penetrante verifica della legalità sostanziale condotta tramite il noto strumento dei vizi sintomatici dell’eccesso di potere (161).

Anche la dottrina, d’altro canto, sottolinea la progressiva erosione dell’area del merito amministrativo ad opera della l. n. 241/1990 “*la quale, all’art. 1, ha tipizzato i doveri amministrativi di economicità ed efficacia, trasferendoli così, dal novero delle regole metagiuridiche (e quindi del merito) a quello delle norme di legge, la cui violazione comporta la illegittimità dell’atto amministrativo per violazione di legge o ... per eccesso di potere.*” (162).

È ora opportuno tornare all’esame delle fattispecie nelle quali la giurisprudenza amministrativa, in base al nuovo quadro normativo che consente ormai l’ammissione generalizzata della C.T.U. nell’ambito del giudizio di legittimità, ha concretamente disposto l’utilizzo di tale strumento e le finalità ed i limiti con i quali esso è stato utilizzato (163).

(157) Cons. St., sez. VI, 23.11.1999, n. 1949, in *Cons. St.*, 1999, I, 1943; ID., 15.12.1999, n. 2091, *ivi*, 2179; ID., 3.1.2000, n. 27, *ivi*, 2000, I, 26; ID., 21.9.1999, n. 1243, in *Foro it.*, 2000, III, 17; ID., 27.3.2001, n. 1767, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 681; ID., 22.8.2003, n. 4762, in *Cons. St.*, 2003, I, 1743; ID., 7.6.2005 n. 2937, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2005, 1824; ID., 22.3.2005 n. 1186, *ivi*, 885; ID., 21.10.2005, n. 5939, *ivi*, 3030; ID., sez. IV, 20.3.2006, n. 1470, *ivi*, 2006, 820; ID., sez. VI, 22.8.2006, n. 4923, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2007, 66. In questo tipo di procedimenti la dottrina sottolinea come il momento conoscitivo sia rimesso alla discrezionalità tecnica dell’amministrazione e sia servente rispetto ad un momento volitivo (di esercizio vero e proprio del potere) sostanzialmente vincolato nel senso che, se l’amministrazione accerta che un certo bene ha valore storico-artistico, essa è poi tenuta ad apporre il vincolo. Cfr., per tutti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2008, 1346 s.

(158) Cons. giust. amm. sicil., 11.2.2000, n. 46, in *Cons. St.*, 2000, I, 437; Cons. St., sez. VI, 2.2.2001, n. 435, in *Riv. giur. Mezzogg.*, 2001, 334; ID., 4.9.2002, n. 4429, in *Guida dir.*, 2002, fasc. 42, 80, con nota di TRICOMI, la quale si esprime espressamente in termini di “sindacato debole”; ID., 6.9.2002, n. 4566, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2002, 2993, con nota di GARZIA; ID., 5.10.2004, n. 6488, *ivi*, 2004, 2918; Cons. giust. amm. sicil., 22.3.2006, n. 104, *ivi*, 2006, 1015.

(159) Cons. St., sez. IV, 30.6.2005 n. 3547, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2005, 1755, ID., 8.6.2007 n. 3020, *ivi*, 2007, 1775.

(160) Così Cons. St., sez. VI, 6.9.2002, n. 4566, in *Giust. amm.*, 2002, 1039.

(161) In tal senso cfr., Cons. St., sez. VI, 6.9.2002, n. 4561, in *Guida dir.*, 2002, n. 40, 68, con nota di FORLENZA, relativa al potere ministeriale di annullamento del nullaosta paesaggistico adottato dalla Regione. Per una penetrante analisi dei rapporti fra legittimità e merito in relazione al medesimo istituto, cfr. Cons. St., sez. V, 18.3.2004 n. 1416, in *Cons. St.*, 2004, I, 619.

(162) Così F. CARINGELLA, *Corso ...*, cit., 1324.

(163) Anche in tale ipotesi l’analisi sarà condotta in questo paragrafo prevalentemente sulla giurisprudenza diversa da quella relativa alle autorità di controllo che sarà, invece, oggetto di vaglio più approfondito in quello successivo.

Va innanzitutto notato come, per alcuni aspetti, la giurisprudenza amministrativa abbia, logicamente, incorporato gli orientamenti consolidati di quella civile. Così è stato, ad esempio, ritenuto – sulla scorta di quello che la giurisprudenza civile suole definire divieto di utilizzo in funzione “esplorativa” – che la C.T.U. non possa essere impiegata come strumento per l’acquisizione nel processo di fatti da sottoporre all’esame del giudice esonerando la parte (di solito il ricorrente) dall’onere della prova che ad essa fa carico ai sensi dell’art. 2697 c.c., anche in un sistema probatorio di solito qualificato come “dispositivo con metodo acquisitivo” quale è quello vigente nel processo amministrativo (164). Inoltre il giudice deve qualificare autonomamente il fatto non potendo limitarsi a recepire acriticamente le risultanze della CTU (165). Per altro verso si è invece sostenuto che la CTU, oltre che *“fornire una valutazione su fatti già acquisiti, può anche esser fonte oggettiva di prova e accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo mediante specifiche cognizioni tecniche; in tal caso la consulenza assume le caratteristiche proprie della consulenza c.d. ‘percipiente, tramite la quale in consulente è chiamato ad accertare i fatti posti dalla parte a fondamento del proprio diritto.”* (166).

Interessante è anche l’affermazione che limita la possibilità di *“avvalersi della consulenza tecnica d’ufficio ... nel sindacato di legittimità di provvedimenti che sono espressione di discrezionalità tecnica”* al *“caso che l’atto impugnato appaia già a prima vista affetto da vizi logici o di travisamento dei fatti”* (167). Vedremo come tale assunto, che si basa (ancorché implicitamente) sulla

(164) Importante, in tal senso è: Cons. St., sez. VI, 12.3.2004, n. 1261, in *Cons. St.*, 2004, I, 561 e in *Urban. e app.*, 2004, 799, con nota di PASSONI che si sofferma sull’istituto della C.T.U. e, in una causa avente ad oggetto l’annullamento di un vincolo imposto dal Ministero per i beni culturali ed ambientali (già annullato in primo grado proprio sulla base di una C.T.U.), dispone una C.T.U. in grado di appello per la quantificazione dei danni ritenendo (contrariamente a quanto aveva fatto il TAR) che tale strumento potesse essere legittimamente utilizzato a tal fine, atteso che il ricorrente non si era limitato ad asserire il danno ma aveva indicato anche dei parametri di quantificazione che avrebbero dovuto poi essere meglio approfonditi in sede di C.T.U.. Cons. St., sez. VI, 8.2.2007, n. 515, (che avremo modo di citare ancora) in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 186; *Foro amm. – Cons. Stato*, 2007, 594 ed in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 632 (massima), con nota di LIBERTINI – nega, invece, l’ammissibilità della C.T.U. ai fini dell’esatta quantificazione di una sanzione antitrust definita *“Pretestuosa ... in assenza di errori nella quantificazione della sanzione da parte dell’Autorità, non si comprende quale accertamento debba essere chiesto al consulente”* nonché formulata per tentare *“di rimediare attraverso la richiesta di consulenza al mancato assolvimento del proprio onere probatorio, sostenendo che sarebbe stato ‘fuori luogo esibire in processo al giudice, che è un giurista, l’intera contabilità della ditta”*. Per l’impossibilità di disporre una C.T.U. al fine di *“sopperire all’omessa allegazione di prove per dimostrare il danno patito”*, TAR Calabria, sez. II, 12.12.2001, n. 2065, in *TAR*, 2002, I, 764. Ritiene non ammissibile anche *“integrare una prova carente mediante consulenza tecnica d’ufficio atteso che detto mezzo istruttorio consente solo di valutare mezzi di prova già acquisiti al materiale oggetto di cognizione”*, TAR Lombardia, Brescia, 24.2.2003 n. 287, *ivi*, 2003, I, 1473.

(165) Cons. St., sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, in *Foro it.*, 2002, III, 414, con nota di GIARDINO ed in *Giur. it.*, 2002, 1084, con nota di MIRATE. Sul giudizio di rilevanza del mezzo istruttorio e per il suo utilizzo al fine di valutare fatti già acquisiti al processo, cfr., in dottrina, F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d’ufficio* ..., cit., 2378.

(166) TAR Emilia Romagna, sez. I, 12.7.2002, n. 928, in *Giust. amm.*, 2002, 905, che dispone una CTU per verificare se l’offerta tecnica presentata da un’impresa rispecchiasse i contenuti minimi previsti dal bando di gara.

(167) Cons. St., sez. VI, 5.9.2002, n. 4485, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2002, 2127; Cons. St., sez. IV, 18.2.2003, n. 877, in *Cons. St.*, 2003, I, 345, che nega la possibilità di disporre una C.T.U. in un ricorso

presunzione di legittimità degli atti amministrativi e di competenza delle amministrazioni con attribuzioni tecniche, impedendo che la CTU sia disposta in base ad una generica critica del ricorrente ed imponendo a quest'ultimo un onere di indicazione dei presunti punti deboli delle motivazioni specialistiche sulle quali è basato il provvedimento, ricorra anche per quando riguarda i provvedimenti e gli accertamenti delle autorità di controllo.

Fra le materie che più hanno dato luogo a pronunce recenti in un'ammissibilità della C.T.U. nel processo amministrativo spicca quella degli appalti (168). La C.T.U. è stata, ad esempio, disposta, per la verifica dell'anomalia di un'offerta, da un'importante sentenza di appello che, contrariamente a quella di primo grado, ha ritenuto che tale aspetto non costituisse una *“valutazione attinente all'esercizio di una potestà discrezionale dell'Autorità amministrativa, non sindacabile in sede di legittimità”* (169). Sempre il giudice del gravame ha invece negato che potesse esperirsi una C.T.U. per l'accertamento della spettanza di un punteggio più elevato, in una gara d'appalto basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa proprio perché tale *“criterio di aggiudicazione ... risulta fondato su apprezzamenti tecnico-discrezionali delle caratteristiche qualitative dell'offerta che non tollerano alcuna sostituzione da parte del giudice nel compimento delle pertinenti valutazioni riservate in via esclusiva all'amministrazione”* (170). Ammessa invece, come si è visto, la C.T.U. *“percipiente”* per *“accertare se l'offerta tecnica originariamente presentata dall'impresa ... rispecchiasse nei contenuti minimi il capitolato di gara; la necessità di disporre consulenza tecnica deriva*

avverso il diniego di riconoscimento di infermità da causa di servizio.

(168) Per la quale, oltre ai riferimenti contenuti nel presente scritto, cfr. M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 191 ss.

(169) Cons. St., sez. VI, 9.11.2006, n. 6607, in *Urban. e app.*, 2007, 183, con nota di MIRATE e in *Giur. it.*, 2007, 1275 che dispone una C.T.U. articolata sui seguenti punti: *“a) la congruità dei criteri in base a cui è stato determinato il c.d. ‘prezzo di giustifica’, utilizzato dall'amministrazione ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta con particolare riferimento all'attendibilità di tali prezzi e alla congruità con il prezzo posto a base di gara; b) la congruità e la adeguatezza delle giustificazioni fornite dall'impresa ricorrente in sede di gara, sia con riferimento alle singole voci valutate sia con riguardo all'offerta nel suo complesso; c) l'esistenza di elementi giustificativi delle percentuali con cui sono state calcolate le spese generali; d) la quantificazione dell'utile dell'impresa ricorrente, ricavabile dall'offerta presentata e dalle giustificazioni fornite in sede di verifica dell'anomalia.”*. Ritiene invece che *“Il giudizio sull'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto di opere pubbliche costituisce una tipica valutazione tecnico-discrezionale, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale salva l'ipotesi in cui le valutazioni stesse siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione.”* Cons. St., sez. IV, 30.7.2003, n. 4409, in *Giust. amm.*, 2003, 962, con nota di ZOPPOLATO. Le ampie potenzialità dell'introduzione della C.T.U. nel processo amministrativo e la possibilità che essa sia utilizzata secondo le tecniche già affermatesi in quello civile, è stata colta dai primi commentatori dell'innovazione normativa secondo i quali *“l'esperienza mutuabile dal processo civile testimonia di una tecnica di formulazione dei quesiti al c.t.u. che non si ferma affatto alla rassegna dei soli presupposti conoscitivi ed investe anche la soluzione tecnica definitiva; e che tale esperienza possa avere influenza anche nel processo amministrativo è dimostrato dal fatto che il Legislatore si è limitato solo ad enunciare il modello della c.t.u. senza dettare una normativa di dettaglio, implicitamente rinviando alle norme processualcivili che ad esso fanno specifico riferimento.”* F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio ...*, cit., 2379.

(170) Cons. St., sez. VI, 6.7.2004, n. 5012, in *Cons. St.*, 2004, I, 1472 e in *Urban. e app.*, 2004, 1427, con nota di MONDINI.

dal fatto che l'accertamento in questione presuppone cognizioni tecniche che esulano dalle specifiche competenze del giudice amministrativo.” (171).

Quello che emerge dai primi anni di applicazione della C.T.U. nel processo amministrativo è da un lato la difficoltà di tracciare delle linee generali per la comprensibile tendenza della giurisprudenza a guardare alle peculiarità del caso concreto (172) e, dall'altro, un quadro di sostanziale moderazione e rispetto delle prerogative dell'amministrazione. Infatti mentre, come si è visto, le zone franche ed insindacabili (le torri d'avorio della tecnica) tendenzialmente spariscono, frequente è il riconoscimento che *“L'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo non ha modificato l'oggetto del giudizio di legittimità; essa può sviluppare tutte le sue potenzialità nelle ipotesi in cui le regole tecniche siano verificabili alla stregua di scienze esatte; il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove tale opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza dell'opinabilità che caratterizza le scienze non esatte, non venga considerata errata sul piano della tecnica; il giudice può effettuare solo un controllo esterno di razionalità sulle scelte effettuate e non anche un controllo intrinseco.”* (173). Ovvero: *“Nelle procedure di aggiudicazione di lavori pubblici basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione comparativa delle offerte da parte della commissione giudicatrice è sindacabile solo per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti; infatti, a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica ad opera dell'art. 16 l. 21 luglio 2000 n. 205, il giudice amministrativo, pur potendo accertare direttamente il fatto e controllare la ragionevolezza delle valutazioni tecniche (controllo c.d. intrinseco), non può sostituire la propria opinione a quella, non condivisa ma non risultante erronea, della p.a. (controllo c.d. debole).”* (174).

Secondo una dottrina che per prima ha commentato l'estensione da parte della legge della possibilità di utilizzare la C.T.U. a tutta la giurisdizione di legittimità, tale innovazione consegna all'interprete tre certezze. *“La prima ... consiste*

(171) TAR Emilia Romagna, sez. I, 12.7.2002, n. 928, cit.

(172) Rileva questo aspetto anche F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio ...*, cit., 2378 secondo il quale *“... la complessità dei problemi trattati non può prescindere dalle indicazioni della prassi applicativa; e non può, soprattutto, fornire soluzioni univoche, essendo indispensabile l'adattamento delle regole di fondo ai casi concreti”*.

(173) TAR Lazio, sez. II, 11.7.2002, n. 6264, in *Guida al dir.*, 2002, n. 39, 110, con nota di CORRADINO, relativa ad un appalto concorso. Significativa in tal senso è anche Cons. St., sez. VI, 3.5.2002, n. 2336, in *Giur. it.*, 2003, 356, secondo la quale *“Il superamento, grazie anche alla novità di cui all'art. 16 l. 21 luglio 2000 n. 205 in tema di consulenza tecnica, di ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico, non toglie che, anche in relazione alla non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice amministrativo 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.”*

(174) Cons. St., sez. VI, 4.11.2002, n. 6004, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2002, 2945.

nella erroneità dell'equazione fra discrezionalità tecnica e merito insindacabile. ... La seconda ... concerne il potere del giudice di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, anche quando l'applicazione della norma di legge richiede all'Amministrazione apprezzamenti di natura tecnica e quando, dunque, è attraverso l'interposizione dell'atto amministrativo che si adegua il concetto indeterminato alla fattispecie concreta. La terza ... riguarda la caratterizzazione del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica in termini di sindacato intrinseco." (175). D'altra parte è stato sottolineato che con tale novità legislativa "risulta appieno attuato il disposto di cui all'art. 113 Cost., che vuole gli atti della Pubblica amministrazione, che incidano sui diritti o sugli interessi legittimi, sempre suscettibili di tutela giurisdizionale davanti agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa." (176).

7. Spunti problematici e dottrinali in materia di controllo giudiziario sugli atti delle authorities.

Bisogna ora soffermarsi brevemente sulle problematiche di maggior rilievo che vengono in considerazione in materia di controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti.

Non è questa la sede per ripercorrere, ancorché sinteticamente, il dibattito giuridico ed istituzionale che negli ultimi venti anni si è sviluppato attorno a questi organismi che, peraltro, sfuggono ad una categorizzazione unitaria. Sia qui sufficiente qualche indicazione bibliografica di ordine generale (177), insieme

(175) F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio* ..., cit., 2375 ss.

(176) L. IEVA, *La consulenza tecnica* ..., cit., 242.

(177) Nell'impossibilità di tener conto dei numerosissimi contributi dottrinali sul tema delle autorità indipendenti, ci si limita qui a segnalare: C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti Giannini*, Milano, 1988, III, p. 449; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, I, 415; CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amm.*, 1991, p. 1627; N. LONGOBARDI, *Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, 1991, p. 173; ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *Nomos*, 1993, p. 75; F. CAPRIGLIONE, *Le autorità di controllo dell'ordinamento finanziario*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le banche regole e mercato dopo il Testo Unico delle leggi creditizie*, Milano, 1995, p. 109; ID., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca borsa*, 1995, I, p. 58; S. CRISCI, *La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti*, *Cons. St.*, 1995, II, p. 787; P. EMILIOZZI, *Le decisioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. soc.*, 1995, p. 365; V. PEDACI, *Riforma della pubblica amministrazione ed autorità amministrative indipendenti: soluzione o nuovo mito?*, in *TAR*, 1996, II, p. 41; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 115; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, I; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, Banca d'Italia, *Quad. ric. giur.*, n. 41, Roma, 1996. Di utile lettura in materia è anche la Relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale (18 giugno 1985) della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (nota anche come "Commissione Piga", edita in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, n. 3, p. 85, primo testo ufficiale nel quale appare il sintagma "amministrazioni indipendenti" (cfr. in part. p. 115 s.); M. PASSARO,

alla constatazione che, proprio il tema del controllo giurisdizionale, è stato uno di quelli che ha maggiormente sollecitato l'interesse degli studiosi (178) nonché alcune precisazioni metodologiche ed osservazioni pratiche.

Le Amministrazioni indipendenti, Torino, 1996 p. 339; D. CROCCO, *Le "new authorities"*. *Riflessioni sul fenomeno delle amministrazioni indipendenti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Corte conti*, 1996, n. 6, p. 290; C. TUCCIARELLI, *Il procedimento di istituzione delle autorità indipendenti in relazione al sistema delle fonti*, in *Rass. Parlament.*, 1997, p. 115; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 501; II, p. 1255; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; ID., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, *Dir. econom.*, 1998, 239; G. VESPERINI – G. NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; P.E. ROSSI, *La rilevanza costituzionale e comunitaria delle autorità di garanzia*, *ivi*, 393; G. CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, *Contr. Impr.*, 1999, p. 696; F. CARINGELLA, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. St.*, 2000, II.; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000; AA.VV. *Le autorità amministrative indipendenti*, Numero speciale 1-2 2000 della *Rivista Amministrare*; per una rassegna di diritto comparato, cfr. *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2000, III, 1051 ss. (articoli su Portogallo, Spagna, Francia, U.E., Grecia, Germania, Gran Bretagna); D. M. MIELE, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento giuridico italiano, con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (antitrust)*, in *Nuova rass.*, 2001, p. 2529; P.G. SCARABINO – S. SCARABINO, *Le authorities*, in *Amm.ne it.*, 2002, p. 519; Numero speciale 2/2002 della *Rivista Analisi giuridica dell'Economia* interamente dedicato alle autorità indipendenti; R. RORDORF (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, *Quest. giust.*, 2002, 407; G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, in *Foro it.*, 2003, V, 232; L. SAPORITO, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. corte conti*, 2003, 3, 338; F. MERUSI *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. dell'econ.*, 4-2003, 585; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio, l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1035; C. SAN MAURO, *Il dibattito sul riordino delle autorità amministrative indipendenti*, in *Rass. giur. ener. elettr.*, 2004, 369; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2005, 321; R. TOMEI, *I poteri conoscitivi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. amm.*, 2005, 301; F. GARRI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Enti pubbl.*, 2005, 579; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 311; M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *Rass. parlam.*, 2007, 291; F. CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica ed amministrazione. Le amministrazioni indipendenti in Mondo banc.*, 2007, 2, 41; C. CALAFIORE, *Le autorità amministrative indipendenti nell'attuale contesto ordinamentale italiano: origine ed analisi storico-comparatistica del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti*, *Nuove auton.*, 2007, 235; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.

(178) Cfr., sul punto, senza pretesa di completezza: A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, 71; VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, n. 3, p. 469; F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Società*, 2001, 539; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, p. 430; G. SCARSELLI, *Autorità garanti e giudice dopo le recenti riforme in materia di giustizia amministrativa*, in *Studi senesi*, 2002, nr. 1, p. 86; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2002, 2245; M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, *ivi*, 2003, 3160, secondo il quale, significativamente, il proliferare della autorità indipendenti: "non poteva non incidere sulla funzione stessa del giudice amministrativo e sul rilievo del suo operato nella società civile"; G. SALVI, *Authorities, unità della giurisdizione e governo della magistratura*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 949; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, n. 3, p. 617; ; V. DI VINCENZO, *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Rass. Avv. St.*, 2004, p. 917; R. NEVOLA, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti. In particolare, il regime di tutela avverso gli atti di vigilanza adottati dalla CONSOB ai sensi del testo unico sulla finanza*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2007, 357; M.

Nell'ambito della categoria vasta, eterogenea e dagli incerti confini, delle autorità amministrative indipendenti una distinzione che ai fini del controllo giudiziale può rivestire importanza è quella tra le c.d. "autorità garanti" (concorrenza, radiodiffusione ed editoria, dati personali, ecc.) e quelle di controllo di settore quali Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, COVIP. Si può notare come a questa suddivisione basata sulle funzioni tenda anche a corrispondere il conferimento di un diverso grado di autonomia normativa, nel senso che le autorità del primo tipo (i garanti) non sono di solito dotate di rilevanti poteri normativi mentre quelle del secondo (che si sono convenzionalmente definite di controllo di settore) si (179).

Il motivo di questa differenza sta, evidentemente, nella diversità di attribuzioni e di ruoli. Le autorità garanti hanno infatti un numero tutto sommato limitato di competenze di amministrazione attiva ed i loro compiti sono essenzialmente istruttori, di monitoraggio di settore, di controllo di legalità. Esse non sono prive di funzioni decisorie con adozione di provvedimenti amministrativi di tipo classico ma, anche quando operano in siffatta maniera, si limitano ad agire in un campo predeterminato dalla legge e ad applicare quest'ultima. Nel loro caso siamo di fronte ad una funzione, spesso quasi giustiziale, di applicazione della norma primaria che, per certi versi, ha fatto sembrare non incongruo l'accostamento alla figura del giudice (180). Le autorità di controllo di settore agiscono

SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, ivi, 613; D.U. GALETTA *Autorità di vigilanza, disciplina procedimentale e ruolo del giudice: le indicazioni contenute nel testo unico sulla tutela del risparmio e nel disegno di legge di riforma delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econom.*, 2008, 63.

(179) Una distinzione simile fra le autorità che sono dotate di poteri di normativa secondaria (definite "regolatorie") e quelle che non lo sono (definite di "vigilanza tout court") è in F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, 1009 ss. secondo il quale tale distinzione "può tendenzialmente ricollegarsi a quella tra autorità di settore-autorità trasversale" (ivi, 1011).

(180) Per l'accostamento delle autorità indipendenti alla figura del giudice cfr. soprattutto VESPERINI, *Le funzioni delle autorità ...*, cit., 419, 425, 443 s., secondo il quale nell'espletamento delle loro funzioni le autorità indipendenti "non dispongono di autonomi poteri discrezionali di apprezzamento e cura" degli interessi loro affidati rispetto ai quali "... assumono, pertanto, una posizione di 'neutralità' ...". Tale accostamento (per il quale cfr. anche la Relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale, cit., p. 115 s.) sembra però giustificato soltanto per le autorità garanti (ed a veder bene per nemmeno tutte queste ultime giacché, ad es., l'A.G.CO.M. per alcuni aspetti del suo agire, quale l'utilizzo di provvedimenti amministrativi di tipo classico, potrebbe apparire più simile alle autorità c.d. di controllo che alle altre autorità garanti) non per quelle di controllo di settore alle quali vengono invece conferiti rilevanti poteri di tipo discrezionale ed autoritativo nel senso classico del termine: si pensi solo alle numerose autorizzazioni od ai provvedimenti di gestione delle crisi. L'assimilazione (presente anche nella dottrina francese: cfr. AUTIN, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1988, n. 5, p. 1213 ss.) è in un certo qual senso resa evidente anche dal legislatore laddove l'appartenenza alle alte magistrature figura spesso (in alternativa con altre) fra le qualificazioni che devono essere possedute da coloro che possono essere nominati membri di tali organismi (cfr., ad es., art. 10.2 l. n. 287/90 ed art. 6.1 l. n. 223/90), cosa che non avviene invece per le autorità di controllo di settore. In proposito va comunque notato che la Corte di Giustizia CE con una sentenza del 31.5.2005 (causa C-53/03), mutando orientamento rispetto ad un precedente (sentenza del 16.7.1992 in causa C-67/91), ha ritenuto che le autorità nazionali garanti della concorrenza non possono essere considerate giurisdizioni e, di conseguenza, non possono introdurre presso la Corte un rinvio pregiudiziale. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, va ricordato che Cass., sez. I, 20.5.2002 n. 7341 stabilendo che "Il garante per la protezione dei dati personali è legittimato a partecipare a qualunque giudizio abbia ad oggetto un suo provvedimento per far valere davanti al giudice lo stesso interesse pubblico in funzione del quale esso è predisposto" ha ritenuto decisivo per escludere la natura giurisdizionale (o paragiurisdizionale) di tale organismo proprio

invece applicando non solo la legge ma anche la propria normativa secondaria in base ad essa emanata tant'è vero che esse vengono spesso definite quali autorità di regolazione (181). Di conseguenza, è possibile che il controllo giudiziale sui loro provvedimenti coinvolga i loro atti amministrativi generali presupposti (cosa che, invece, di solito non avviene per le autorità garanti).

In tal caso, il giudice amministrativo viene a svolgere una funzione di controllo di conformità della norma regolamentare rispetto a quella primaria sostanzialmente analoga (al di là delle differenze tecniche che riguardano le modalità con le quali il controllo avviene) a quella del giudice costituzionale (controllo di conformità della legge primaria rispetto alla Carta fondamentale) e tale analogia è vieppiù accentuata da quando la tendenza alla delegificazione ha consegnato alla normativa di rango sub-primario parte rilevante della disciplina di fattispecie ed istituti che, un tempo, erano interamente regolati dalla legge (182).

Un elemento che invece accomuna le autorità amministrative indipendenti ai fini del controllo giudiziale è proprio quello di fare massiccio utilizzo di scienze sociali non esatte (ad es. ragioneria, aziendalistica, micro e macro-economia) ed applicazione, come si è già avuto modo di notare, di concetti giuridici indeterminati che esse specificano nella loro prassi applicativa tramite la propria normativa secondaria ovvero direttamente con i singoli provvedimenti amministrativi. Già

“la sottoposizione della decisione dell’organo pubblico, comunque adottata, al vaglio di un giudice”. La natura non giurisdizionale dell’A.G.CO.M. è stata di recente ribadita da Cass., sez. un., 29.8.2008 n. 21934 che ha decisamente escluso che un presunto danno da pubblicità illegittima possa essere fatto valere innanzi a quest’ultima. È interessante notare come A. PREDIERI, *Le norme tecniche ...*, cit. 263, attribuisca alla norma in materia di sottoposizione a controllo giudiziale degli atti della P.A. contenuta nell’art. 113 Cost. una funzione unificante e un *“profondo significato ... come caratterizzante della forma di governo di uno stato in cui tutto è soggetto al potenziale sindacato della magistratura e in cui modelli amministrativi di vario genere sono unificati da questo sindacato che può divenire il solo collegamento (e, sotto taluni aspetti, la sola ragione rispetto a dubbi di legittimità costituzionale)”*.

(181) Cfr. in proposito A. PAJNO, *Il giudice delle autorità ...*, cit., 620 ss. il quale individua due modalità di azione amministrativa delle autorità indipendenti: quello procedimentale partecipativo, proprio delle autorità di garanzia e quello dell’azione regolatrice, tipico delle autorità di controllo. In dottrina la differenza fra i due tipi di autorità (anche ai fini del controllo giudiziale) è ben colta e valorizzata da F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza ...*, cit., 477, secondo il quale *“Quando l’autorità indipendente è autorizzata ad emanare norme integrative del testo di legge, è difficile pensare che svolga un ruolo assimilabile a quello del giudice (diverso può essere il discorso là dove l’autorità si limita ad applicare una norma che non ha il potere di integrare in via generale)”*.

(182) Cfr., ad esempio, TAR Lazio, sez. I, 7.4.2000, n. 2907, in *TAR*, 2000, I, 2289; *Dir. banc. merc. fin.*, 2000, 491; *Impresa*, 2000, 1547, con nota di MONTONESE, che ha annullato le disposizioni contenute negli artt. 2 dei DD.MM. Tesoro dell’11.11.1998, n.ri 468 e 471 in materia di requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti delle SIM, SGR e SICAV (il primo dei due decreti citati) e delle società di gestione dei mercati regolamentati e di gestione accentrata di strumenti finanziari (il secondo) che prevedevano, come *“situazione impeditiva”*, quella di aver svolto, nei due esercizi precedenti l’adozione dei relativi provvedimenti, funzioni di amministrazione direzione e controllo in imprese sottoposte a procedure concorsuali. Si ricorda che per quanto riguarda i cennati intermediari finanziari l’art. 12, comma 1, t.u.f. delega ad un regolamento del Ministro dell’economia, sentite la Banca d’Italia e la CONSOB, stabilire in concreto i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali. Questi ultimi sono stati da sempre delineati sulla falsariga di quelli previsti per gli esponenti bancari i quali erano, originariamente, fissati direttamente da norme di legge (contenute nel DPR n. 350/1985 di attuazione della c.d. I direttiva banche), il cui annullamento avrebbe quindi reso necessaria una pronuncia della Corte costituzionale ed, in seguito, delegati con una delega attualmente contenuta nell’art. 26 del t.u.b.

sopra si sono ricordate “clausole generali” che costituiscono fini dell’azione di queste autorità quali “*la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*” “*la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario*” o la sua stabilità, il suo buon funzionamento e la sua competitività, “*la tutela degli investitori*”; ovvero criteri generali di comportamento imposti agli intermediari e, quindi, nello stesso tempo e specularmente, obbiettivi da presidiare per il loro agire amministrativo, quali gli obblighi di: “*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati*” oppure svolgere “*una gestione indipendente, sana e prudente*” e adottare “*misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati*” (183).

Struttura e funzione non dissimili hanno i concetti giuridici indeterminati che utilizza l’Autorità garante della concorrenza, quali “*intese restrittive della libertà di concorrenza*”, “*abuso di posizione dominante*”, “*operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza*” che sono definiti dalla legge solo a grandi linee e vengono poi specificati dall’autorità con la propria prassi applicativa. È qui interessante notare come, sebbene l’Autorità garante della concorrenza sia autorità di garanzia piuttosto che di controllo (o regolazione) nel senso sopra delineato e non abbia quindi poteri regolamentari comparabili alle autorità che si sono definite di controllo, i suoi provvedimenti (specie quelli relativi ai casi più importanti e/o che per primi applicano un certo potere o specificano una determinata norma di legge) finiscono per avere una funzione sostanzialmente “normativa” per lo meno nel senso di autolimitare per la futura azione amministrativa. In queste ipotesi mentre non cambia la sostanza (intesa come intensità e portata dei poteri di apprezzamento del giudice) della revisione giudiziale rispetto a quello che avviene per le autorità c.d. di controllo, la forma del controllo stesso differisce dato che la regola dell’agire dell’amministrazione non si trova scolpita in una normativa secondaria che il giudice può annullare (se impugnata come atto presupposto) o disapplicare ma nel provvedimento amministrativo “precedente”

(183) In dottrina l’importanza di tale punto è stata autorevolmente sottolineata da F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità* ..., cit., 188 s., secondo il quale “*Ciò spiega perché negli ultimi anni nella dottrina tedesca si sia accentuato il dibattito sui concetti giuridici indeterminati e nella dottrina italiana sulla c.d. discrezionalità tecnica, cioè sui modi utilizzati dal legislatore per disciplinare l’esercizio del potere. Fino a che punto nozioni come ‘mercato rilevante’, ‘sana e prudente gestione’, ‘roaming’ ... vincolino la Pubblica amministrazione e perciò tutelino effettivamente il diritto fondamentale corrispondente al potere amministrativo disciplinato da tali formule e da tali norme che rinviano a nozioni di scienze non giuridiche è il quesito attorno al quale, più o meno chiaramente, ruota il dibattito.*”. Più oltre tale autore sottolinea un concetto sul quale ci si è già soffermati e cioè che “*... l’utilizzo di concetti giuridici indeterminati e/o di norme tecniche dà luogo a valutazioni complesse di tipo probabilistico, e perciò non esclusive, ma compatibili con altre valutazioni complesse formulabili con riferimento allo stesso concetto giuridico indeterminato e/o alla stessa norma tecnica.*” (ivi, 193). È stato d’altronde notato come “*... si deve considerare l’insorgenza di sempre nuove autorità indipendenti alle quali vengono affidate valutazioni tecniche amplissime, con ricadute provvedimenti tanto gravi che quasi impongono un penetrante sindacato giurisdizionale. Non è perciò un mistero che i più recenti studi sulle valutazioni tecniche – o, come si diceva una volta, sulla discrezionalità tecnica – si trovano proprio negli studi dedicati alle autorità indipendenti. La stessa giurisprudenza sembra aver concentrato i propri sforzi interpretativi, in merito a questo delicato argomento, avendo a riguardo l’attività delle autorità regolatrici.*” F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 793 ss.

(184). La possibilità di evidenziare e far valere uno scostamento dalla regola resta allora affidata all'abilità della difesa del ricorrente di individuare il precedente rilevante al fine di prospettare al giudice un vizio di eccesso di potere (per disparità di trattamento, contraddittorietà ecc.) il che può essere senz'altro più complesso (nonché opinabile) rispetto all'individuazione della normativa secondaria applicabile e finisce per accentuare l'importanza della specializzazione da parte della professione forense (185).

Se si riflette più a fondo ci si accorge che, dal punto di vista ontologico e strutturale, questo utilizzo (applicazione) di concetti giuridici indeterminati, parte essenziale dell'attività delle autorità amministrative indipendenti, non è poi molto dissimile da quello che fa il giudice ordinario quando, giudicando il caso concreto, riempie di contenuto formule elastiche delineate dalla legge. Si pensi, ad esempio, alle numerose ipotesi di *"buon costume"* civilistico; al comportamento *"secondo le regole della correttezza"* (art. 1175 cod. civ.) e all'uso della *"diligenza del buon padre di famiglia"* (art. 1176.2 cod. civ.) nell'adempimento dell'obbligazioni; alle *"esigenze ... preminenti della famiglia"* (art. 144.1 cod. civ.) o ai *"fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole"* (art. 151.1 cod. civ.), in materia matrimoniale; alla situazione *"di ... infermità ovvero di ... menomazione fisica o psichica"* che determini una *"impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi"* (art. 404 cod. civ. sull'amministrazione di sostegno) o alle *"condizioni di abituale infermità di mente"* che comporti *"incapacità di provvedere ai propri interessi"* (art. 414 cod. civ., sull'interdizione) (186); o ancora alla *"stabilità"* la *"sicurezza"* e il *"il decoro architettonico"* del fabbricato condominiale (art. 1120.2 cod. civ.); ai principi di *"chiarezza"* e *"prudenza"* che devono ispirare gli amministratori nella redazione del bilancio (artt. art. 2423.2 e 2423-bis.1, n. 1, cod. civ.) (187) ovvero, in campo penale, al concet-

(184) Va qui osservato che un discorso analogo, di estrazione della "regola" tramite il precedente, potrebbe talvolta farsi anche per le autorità di controllo dotate di poteri regolamentari per quei concetti giuridici indeterminati non definiti dalla normativa secondaria. Si pensi, ad esempio, alla "sana e prudente gestione", sulla quale ci si sofferma spesso nell'ambito del presente studio.

(185) Tale esigenza – che è l'altra faccia della specializzazione del giudice alla quale la legge, come si vedrà, ha dato una risposta con l'accentramento di determinate controversie presso il TAR Lazio – si rinviene non solo per i legali delle parti ricorrenti ma anche (seppur con caratteristiche differenti) per quelli delle autorità che di solito assumono la posizione di "resistenti" nell'ambito del processo amministrativo. Queste ultime, com'è noto, hanno sinora risposto alle loro esigenze di tutela delle proprie posizioni in giudizio con l'affidamento della difesa dell'ente all'Avvocatura dello Stato, tramite il ricorso ad un proprio corpo di legali iscritti nell'elenco speciale dell'albo professionale ed, in casi particolari, anche attraverso il patrocinio esterno affidato a liberi professionisti particolarmente qualificati (di solito distinti in ambito accademico).

(186) Si citano questi due casi in materia di capacità personale per evidenziare come il giudice, per applicare la legge, debba ricorrere, fra l'altro, all'ausilio di una scienza (in questo caso la medicina, la psichiatria) proprio come deve fare l'amministrazione, ad esempio, nelle ipotesi di idoneità fisica all'impiego che, non a caso, come si è visto, hanno spesso dato luogo, in sede di controllo giudiziale, a pronunce che hanno alimentato il dibattito in materia di discrezionalità tecnica della p.a.

(187) Anche questi due esempi ci sembrano particolarmente significativi. Qui, infatti, la legge utilizza concetti derivati dalle scienze architettoniche (proprio come si è visto avvenire da parte delle amministrazioni nel campo dell'urbanistica dell'edilizia e della tutela artistica ed ambientale) ovvero da quelle aziendalistiche che connotano molti dei concetti giuridici indeterminati che informano l'agire delle autorità indipendenti oggetto del presente studio.

to di “osceno” che qualifica, come aggettivo, gli atti e gli oggetti “*che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore*” (art. 529 c.p.), rilevante in una serie di delitti contro “*la moralità pubblica e il buon costume*” (188). Anche qui, infatti, il giudice non fa altro che riempire di contenuto concreto una “clausola generale” attingendo ai dati di comune esperienza, all’evoluzione della “scienza” e della tecnica (eventualmente introdotte nel processo tramite una C.T.U.) e della giurisprudenza stessa (189).

In proposito è anche interessante notare che, se si compara la posizione del cittadino-amministrato di fronte al potere-dovere del giudice e dell’amministrazione di applicare la legge non sembra che essa – per quanto riguarda il profilo della tutela avverso una determinazione illegittima, non corretta o comunque non gradita – sia deteriore nel primo caso rispetto al secondo. Infatti, a fronte dei rimedi afferenti al sistema di impugnazioni interno al giudice ordinario (nella prima ipotesi) si avrà (nella seconda) un più articolato strumentario che prima dell’impugnativa giudiziale (intesa ad innescare un controllo da parte di un potere diverso e terzo da parte di quello che ha emanato l’atto) prevede l’utilizzo di tutti i poteri procedimentali e partecipativi (compendiati nel nostro sistema dalla l. n. 241/1990) che consentono (con modalità ed intensità varie) di influire sull’esercizio stesso del potere (190).

Un altro tratto che accomuna l’azione delle autorità indipendenti è che le loro decisioni sono operate in base a regole e valutazioni tecniche, al di fuori del circuito dell’indirizzo politico, per il perseguimento di un obiettivo fissato direttamente dalla legge di talché il sindacato giurisdizionale si esercita su di un potere, da questo punto di vista, neutrale con le caratteristiche e gli strumenti del-

(188) In materia di “*atti contrari alla pubblica decenza*” cfr. la sentenza del Cons. St., sez. V, 4.3.2008, n. 870 che ha affrontato il caso di alcuni provvedimenti di revoca e di sospensione di licenze di esercizio di locali notturni nei quali si svolgevano spettacoli considerati osceni. Il giudice di appello ha riformato la sentenza di primo grado che aveva annullato i provvedimenti e condannato il Comune al risarcimento del danno, ritenendo la sentenza impugnata erronella nella parte in cui escludeva il presupposto di fatto su cui si erano basati i provvedimenti impugnati. Il Consiglio di Stato ha giudicato non condivisibili le conclusioni del TAR in punto di pretesa irragionevolezza dell’apprezzamento discrezionale con il quale il Comune aveva ritenuto la sussistenza del pericolo per la moralità pubblica, ritenendo che non potesse esprimersi un “*giudizio di vistosa illogicità ... alla stregua dei fatti accertati, consistenti nella promozione del coinvolgimento dello spettatore in gesti e comportamenti afferenti alla sfera sessuale, che non è interesse della collettività sottrarre ad un giusto costume di riserbo e di rispetto*”. Tale pronuncia dimostra il confine fra legittimità e merito sia a volte labile, atteso che utilizzando il controllo di logicità il Giudice riesce ad apprezzare (direttamente come nel caso di specie o attraverso una C.T.U.) i giudizi di valore della P.A. basati su clausole generali.

(189) Anche per quanto riguarda quest’ultima – intesa come risultato dell’applicazione della legge a casi precedenti simili – è evidente come il processo logico sia analogo a quello compiuto dall’amministrazione che al momento di decidere tiene (o dovrebbe tenere) sempre presente “il precedente”.

(190) Viene qui in mente l’insuperata lezione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 103 s. secondo il quale “*Il pregio maggiore o minore dell’interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, a seconda del profilo preso in considerazione, ha radice nella stessa fondamentale natura di questa situazione, e cioè nel fatto che esso consiste in un complesso di poteri di influenza sull’esercizio del potere amministrativo ... La titolarità dell’interesse legittimo consente di entrare nel vivo dello spiegamento del potere amministrativo orientandone l’esercizio e correggendone le deviazioni ...*”.

la giurisdizione esclusiva (191). Nel sistema costituzionale di *check and balance* quindi, essendo le autorità indipendenti sottratte all'indirizzo politico ed alla relativa responsabilità, il *judicial review* (da parte del giudice amministrativo) – accanto, come si è visto, al contraddittorio procedimentale che tende ad influire sull'applicazione stessa della legge da parte dell'amministrazione e quindi sull'esplicazione stessa dei relativi poteri (192) – si configura come l'unica forma di controllo successivo all'esercizio del potere compatibile con l'indipendenza di tali soggetti (193).

(191) Cfr. in tal senso A. PAJNO, *Il giudice delle autorità ...*, cit., 627. Secondo R. NEVOLA, *La tutela giurisdizionale ...*, cit., 358 le ragioni dell'attribuzione delle controversie delle autorità indipendenti alla giurisdizione esclusiva “risiedono per lo più nell'intreccio difficilmente districabile tra posizioni di diritto soggettivo (in particolare, il diritto di iniziativa economica dei soggetti operanti nei predetti settori e vigilati dalle autorità preposte alla tutela di primari interessi di rilevanza costituzionale) e di interesse legittimo (tipico dei rapporti pubblicistici intercorrenti fra soggetti vigilati e autorità vigilanti)”. A tali ragioni, generalmente condivise, un autore affiancava individuava “un terzo motivo forse meno nobile” nella “minore capacità di penetrazione del sindacato giurisdizionale amministrativo rispetto a quello del giudice ordinario, almeno nella situazione previgente al D. Lgs. n. 80/98”, proprio per l'impossibilità sino allora prevalentemente ritenuta di disporre C.T.U. sia in sede di legittimità che in sede esclusiva. “Di qui ... la limitazione dei rischi che verrebbero, per la voglia di indipendenza anche rispetto al controllo giurisdizionale che connota i fautori del modello più puro delle autorità dalla possibilità del giudice ordinario di disporre di un armamentario processuale notevolmente più poderoso.” (Così F. CARINGELLA, F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità ...*, cit., 540). A parte la fondatezza di una tale lettura, prima della generalizzata introduzione della C.T.U. nel processo amministrativo, lo stesso autore riconosce quindi che tale motivazione non dovrebbe al giorno d'oggi ricorrere più. Lo stesso autore ricordava “la tendenza alla riduzione del controllo del GA sulle authorities ... confermata dall'originario disegno di riforma del processo amministrativo, che limitava il sindacato al solo caso di eccesso di potere macroscopico oltre che per i vizi di eccesso di potere ed incompetenza” (ivi, 544). Anche tale notazione, quindi, sembrerebbe essere ormai non più attuale permanendo il suo valore storico ai fini di un dibattito di politica legislativa.

(192) Per F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità ...*, cit., 196 “il contraddittorio paraprocedurale” sarebbe “Elemento caratterizzante delle autorità [indipendenti]”, le quali “Non essendo organi o enti politicamente rappresentativi, o, comunque, connessi ad una responsabilità politica, attesa la deliberata cesura con la responsabilità ministeriale, la legittimazione del loro potere consiste esclusivamente nell'altro istituto che sta alla base degli ordinamenti democratici: il contraddittorio completo e paritario.”. Va qui evidenziato come l'applicazione giurisprudenziale ed il legislatore (che sulla “codificazione” degli indirizzi giurisprudenziali prevalenti si è spesso basato) abbiano notevolmente rafforzato ed arricchito gli istituti del contraddittorio procedimentale compendati nella l. n. 241/1990 (si pensi, per citare solo un'ipotesi, al c.d. preavviso di diniego ex art. 10-bis) che sono, di regola, immediatamente e direttamente giustiziabili come avviene, per esempio, per il procedimento speciale in materia di diniego di accesso previsto dall'art. 25 di tale legge. Ne risulta un sistema in cui il “cittadino”, tramite il giudice amministrativo, può esercitare un controllo non solo sul provvedimento ma sul divenire stesso dell'esercizio del potere, sollecitando un controllo del giudice sulle regole del contraddittorio procedimentale. Sottolineano l'importanza del contraddittorio procedimentale nell'azione delle autorità di controllo anche D.U. GALETTA, *Autorità di vigilanza, disciplina procedimentale ...*, cit., 68 ss. la quale insiste sull'importanza e dell'obbligo di motivazione e ricorda come l'art. 24 della l. 28.12.2005, n. 262 (tutela del risparmio) abbia richiamato, per le autorità ivi contemplate, i principi della l. n. 241/1990 e raffronta procedimento e *moral suasion*; S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza dei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quad. Cons. St.*, Torino 1999, 42, secondo il quale, per le autorità indipendenti, “la legittimazione non discende dalla democrazia politica ma dalla democrazia procedimentale”; G. MONTEDORO, *Procedimento e processo nella riforma del risparmio, in La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, 2006, 259, secondo cui il legislatore ha affidato “al giudice amministrativo ... (art. 24, comma 5 e 6) il compito di garantire il controllo sulla trasparenza e sulla ragionevolezza dell'operato delle autorità, rafforzando la loro indipendenza ma, nel contempo, assoggettando la loro attività a più stringenti regole procedimentali”.

(193) Secondo M. SANINO, *La tutela giurisdizionale ...*, cit., 615 elemento caratterizzante della categoria sarebbe proprio che per tali soggetti “non si ravvisano controlli di sorta ad eccezione della verifica della illegittimità degli atti da parte del Giudice”. È interessante notare come la maggior indipendenza dei

In proposito sembra interessante la notazione dottrinale secondo la quale “*il ricorso sempre più frequente alla giurisdizione esclusiva comporta un sostanziale mutamento del ‘modo d’essere del giudice amministrativo che si va trasformando dal suo interno in un giudice specializzato, al quale sono attribuiti blocchi di materie da trattare dando, a chi la chiede, una giustizia pienamente esaustiva.*” (194). Riecheggiano qui le parole del Cammeo il quale, già all’inizio del XX secolo, osservando come “*il sindacato giurisdizionale non appare più pericoloso ... ed è persino consentito che si estenda al merito – al giudizio su atti discrezionali in determinati casi*” notava che “*l’ostacolo che si immaginava esistere nel sistema della divisione dei poteri a che i tribunali ordinari giudicassero di tali questioni, viene a cessare quando la giurisdizione che ne conosce è una giurisdizione amministrativa speciale. Questa sua specialità ed il modo suo di costituzione sono garanzia che anche le questioni tecnico-amministrative sieno risolte con conoscenza particolare e più illuminata di quella che può riscontrarsi in queste materia presso la giurisdizione ordinaria.*” (195).

A questa esigenza di una tendenziale maggior specializzazione del giudice amministrativo nelle materie affidate dalle *authorities*, particolarmente “sensibili” e connotate da un accentuato tecnicismo, sembra ispirarsi anche l’art. 24, comma 5 della l. 28.12.2005 n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari), il quale stabilisce che “*Avverso gli atti adottati dalle Autorità di cui al comma 4 [Banca d’Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP] può essere proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio.*”. Va rammentato come una disposizione simile fosse già contenuta, per quanto riguarda la A.G.CO.M. dall’art. 33 della l. n. 287/1990 che affidava alla competenza, espressamente definita esclusiva, del TAR del Lazio i ricorsi avverso i relativi provvedimenti (196). Sull’applicazione dell’art. 24, comma 5 della l. n. 262/2005

tecnici (autorità di controllo, banca centrale) rispetto alla politica ed al Governo nel modello europeo rispetto a quello statunitense sia stata di recente additata come uno dei fattori in grado di meglio prevenire lo scatenarsi di crisi sistemiche da I. CIPOLLETTA, *L’autonomia dei “tecnici” vantaggio per l’Europa*, in *Il Sole 24 ore* del 3.10.2008, 1 e 8.

(194) G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, cit., 770 s. L’attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. del controllo sugli atti delle *authorities* è ricondotta ad una “*esigenza comune a tutti i paesi europei di specializzazione del giudice nei confronti della pubblica amministrazione*” tanto più sentita “*In settori quali quello della concorrenza o del mercato mobiliare*” in cui “*si assiste al fenomeno della internazionalizzazione delle norme e della superiorità del diritto comunitario su quello nazionale. Questo fatto impone che venga assicurata uniformità ed effettività di tutela a livello europeo.*” da A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, cit., 104. Sul fatto che l’attribuzione della giurisdizione esclusiva del g.a. sugli atti delle *authorities* sia “*in piena coerenza con i ‘ritmi’ che l’ordinamento comunitario impone agli ordinamenti nazionali in ordine alla concreta realizzazione di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva*”, si sofferma anche F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione ...*, cit., 524.

(195) F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione ...*, cit., 281. Un cenno ai “*giudici speciali*” che hanno “*nel loro seno i cosiddetti esperti ... chiamati appunto per risolvere i problemi tecnici*” assumendo quindi “*la funzione che hanno i periti nei processi ordinari; il giudizio tecnico essendo affidato all’organo nel suo complesso integra realmente il giudizio complessivo.*” è in A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, cit., 185. Questa dell’integrazione del collegio con esperti laici è tuttavia una tematica differente rispetto a quella della tendenziale maggior specializzazione del giudice amministrativo (nei confronti di quello ordinario) nelle problematiche riguardanti l’utilizzo dei poteri della P.A.

(196) Definisce “funzionale” tale competenza Cons. St., sez. VI, 1.2.1993 n. 132.

il Consiglio di Stato si è pronunciato in un caso di amministrazione straordinaria di una banca – per la quale, com'è noto, il provvedimento è di competenza del Ministro dell'economia, su proposta della Banca d'Italia che adotta anche i successivi atti di nomina degli organi della procedura – ritenendo la competenza del TAR Lazio (197). Secondo il supremo consesso di giustizia amministrativa *“in presenza di un cumulo di domande (annullamento di un decreto ministeriale ed annullamento di un atto di una Autorità indipendente) ... la norma speciale sulla competenza, prevista per l'impugnazione degli atti della Banca di Italia, prevale sulle regole ordinarie in caso di un ricorso con cui vengano contestualmente impugnati più atti, alcuni della Banca d'Italia e altri di altri organi.”* (198).

La concentrazione di competenze così delineata dal legislatore, che ha reso il TAR del Lazio unico Giudice dei provvedimenti delle Autorità di controllo operanti in settori economici strettamente connessi, che è stato a volte definito il Giudice della “nuova economia” (199), si giustifica anche con la frequente interazione procedimentale fra le varie autorità che hanno l'obbligo (ora ribadito ed esteso proprio dall'art. 21 della stessa l. n. 262/2005) di collaborare fra di loro.

La scelta del legislatore appare equilibrata in quanto tende a dare una risposta alle indubbe esigenze di specializzazione senza tuttavia arrivare ad istituire un giudice speciale delle autorità di controllo, che avrebbe posto intuibili problemi di economicità e di compatibilità costituzionale. È interessante osservare come, già nel 2003, un autorevole rappresentante della giustizia amministrativa, nel tracciare un bilancio del controllo giudiziale sulle *authorities* notasse come *“è da ritenere che il giudice amministrativo nei confronti delle autorità indipendenti abbia svolto un ruolo istituzionale di giudice generale della legittimità amministrativa, senza peraltro omologare dette autorità alle altre amministrazioni, ma considerandone la diversità nel rispetto però dei principi generali dell'ordinamento. In particolare, l'essere stato individuato dal legislatore come giudice per quasi tutte le autorità indipendenti, ha reso possibile una esperienza giurisdizionale che ha dato al giudice amministrativo la possibilità di adeguare alla loro essenzialità gli strumenti processuali di cui dispone”* ed esprimesse nel contempo la preoccupazione che *“un giudice speciale (o tale sostanzialmente) in definitiva rischierebbe, per usare un concetto caro agli economisti, ma che il giurista non può ignorare, di essere ‘catturato’ dall'autorità o al contrario di sostituirsi ad essa.”* (200).

(197) Cons. St., sez. VI, 27.6.2007 n. 3712.

(198) Va rammentato come già precedentemente la dottrina avesse, ad altri fini, notato che nei casi di *“dissociazione fra decisione del provvedimento affidata all'autorità amministrativa indipendente ed emanazione formale dell'atto, attribuita ad un Ministero o ad un organo governativo ... Ciò che conta per l'applicazione dello speciale procedimento di cui all'art. 4 è non l'imputazione formale ad una autorità indipendente, bensì l'imputazione ‘decisionale, l'adozione appunto. Anche quando il contenuto del provvedimento è proceduralmente deciso da una autorità amministrativa indipendente il provvedimento è impugnabile ai sensi dell'art. 4 l. n. 205.”* F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità ...*, cit., 205 s.

(199) Tale espressione è stata utilizzata dal Presidente De Lise in sede di discorso per l'apertura dell'anno giudiziario 2006 del TAR del Lazio.

(200) M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale ...*, cit. 3177 s.

In materia di controllo giurisdizionale sugli atti delle *authorities* una norma importante ai fini delle nostre riflessioni è contenuta nella prima parte del 3° periodo del menzionato art. 24, comma 5 della l. n. 262/2005, secondo il quale “*Non possono essere nominati consulenti tecnici d’ufficio i dipendenti dell’Autorità sul cui atto verte il ricorso, anche se cessati dal servizio.*”. La disposizione è significativa in quanto da un lato riconosce, implicitamente, che nei processi che coinvolgono le *authorities* potrebbe esserci particolare bisogno di disporre una C.T.U., dall’altro vuole porre fine ad una prassi (quella di far ricorso, in qualità di periti del giudice, a dipendenti delle autorità stesse per lo più in quiescenza) che era originata proprio nella difficoltà di reperire professionalità altamente specializzate nei settori di operatività delle *authorities* al di fuori delle autorità stesse (201). Non potendo i giudici amministrativi, per evidenti ragioni di terzietà ed imparzialità, far più riferimento a professionisti provenienti dalle autorità è probabile che essi si rivolgano sempre di più al mondo accademico. Al fine di garantire indipendenza e terzietà anche nella scelta, quale C.T.U., di un professionista esterno al mondo delle autorità competenti il giudice (come avviene già in sede civile) sarà chiamato a vagliare attentamente il profilo dei possibili candidati affinché l’incarico non sia affidato ad un soggetto legato o contiguo ad una delle parti in causa o ai settore nelle quali esse operano.

L’interesse della dottrina per la problematica del controllo giudiziario degli atti delle *authorities* ha spinto ad indagare sulle soluzioni adottate in altri paesi ed, in particolare, negli Stati Uniti ove questo modello dell’agire amministrativo si era ormai da tempo affermato. In particolare è stato analizzato un noto *leading case* in cui la Corte Suprema U.S.A. decise che i giudici possono disattendere l’interpretazione che un’agenzia dà di una legge della quale le è affidata l’applicazione solo quando tale interpretazione sia contraria ad una palese volontà del legislatore o sia irragionevole (202). Sulla base di un approfondito raffronto fra la situazione statunitense e quella italiana e sul superamento dell’“*apparato concettuale (teoria delle fonti principio di legalità; discrezionalità amministrativa; discrezionalità tecnica; ecc.) che è tradizionalmente utilizzato per inquadrare i rapporti tra pubblica amministrazione, parlamento e potere giudiziario*”, si perviene all’elaborazione di una teoria basata sulla distinzione fra preferenze semplici o primarie, che devono essere prese in considerazione anche se non sono motivate adeguatamente, la cui decisione dovrebbe continuare a far capo all’autorità giudiziaria e preferenze secondarie o strumentali che devono essere sempre pertinentemente motivate la soluzione del cui conflitto può essere lasciata alle autorità indipendenti (203).

(201) Può qui facilmente cogliersi un’analogia con quanto detto supra (cfr. nt. 146 XX) sulla principale differenza fra verifica e C.T.U., che consiste proprio nell’indipendenza della persona alla quale è affidata quest’ultima dall’amministrazione resistente.

(202) *Chevron USA Inc. vs. NRDC*, 104, “S. Ct.”, 2778, 1984, in materia di definizione del concetto di fonte di inquinamento da parte dell’*Environmental Protection Agency*.

(203) F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza* ..., cit.

8. La giurisprudenza amministrativa in materia *antitrust* e di acquisizione di partecipazioni bancarie.

È ora giunto il momento di analizzare come il delineato orientamento della giurisprudenza prevalentemente favorevole ad un controllo intrinseco delle scelte tecniche dell'Amministrazione, operato anche con l'ausilio della C.T.U., si articoli in relazione ai provvedimenti delle autorità indipendenti.

È interessante notare come, secondo un autorevole operatore della giustizia amministrativa già menzionato, l'introduzione della C.T.U. nel processo amministrativo *“ha sancito se non l'eliminazione della discrezionalità tecnica come potere insindacabile dal giudice ... una limitazione della sua insindacabilità, spostando su di una linea più avanzata il sindacato del giudice e quindi restringendo il campo del merito insindacabile, riservato in generale all'amministrazione. E che di questo processo evolutivo sia stato se non occasione determinante, quanto meno molto influente, l'avvento delle autorità indipendenti, il cui agire è contraddistinto per l'alto livello di discrezionalità cui godono, non ha certamente bisogno di essere ulteriormente sottolineato. (204)”*.

È quindi opportuno esaminare più da vicino l'utilizzo che di questo nuovo strumento istruttorio ha fatto il giudice amministrativo nei ricorsi avverso provvedimenti delle autorità indipendenti e le ricadute che tale impiego ha avuto sul controllo della loro discrezionalità.

Il maggior numero di pronunce riguarda l'A.G.CO.M. che, dopo la sua istituzione, iniziò ad operare applicando concetti giuridici indeterminati di derivazione comunitaria. Trattandosi di un campo nuovo e di poteri mai prima esercitati, gli atti di tale autorità hanno maggiormente stimolato l'intervento del giudice amministrativo fornendogli, nel contempo, l'occasione di testare l'applicazione del nuovo strumento della C.T.U..

L'analisi delle pronunce conferma un approccio, specie all'inizio, alquanto equilibrato.

Già nei primi anni dell'ultima decade dello scorso secolo, esaminando un'operazione di concentrazione, il TAR Lazio aveva modo di stabilire che *“In materia di tutela della concorrenza il giudice amministrativo, nell'ambito del suo sindacato limitato alla legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento dell'autorità appaia logico, congruo, ragionevole correttamente motivato e istruito, ma non può sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità”* (205).

A conclusioni analoghe giungeva una pronuncia di poco successiva, dello stesso giudice il quale chiariva inoltre che *“la graduazione della sanzione tra un minimo e un massimo edittale ... costituisce un accertamento di fatto che spetta*

(204) M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale ... cit.*, 3173.

(205) TAR Lazio, sez. I, 7.9.2001, n. 7286, in *Foro amm.*, 2001, 2498 con nota di F. APRILE.

all’Autorità ed in relazione al quale il potere di modifica da parte del giudice presuppone pur sempre che sia riscontrabile un’illegittimità o un’inopportunità dell’operato dell’Autorità, operato che pertanto è sindacabile dal giudice amministrativo in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti e iniquità” (206).

A questa posizione tradizionale e prudente del giudice di primo grado – che tuttavia pone in luce la maggior intensità del vaglio giudiziale per quanto riguarda la quantificazione della sanzione, dato che in tale sede egli dispone di un vero e proprio potere di modifica – fa riscontro quella analoga del Consiglio di Stato tesa a temperare un atteggiamento talvolta più interventista.

Nel caso relativo ad un’indagine antitrust sul mercato del cemento (alla quale avevano fatto seguito i relativi provvedimenti) il giudice amministrativo di appello, dopo alcune premesse generali in ordine alle caratteristiche del sindacato giurisdizionale sugli atti dell’Autorità simili a quella dianzi riportata, censurava una sentenza di primo grado che *“ha ritenuto erronea la definizione di mercato rilevante adottata dall’Autorità, sostituendo un propria definizione e valutazione a quella amministrativa, e senza invece limitarsi a verificare, nei limiti del sindacato di legittimità, se la scelta dell’amministrazione apparisse logica, congrua, correttamente motivata e istruita. Ritiene il Collegio che l’operato dell’autorità, nell’individuare il mercato rilevante e nel circoscriverlo alla sola Sardegna, non appaia affetto da vizi logici, da difetto di istruttoria e di motivazione; e che, pertanto, lo stesso non è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità non potendo il giudice amministrativo sostituire le propri valutazioni a quelle riservate all’Autorità e non potendo dunque dare un’autonoma definizione del mercato rilevante, dovendo invece limitarsi a verificare se la definizione operata dall’autorità sia o meno affetta da vizi di legittimità” (207).*

La pronuncia, che opera un giusto bilanciamento tra le prerogative dell’Autorità e quelle del Giudice, è interessante in quanto afferma che il giudice amministrativo non può sostituirsi all’Autorità nella definizione dei concetti giuridici indeterminati in base ai quali essa opera e che riempie di contenuto in relazione alla propria attività istruttoria e di accertamento basata sull’applicazione di scienze sociali (e quindi non esatte). Il giudice può, in tal caso, solo effettuare il controllo procedimentale e di logicità in base ai soliti parametri del giudizio di legittimità e, in caso riscontrasse dei vizi, dovrebbe piuttosto annullare il provvedimento senza poterlo mai sostituire con una propria determinazione (si è infatti visto come questo potere sia limitato alla graduazione della sanzione) (208).

(206) TAR Lazio, sez. I, 13.8.2001, 7451, in *Foro amm.*, 2001, 2512.

(207) Cons. St., VI, 14.3.2000, n. 1348, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2169, con nota di M. ANTONIOLI, *Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante.*

(208) Critico nei confronti della pronuncia è, invece, M. ANTONIOLI, nella nota sopra citata 2182 s., secondo il quale *“Va, dunque, escluso che l’Autorità garante vanti un potere di scelta sugli elementi che integrano la fattispecie anticompetitiva e poiché gli apprezzamenti tecnici coinvolti nell’attività conoscitiva di giudizio, non possono costituire alcun ambito di valutazione riservata, il vaglio dei medesimi non può ritenersi precluso al giudice amministrativo, rientrando pienamente nel sindacato di legittimità. Non appare*

In un'altra importante sentenza, relativa ad intese concordate nel settore assicurativo R.C. auto, il Consiglio di Stato riprende tali concetti, soffermandosi anche sul ruolo della C.T.U. (della cui mancata disposizione da parte del TAR si dolevano gli appellanti) e ritenendo che *“I provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito (si precisa altresì che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'autorità antitrust è un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato» all'operato dell'autorità; pertanto, nell'esercizio di un tale sindacato è inammissibile far «ripercorrere» al consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell'impostazione generale seguita dall'autorità nello svolgere una determinata indagine e nient'altro, e ciò con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'autorità, poiché in quel caso è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'autorità).”* (209).

Con una significativa sentenza di poco successiva, relativa all'autorizzazione alla concentrazione di un operatore telefonico con una società elettrica, il Consiglio di Stato tornava sull'argomento sottolineando che *“Posto che: a) i provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito; b) tale sindacato, purché rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e di violazione di legge, anche con*

condivisibile, in conclusione, la preoccupazione espressa dal consiglio di Stato che posa configurarsi un'indebita intromissione nell'esercizio della potestà amministrativa, ove si consideri che il controllo sul parametro dell'illecito non è in grado di implicare alcuno sconfinamento nel merito. ... la riduzione dell'ambito del sindacato giurisdizionale tende ad esprimere, forse, il riconoscimento di una sorta di criptica 'immunità' all'Autorità garante, in ossequio alla tesi secondo cui le Amministrazioni indipendenti assolverebbero ad una funzione di natura (almeno sostanzialmente) 'paragiurisdizionale'”.

(209) Cons. St., sez. VI, 23.4.2002 n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482, con note di SCARSELLI, FRACCHIA, VIDETTA, PARDOLESI e OSTI che rileva, fra l'altro, come la posizione del giudice amministrativo italiano in materia sia in linea con quella della Corte di Giustizia CE della quale cita alcuni significativi precedenti. Nella pronuncia, che è importante anche perché analizza a fondo i provvedimenti dell'A.G.CO. M. (definiti “di natura atipica”) ed il loro comportare un “progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto controverso” e si sofferma sulle varie fasi e caratteristiche del relativo procedimento, il supremo organo di giustizia amministrativa osserva inoltre che *“Le valutazioni tecniche dell'autorità non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i sopra descritti 'concetti giuridici indeterminati'. In questi casi la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione. ... Il giudice deve verificare direttamente i fatti posti a fondamento di tali provvedimenti ed esercita un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo da parte dell'autorità e sul raffronto con i fatti accertati. In tale ultimo ambito il giudice amministrativo può censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili.”.*

riferimento all'eccesso di potere in relazione a tutte le sue figure sintomatiche; il giudice può solo verificare la logicità, congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'autorità e ad essa riservate. ... Il controllo di legittimità dei provvedimenti adottati dall'autorità garante della concorrenza e del mercato può riguardare anche la verifica della verità dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'autorità, potendo il giudice amministrativo esercitare un pieno accesso al fatto, anche attraverso l'utilizzazione di strumenti processuali come la consulenza tecnica d'ufficio; a tal fine possono essere accertati e verificati i fatti posti dall'autorità a fondamento delle proprie deliberazioni sotto il profilo della verità dei medesimi attraverso la valutazione degli elementi probatori raccolti dall'autorità medesima e di quelli prospettati dalle imprese interessate. ... Nell'ambito del pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche con riferimento ai provvedimenti adottati dall'autorità garante della concorrenza e del mercato, debbono distinguersi le valutazioni tecniche in senso stretto dalle valutazioni complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati; per queste ultime, non è possibile esercitare un sindacato giurisdizionale di tipo 'forte, volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'amministrazione, risultando ammissibile, nei confronti di esse soltanto un sindacato volto a controllare la ragionevolezza e la coerenza (c.d. controllo di tipo 'debole'). ... L'accertamento riguardante l'evidenza o meno di una posizione dominante di una determinata impresa non costituisce un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione può risolversi in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull'applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l'operazione è destinata a produrre sul mercato preso in considerazione." (210).

Un altro rilevante intervento in materia del giudice amministrativo di appello si ha circa due anni dopo quando il Consiglio di Stato, in una fattispecie relativa ad un provvedimento contro un'intesa restrittiva della concorrenza nel settore dei buoni pasto, ribadisce che *"Posto che: a) il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato non è un mero sindacato di tipo estrinseco, ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine; b) al giudice amministrativo spetta verificare ex post l'operato dell'autorità garante; c) tale verifica si estende sino al controllo dell'analisi economica da questa compiuta, il giudice non può sostituire la propria valutazione a quella dell'autorità garante, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del proprio potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche*

(210) Cons. St., sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, in *Giust. amm.*, 2002, 1111.

applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza, sia infine nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato.” (211). In tale sentenza il giudice amministrativo tenta di superare la tradizionale distinzione fra sindacato forte e sindacato debole (212) giungendo alla conclusione che, per quanto ampio ed esteso il controllo giudiziale sull’operato dell’amministrazione possa essere, esso non potrà mai giungere, nel nostro sistema istituzionale, ad un nuovo esercizio del potere da parte del giudice. Ciò sia per ragioni tradizionali e risalenti (valide quindi per qualsiasi autorità) afferenti a precisi limiti del giudizio di legittimità (rispetto a quello di merito), sia per la specificità e delicatezza degli interessi affidati alle *authorities* e per la particolare natura di tali soggetti (213). Si può anzi dire che si tratti di un medesimo limite, quello dell’insindacabilità del merito, che, quando vengono in considerazione autorità indipendenti, assume connotazioni e caratteristiche diverse.

Da questa pronuncia sembra emergere anche come la rilevanza del nuovo strumento della C.T.U. sia più nel fatto di essere in sé disponibile (dato che da esso si evince la possibilità di un controllo intrinseco sulle valutazioni tecniche dell’Autorità) che venire poi anche concretamente utilizzata il che, come si è visto, nel settore antitrust qui analizzato, sembra accadere abbastanza raramente proprio perché il contraddittorio, anche tecnico, fra la visione dell’amministrazione e quella delle imprese soggette ai suoi poteri è anticipato alla fase dell’istruttoria.

Un altro spunto di riflessione assai fecondo è offerto dalla sentenza in esame quando essa parla di “*esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario*”, evidenziando così l’estrema importanza non solo di un’applicazione uniforme del diritto *antitrust* fra Commissione ed autorità nazionali ma

(211) Cons. St., sez. VI, 2.3.2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, con nota di BASTIANON.

(212) Al riguardo è interessante notare come anche M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale ...*, cit., 3174, proponga di mutare la qualificazione del controllo esercitabile anche a mezzo di C.T.U. sulle valutazioni tecniche dell’autorità da “*debole*” ad “*adeguato*”.

(213) In essa viene infatti osservato che “*In tali giudizi, con la proposizione del ricorso la materia controversa non passa interamente dall’autorità al giudice; un tale modello, non introdotto nel nostro ordinamento, radicherebbe in capo al giudice l’esercizio di un potere relativo ad interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore ad un’autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall’esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l’indipendenza della stessa autorità. Il fatto che si tratti di un’autorità posta al di fuori del circuito dell’indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all’autorità nell’esercizio del potere ad essa spettante. In definitiva, ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo come ‘forte’ o ‘debole’, ma l’esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare — senza alcuna limitazione — se il potere a tal fine attribuito all’autorità antitrust sia stato correttamente esercitato. Peraltro, la riconosciuta ammissibilità anche della consulenza tecnica, quale strumento di verifica di fatti ed elementi rilevanti ai fini dell’analisi economica e delle valutazioni complesse effettuate dall’autorità, conferma il grado di effettività della tutela giurisdizionale (risultando poi irrilevante se nelle singole fattispecie tale strumento sia stato ritenuto necessario, o meno, tenuto anche conto che proprio in tale materia il c.d. adversary system, basato sulla contrapposizione dei consulenti economici delle parti, funziona bene e risulta adeguato per far emergere le eventuali distorsioni dovute ad analisi non corrette, come avviene negli Stati Uniti dove spesso non viene utilizzata dal giudice la possibilità di nominare esperti).*”.

anche di un approccio fra diversi sistemi di controllo giudiziale simile o quanto meno non troppo divergente. Qui il discorso potrebbe facilmente estendersi, pur con le opportune differenziazioni che discendono dalla diversità dei modelli organizzativi, ai settori bancario, finanziario e assicurativo. È infatti evidente che nella misura in cui il sistema di amministrazioni a rete e di integrazione fra livello di normazione comunitario e nazionale proposto dal c.d. “schema Lafmalussy” (214) pone una particolare attenzione non solo all’uniforme trasposizione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali ma anche alla sua uniforme applicazione (al fine di non creare asimmetrie e distorsioni nel mercato unico) anche le problematiche del controllo giudiziale (che dell’applicazione è fase eventuale e terminale particolarmente delicata) sono destinate a venire in considerazione (215).

È interessante notare come queste statuizioni vengano letteralmente riprese in una sentenza di qualche anno successiva, riguardante due operazioni di concentrazione finanziaria ed industriale, fra di loro connesse, coinvolgenti la Cassa depositi e prestiti e la TERNA spa, nella quale viene inoltre affermato che nella “*verifica, ex post, dell’operato dell’autorità ... il giudice non incontra alcun limite, tenuto conto che anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale è oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie quale quelle in esame, si estende sino al controllo dell’analisi economica compiuta dall’autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche da essa compiute sia applicare la corretta interpretazione di concetti giuridici indeterminati alla concreta ed esaminata fattispecie)*” (216).

Un’altra interessante pronuncia riguarda una controversia in materia di assegnazione di capacità di trasporto di energia elettrica nella quale i ricorrenti

(214) Per una descrizione di tale modello, sia consentito il rinvio a E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, cit., 131 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici). Va fatto presente come tale assetto sia in via di rivisitazione alla luce delle cause e degli effetti della crisi scatenata dal fenomeno dei c.d. mutui *subprime*, in funzione di un maggior coordinamento/accentramento della supervisione a livello europeo, soprattutto sui conglomerati transfrontalieri, secondo le indicazioni del Rapporto di *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU Chaired by Jacques de Larosière*, Bruxelles, 25 febbraio 2009. Sulla problematica cfr. anche la Comunicazione della Commissione EU *European financial supervision*, Brussels, 27.5.2009, COM (2009) 252 final, che ha costituito la base ufficiale per un non semplice confronto, sfociato nell’approvazione di un nuovo schema di Vigilanza europeo da parte del vertice dei capi di Stato e di Governo di Bruxelles del 19.6.2009. Tale nuovo assetto, che dovrebbe diventare operativo nel 2010, si fonda essenzialmente su due pilastri: il Consiglio europeo dei rischi sistemici (CERS) con compiti di sorveglianza macroprudenziale ed il Sistema europeo dei supervisori finanziari al quale verrebbe attribuita la vigilanza microprudenziale ed il coordinamento fra le varie Autorità nazionali di controllo su banche, borse e assicurazioni.

(215) Va evidenziato come in un recente studio sull’impatto della crisi sui modelli di regolamentazione: D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 45, è stato affermato che “... si fa sentire sempre più l’assenza di un’autorità giurisdizionale che operi sui mercati finanziari a livello globale, assenza che, con riguardo al più generale processo di globalizzazione in vari settori, è avvertita come uno dei limiti della globalizzazione, considerando che fenomeni come le crisi finanziarie, essendo impossibile sottoporle a controllo nell’ambito di ciascuna Nazione, richiedono una tutela in sede globale.” (ivi, 105).

(216) Cons. St., sez. VI, 12.2.2007, n. 550, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 205. Dello stesso tenore Cons. St., sez. VI, 8.2.2007, n. 515, ivi, 2007, I, 186, già precedentemente citata a proposito dell’inammissibilità della C.T.U. ai fini dell’esatta quantificazione di una sanzione antitrust.

lamentavano il mancato rispetto, da parte del Gestore della rete, delle regole dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas sulla valutazione congiunta delle richieste presentate da società fra le quali esisteva un rapporto di controllo o collegamento ai sensi dell’art. 2359 cod. civ. In tal caso il supremo consesso di giustizia amministrativa afferma che *“una lettura sostanzialistica dello spettro dei poteri del g.a., che lo sincronizzi con le stesse coordinate costituzionali e comunitarie in punto di effettività della tutela giurisdizionale, consente al giudice amministrativo uno scrutinio sostanziale in sede di cognizione del rapporto quante volte l’annullamento dell’atto non lasci sul tappeto profili di discrezionalità tecnica o amministrativa e, per l’effetto, non venga in rilievo il rischio di debordare in aree riservate alla riedizione dell’azione amministrativa ai sensi della clausola di salvaguardia cristallizzata dall’articolo 26 della legge n. 1034/1971. Ne deriva che, quante volte la stessa richiesta di annullamento venga supportata dalla deduzione di fatti il cui accertamento incida sul riesercizio del potere amministrativo veicolandolo in modo più puntuale rispetto a quanto accade per la caducazione per profili meramente formali, il giudizio sull’atto finisce per essere accompagnato da uno scrutinio del rapporto, ossia da una verifica della situazione o della relazione sottostante capace di definire in via sostanziale la res litigiosa sulla base di un accesso al fatto ormai non più limitato normativamente”* (217).

È evidente come, in questo caso, il Giudice tenda a ribadire chiaramente la sua possibilità di controllo sull’applicazione di concetti giuridici indeterminati (o parzialmente determinati) non legati ad una particolare discrezionalità di tipo tecnico dell’autorità anche qualora ciò implichi l’accertamento di fatti rilevanti richiamati dalla norma (in questo caso l’art. 2359 cod. civ.).

Le sentenze più recenti in materia di *antitrust* sembrano confermare gli orientamenti delineati, ribadendo la piena cognizione da parte del giudice amministrativo dei fatti oggetto dell’indagine e del processo valutativo mediante il quale l’autorità applica al caso concreto la regola individuata, salvo il divieto del giudice di sostituirsi all’amministrazione tranne che per ciò che riguarda la determinazione della sanzione (218).

Viene ancora una volta sottolineato che *“Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame”* (219). Avendo tuttavia cura di precisare che *“Una volta che i destinatari delle sanzioni, chiamati a subirne gli effetti non diversamente da qualsiasi altro*

(217) Cons. St., sez. VI, 22.4.2004, n. 2367, in *Foro amm. – cons. St.*, 2004, 1812, con nota di BERCELLI.

(218) TAR Lazio, 8.5.2007, n. 4123, Prodotti disinfettanti; ID., 14.9.2007, n. 8951, Compagnie Aeree – Fuel surcharge; ID. 29.12.2007 n. 14157, Vernici marine; ID., 13.3.2008, n. 4123.

(219) Cons. St., sez. VI, 31.10.2007, n. 6469, Lottomatica/Sisal. L’importanza di questa pronuncia è posta in luce anche da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, 1073 che la esamina nell’ambito della perspicua trattazione dedicata al controllo giurisdizionale sulle autorità indipendenti.

provvedimento autoritativo, reagiscono dinanzi alla giurisdizione, la natura ambigua del procedimento antitrust riemerge e l'accertamento operato dall'Autorità viene sottoposto a penetrante scrutinio. Tuttavia, in siffatto modello il giudice amministrativo, a differenza di quello penale, non decide ma controlla la correttezza della decisione, sicché non spetta a lui condividerla, ma solo verificarne la validità. ... Il limite a siffatto sindacato risiede nel divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione. Nel modello teorico sopra delineato ciò significa che al giudice non è consentito di controllare l'intrinseca validità del risultato, cioè del giudizio tecnico formulato dall'amministrazione, che implicherebbe la neutralizzazione del potere di applicazione delle regole extragiuridiche attribuito dalla legge all'amministrazione ed, in definitiva, il sovvertimento dell'essenza (non meno che l'attività di ponderazione degli interessi) della funzione pubblica. La linea di confine è data dalla natura della regola extragiuridica. Quando il tasso di relatività della stessa è tale da rendere il giudizio opinabile, il sindacato di attendibilità non può avere natura intrinseca, traducendosi altrimenti in una valutazione sulla condivisibilità della scelta dell'amministrazione.” (220).

Rigorosamente limitato ad un controllo estrinseco è il vaglio che il giudice amministrativo compie sui provvedimenti dell'A.G.CO.M. in materia di pubblicità ingannevole rispetto ai quali è stato affermato che *“Non è sindacabile il giudizio di ingannevolezza del messaggio svolto dall'autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di corretta e completa acquisizione degli elementi di fatto rilevanti, se non sul piano della ragionevolezza e della congruità della valutazione, con esclusione di interventi di carattere sostitutivo incompatibili con l'opinabilità dei giudizi e con la non oggettività ed esattezza delle discipline di riferimento.”* (221).

Il settore bancario e finanziario è meno ricco, rispetto a quello *antitrust*, di pronunce recenti sul rapporto fra discrezionalità tecnico-amministrativa delle autorità di vigilanza e controllo giudiziale.

Un'occasione per un approfondito esame da parte del giudice amministrativo della discrezionalità dell'autorità di vigilanza in materia bancaria e del concetto giuridico indeterminato della *“sana e prudente gestione”* – che costituisce uno dei cardini del suo operare in quanto espressamente prevista dal legislatore fra le finalità della vigilanza (cfr. art. 5.1 t.u.b.) – è venuta da un ricorso originato dalla nota vicenda della scalata alla *Antonveneta* che ha dato luogo ad un'interessante pronuncia che quella discrezionalità ha vagliato in relazione al potere di autorizzare l'acquisizione di una partecipazione bancaria, che la legge *“ancora”* proprio

(220) Cons. St., sez. VI, 8.2.2008, n. 424, Rifornimenti aeroportuali.

(221) Cons. St., sez. VI, 25.2.2003, n. 1054, in *Cons. St.*, 2003, I, 422 che ha confermato una pronuncia di primo grado la quale aveva respinto il ricorso contro un provvedimento dell'A.G.CO.M. che aveva ritenuto ingannevole, in quanto ingenerante confusione nei destinatari, il messaggio pubblicitario apparso presso i distributori di carburante nel quale le indicazioni di sconto erano rapportate ad una «grandezza base» di riferimento (il listino prezzi gestore non conosciuto dal consumatore) diversa dai prezzi esposti sotto il messaggio stesso.

alla predetta clausola generale della sana e prudente gestione (cfr. art. 19.5 del t.u.b.) (222).

L'articolata pronuncia respinge molteplici censure avverso il diniego ad ABN AMRO dell'autorizzazione ad acquisire una partecipazione superiore al 20% nella *Antonveneta* e la concessione di detta autorizzazione nei confronti della concorrente Banca Popolare di Lodi il cui fulcro era proprio l'esercizio della notevole discrezionalità concessa all'Organo di vigilanza con modalità tali da configurare eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione del canone di imparzialità e del principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Essa viene qui analizzata esclusivamente per quanto attiene ai suoi riflessi sul dibattito fra discrezionalità delle autorità e controllo giudiziale, oggetto del presente studio, senza toccare quindi le altre complesse questioni da essa esaminate.

In proposito la pronuncia individua innanzitutto nel predetto art. 5 t.u.b. che enuncia le finalità della vigilanza *“l'architrova del nuovo modello di supervisione per il settore del credito”* la cui *“portata ... può essere compiutamente percepita solo ove si ponga mente ai rilevanti mutamenti, indotti da fonti di matrice comunitaria, che hanno riguardato gli intermediari bancari ... si esplica, in connessione con il passaggio da un oligopolio amministrato a un mercato regolato, anche in relazione al paradigma della supervisione sulla stabilità, che nel passato avveniva attraverso controlli per lo più di stampo amministrativo-contabile ... ma che oggi, con l'accento posto sulla 'gestione', non può prescindere dalle caratteristiche di 'imprenditorialità' delle aziende bancarie, essendosi il suo baricentro venuto a spostare su una nuova concezione della vigilanza prudenziale.”*. Essa, quindi, dopo aver riconosciuto, sulla scorta delle analisi condotte dalla dottrina sul punto, che *“in questa prospettiva ... i rischi di compromissione della 'stabilità complessiva del sistema finanziario' ... siano attenuati, se non del tutto elisi, allorquando gli intermediari siano gestiti in modo 'sano' e 'prudente', ossia quando, rispettivamente, essi si ispirino ... a 'criteri di piena efficienza funzionale' e di 'correttezza nello svolgimento degli affari', per un verso, ovvero di 'avversione al rischio' per l'altro”* afferma decisamente che *“Merita poi di essere evidenziata la natura di clausola generale (o concetto giuridico indeterminato) che va riconosciuta a detta formula (la 'sana e prudente gestione' non appare qualitativamente diversa da nozioni la cui definizione si rinviene in ambiti non giuridici, come la correttezza, la buona fede, l'ordine pubblico) (223), frutto dell'evidente intento del legislatore di non vincolare l'Autorità di settore alla verifica della 'bontà' dei comportamenti degli intermediari (imprenditori pleno titulo) alla stregua di rigidi e predeterminati schematismi, ma di consentire, anche in quest'ambito, la massima esplicazione del diritto di iniziativa economica entro*

(222) TAR Lazio, sez. I, 9.8.2005 n. 6157, in *Giur. it.*, 2005, 2421 e in *Corriere merito*, 2005, nota di CURCI e DAMATO.

(223) Va in effetti sottolineata la lucida individuazione della natura di tale “clausola” da parte del giudice amministrativo. Su di essa ci si è soffermati più volte nel corso del presente studio proprio per raffrontandola con altre (sia coeve e tipiche dell'agire delle moderne *authorities* che risalenti nel tempo) e per porre in luce la continuità delle problematiche sottese all'utilizzo di concetti giuridici indeterminati a prevalente contenuto “tecnico” dalle prime analisi del Cammeo ai giorni nostri.

parametri storicizzati, non immutabili nel tempo (224). E al piano dell'attività di normazione vanno ricondotti l'esame e l'eventuale soluzione del problema, da taluni sollevato, dell' 'eccessivo ambito di discrezionalità' che la legge riconoscerebbe all'Autorità di settore, caratteristica di cui si è rilevato il contrasto con le esigenze del processo di globalizzazione ormai in atto nei Paesi dell'Unione europea (225)."

Quindi, dopo aver richiamato i più significativi precedenti giurisprudenziali in materia di controllo giudiziale sulla discrezionalità dell'A.G.CO.M., la pronuncia in esame osserva che *"Non sembra infatti revocabile in dubbio, per quanto innanzi osservato, che l'apprezzamento rimesso dalla legge alla Banca d'Italia in merito alla 'sana e prudente gestione' (recte: alla compatibilità dell'operazione da autorizzare con la sana e prudente gestione del soggetto vigilato) sia riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, ossia a quel particolare tipo di giudizi implicanti 'l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che [...] non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico'. Ed infatti, in tali valutazioni complesse, volte all'applicazione di concetti giuridici indeterminati, 'è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e*

(224) In questo passaggio paiono riecheggiare le note considerazioni della dottrina giuspubblicistica sulla caratteristica fondamentale della l.b. del 1936-38 (che connota anche il t.u.b. del 1993), quella di essere una normativa di prevalente allocazione di poteri in gran parte attribuiti alle autorità di controllo tramite l'utilizzo della normativa secondaria, per sua natura più elastica e quindi più idonea a seguire le esigenze di regolazione di un'economia in continuo e veloce movimento. L'originalità della notazione sembra tuttavia quella di individuare come la medesima esigenza di pronto adattamento dell'azione di supervisione alle esigenze del mercato stia alla base non solo della struttura delle norme che lo regolano ma anche dell'attribuzione di una discrezionalità necessariamente ampia alle autorità di controllo tramite il ricorso a concetti giuridici indeterminati (o clausole generali) che consentono un aggiustamento ancor più rapido (da norma primaria a singolo provvedimento) in quanto non (necessariamente) mediato dalla normativa secondaria.

(225) È qui evidente come il giudice amministrativo "rinvii al legislatore" la soluzione della critica di parte della dottrina all'eccessiva discrezionalità concessa alle autorità di controllo tramite l'uso di concetti giuridici indeterminati che esse vengono poi specificando nei loro provvedimenti. Anche su questo piano il problema è tuttavia complesso e va ricordato che un certo grado di discrezionalità è connaturato all'efficace esercizio di poteri amministrativi in generale e di supervisione sui mercati in particolare mentre funzione specifica del controllo giudiziario è proprio quella di correggere un eventuale cattivo utilizzo di tale discrezionalità. È inoltre tutto da dimostrare che una rigorosa comparazione a livello europeo porti ad assegnare all'Italia un grado complessivo di discrezionalità delle autorità maggiore di quello di altri paesi. Dalla pratica professionale deriva infatti l'impressione che da un'analisi scientifica (tuttora, a quanto risulta, mai effettuata) condotta su un numero sufficientemente ampio di istituti omogenei su parametri predefiniti e per gruppi di ordinamenti comparabili l'Italia potrebbe risultare, quanto ad ampiezza della discrezionalità, dietro ad alcuni paesi a poteri amministrativi tradizionalmente forti (Francia, Spagna, Grecia) ovvero nei quali la presenza pubblica nell'economia era maggiore ancor prima che i devastanti effetti della crisi innescata dai c.d. mutui subprime cambiassero radicalmente le *policy* di graduale restringimento di tale presenza (ancora una volta Francia, ma anche Germania). Anche per quanto riguarda il Regno Unito, dove (sull'onda dell'impulso comunitario) l'innesto della legge scritta nel sistema di *common law* è stato tanto massiccio quanto "recente", la sensazione è che un'analisi rigorosa porterebbe a qualche sorpresa e a sfatare più di un luogo comune. A livello europeo, inoltre, il problema non sembra essere tanto quello del *quantum* di discrezionalità ma delle modalità uniformi del suo esercizio, specie nei confronti degli intermediari le cui dimensioni eccedono quelle nazionali.

più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario', a ciò conseguendo il riconoscimento di un 'potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione' e l'esclusione di un sindacato giurisdizionale caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione. Né sembra che possa esser messa in discussione l'esistenza di questa sfera riservata di attribuzioni in capo alla Banca d'Italia, derivante, oltre che dalle illustrate caratteristiche degli apprezzamenti in questione, dalla 'rilevanza, nelle relative scelte, di interessi di rango primario, protetti da norme costituzionali, la cui ponderazione è spesso affidata dal legislatore ad articolazioni dell'amministrazione dotate di una particolare legittimazione, sotto il profilo della qualificazione tecnica' (sui punti riportati v. Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/02, cit.). Difatti, le particolarità del settore creditizio, pur non consentendo di giustificare ulteriormente la sopravvivenza del (discusso) ordinamento sezionale, si spiegano alla luce della complessiva considerazione dell'attività bancaria quale perno attorno a cui ruota un'ordinata vita economica, conclusione cui può fondatamente giungersi attraverso una piana lettura dell'art. 47 Cost. (226). L'adesione a tale impostazione consente pertanto di affermare che il giudice amministrativo, fermo restando il potere di conoscere i fatti in modo pieno (c.d. accesso diretto al fatto), può verificare 'la logicità, la congruità, ragionevolezza ed adeguatezza, del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione', ma non può spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe egli la titolarità del potere".

9. Valutazioni di vigilanza: giudice civile e giudice amministrativo.

Un filone giurisprudenziale interessante nel quale viene in rilievo la dialettica fra discrezionalità tecnica, difesa in giudizio e controllo del giudice è quello delle sanzioni amministrative pecuniarie ex artt. 145 t.u.b. e 195 t.u.f. il cui giudizio, sebbene sia affidato alla competenza del giudice ordinario (rispettivamente Corte di appello di Roma e Corti di appello "territoriali"), essendo di impugnazione di un provvedimento, comporta valutazioni per alcuni versi simili a quelle effettuate dal giudice amministrativo (227).

(226) È interessante notare come, in questo passaggio, il giudice amministrativo, sembri sganciare i poteri discrezionali di vigilanza dall'inquadramento dottrinale ormai superato dell'ordinamento sezionale a conferma della loro naturale ed insopprimibile esistenza.

(227) Sulle problematiche generali del sistema sanzionatorio amministrativo in materia bancaria e finanziaria cfr., per tutti, S. CECI IAPICHINO, *Le Sanzioni amministrative*, in E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova 2008, 1421 ss. secondo la quale "Un sistema punitivo che vede l'azione di repressione della normativa di vigilanza affidata essenzialmente alla sanzione amministrativa appare, per altro verso, consona alla peculiare natura dell'Autorità cui è affidato il controllo pubblico del settore economico del credito e della finanza. Banca d'Italia e CONSOB sono, infatti, annoverate tra quelle Autorità indipendenti per le quali la potestà sanzionatoria è considerata un elemento qualificante, strettamente connessa all'attività di regolazione che alle stesse compete." (ivi, 1430).

Va inoltre tenuto presente che, per quanto, ad esempio (228), riguarda il settore bancario viene sovente contestata la mancata segnalazione a voce propria di partite anomale all'Organo di vigilanza (229). Il controllo della corretta valutazione dei crediti (e quindi della reale situazione patrimoniale dell'intermediario) viene effettuato in sede ispettiva – e costituisce un importante momento di verifica di efficacia della vigilanza informativa prevista appunto dall'art. 51 t.u.b. – attraverso l'esame delle posizioni di rischio. Qualora lo scostamento fra le valutazioni ispettive e quelle aziendali sia tale da denunciare un processo di valutazione del credito lacunoso e/o inficiare l'apprezzamento da parte dell'autorità di controllo della reale situazione dell'intermediario, viene avviato il procedimento sanzionatorio che può concludersi con l'irrogazione, nei confronti degli esponenti bancari, della sanzione prevista dalla legge.

È, quindi possibile che, nel corso dell'eventuale procedimento di impugnazione del provvedimento sanzionatorio ex art. 145 t.u.b., i ricorrenti contestino le valutazioni del portafoglio crediti effettuate dagli ispettori anche chiedendo che sulle posizioni di rischio interessate venga disposta una C.T.U.. In sede di procedimenti di opposizione ex artt. 145 t.u.b. e 195 t.u.f., le Corti di appello competenti attribuiscono, di solito, al rapporto ispettivo un particolare valore probatorio e non hanno quindi quasi mai ritenuto di dover disporre una C.T.U. tendente a "rivedere" le valutazioni in esso contenute (230). Al riguardo, le argomentazioni più frequentemente utilizzate dalla giurisprudenza fanno riferimento: alla natura di pubblici ufficiali degli ispettori di vigilanza; alla presunzione di legittimità che assiste gli atti della pubblica amministrazione (231); al fatto che gli accertamenti stessi siano effettuati *"da un organo tecnico di grande e specifica esperienza nonché sicuramente affidabile in ragione delle garanzie di imparzialità connesse alla sua posizione di terzietà"* (232). A tali considerazioni si aggiunge spesso, dal punto di vista processuale, la notazione che, a fronte della particolare attendibilità che i citati elementi conferiscono al rapporto ispettivo, semplici affermazioni del soggetto sanzionato non possano essere considerati elementi sufficienti a con-

(228) In questa sede ci si sofferma, per esigenze di concisione, su questa infrazione perché, essendo il suo accertamento basato sulle valutazioni dell'attivo dell'intermediario (esercizio nel quale elementi tecnici e discrezionali si fondono in modo paradigmatico) è particolarmente significativa ai fini della presente analisi. È chiaro tuttavia che problematiche analoghe si pongono (ed effettivamente emergono nella dialettica giudiziale) anche per quanto riguarda altre infrazioni, il cui accertamento si basa su differenti attività ispettive.

(229) Quale infrazione all'art. 51 t.u.b. (in materia di vigilanza informativa) ed alle corrispondenti disposizioni attuative, contenute nel Tit. VI, cap. 1 delle Istruzioni di vigilanza, la cui sanzionabilità è prevista dall'art 144 dello stesso t.u.b.

(230) Ci si limita qui a citare solo alcune fra le tante pronunce, tutte, a quanto risulta, inedite, della Corte di appello Roma, sez. Volont. giurisdiz.: Decr. 14-28.1.2002, causa n. 4663/2000, Guariglia ed altri; decr. 14.11-17.12.2001, causa n. 4669/2000, Messina; Decr. 5.11.-29.12.1999 causa n. 529/1995, Rodriguez; decr. 26.3-26.3.2008, cause da n. 58477/2007 a n. 58484/2007 Alemanni ed altri.

(231) In tal senso: Appello Roma, sez. Volont. giurisdiz., decr. 14-28.1.2002, causa n. 4663/2000, Guariglia ed altri; ID., decr. 14.11-17.12.2001, causa n. 4669/2000, Messina.

(232) Così Appello Roma, sez. Volont. giurisdiz., decr. 3-18.5.1995, proc. n. 889/1994, Marino ed altri; ID., decr. 8.5-22.7.1995, proc. n. 886/1994, Barone; ID. decr. 4.2.1995; decr. 25.5-21.9.2001, causa Leban ed altri.

vincere il Giudice dell'opportunità di disporre una C.T.U. (233). Non mancano, inoltre, considerazioni attinenti alla non compatibilità di tale mezzo istruttorio con la natura dei procedimenti in camera di consiglio, dominati dal principio dell'accertamento sommario, per i quali il codice di rito prevede esclusivamente la possibilità che il giudice acquisisca semplici "informazioni" (cfr. art. 738 ult. co. c.p.c.) (234).

Questo orientamento pressoché unanime della giurisprudenza in materia di sanzioni ricorda all'interprete la verità elementare che la C.T.U. non è una prova – la cui introduzione nel processo è nella disponibilità delle parti fermo restando il vaglio da parte del giudice dell'ammissibilità e pertinenza – ma uno strumento di integrazione delle conoscenze extragiuridiche del giudice stesso (235) per il quale, quindi, il giudizio di opportunità gli è esclusivamente riservato, ferma restando, ovviamente, la possibilità che la parte ne solleciti l'impiego. Si comprende allora come il consolidato indirizzo sfavorevole all'utilizzo di tale mezzo istruttorio nei giudizi di che trattasi si fondi anche sulla consapevolezza che le valutazioni patrimoniali effettuate dagli incaricati degli accertamenti nel corso dell'ispezione sono frutto di un processo nel quale sapere tecnico, esperienza professionale, regole di corretta gestione ed applicazione della normativa di vigilanza convergono inscindibilmente di talché sarebbe oltremodo difficile pensare che esso possa essere "replicato" da un professionista ausiliario del giudice (236), oltretutto su di una situazione nel frattempo mutata (237).

Sembra quasi di intuire un'analogia implicita ma forte con l'orientamento del giudice amministrativo rispettoso del "nucleo duro" delle valutazioni tecnico-

(233) Alla mancata allegazione di "elementi documentali, atti a smentire le conclusioni raggiunte in sede di ispezione" fanno riferimento le pronunce citate alla nota precedente. Al fatto che gli accertamenti contenuti nel rapporto ispettivo non "possono essere superati da personali valutazioni dei reclamanti" Appello Roma, sez. Volont. giurisdiz., decr. 9.4-25.6.2001, causa n. 5021/2000, Manganiello.

(234) Appello Roma, sez. Volont. giurisdiz., decr. 30.3-23.5.2000 in causa n. 167/1997, Di Cesare e causa n. 168/1997; decr. 11.12.2000-12.2.2001, causa n. 2043/2000 Aloe e Magliolini; decr. 11.12.2000-4.5.2001, cause riun. n.ri 722/1999 e 2044/2000, Magliolini.

(235) Tant'è vero che la figura del C.T.U. viene disciplinata dal codice di rito che la colloca fra gli ausiliari del giudice (artt. 61 ss. c.p.c.) mentre la disciplina delle prove è dettata dal codice sostanziale (artt. 2697 ss. cod. civ.).

(236) Tale consapevolezza sembra chiaramente affiorare in Appello Milano, sez. Volont. giurisdiz., decr. 7-20.2.2001, cause n.ri 636+637/2000, Rossi ed altri, secondo la quale: "la richiesta C.T.U. non varrebbe a fornire elementi a discarico delle violazioni contestate, considerato che comunque non potrebbe essere il Consulente a giudicare della congruità tecnica delle procedure adottate ... a fronte dei precisi e non negati rilievi mossi dalla Banca d'Italia.". Da quest'ultima notazione, unita alle altre considerazioni riportate poco sopra nel testo in materia di incompatibilità della C.T.U. con il rito camerale, sembra rivenire un'indicazione nel senso che, il contraddittorio sulle valutazioni ispettive economico-patrimoniali debba essere anticipato ed avvenire quindi, in sede di accertamenti ispettivi stessi (che avvenendo presso l'azienda ispezionata consentono l'interlocuzione di responsabili e tecnici aziendali nonché la disponibilità di tutti gli elementi disponibili nel momento in cui l'accertamento è effettuato) ovvero nell'ambito del procedimento sanzionatorio amministrativo, nella fase delle controdeduzioni.

(237) Anche la struttura stessa del giudizio avverso le sanzioni sembrerebbe per alcuni versi poco adatta all'utilizzo della CTU. In esso è infatti l'amministrazione procedente che deve fornire, tramite un'istruttoria rigorosa, la prova della commissione dell'illecito e della sua riconducibilità al sanzionato a titolo (quantomeno) di colpa e tale istruttoria, se è stata intelligibile al sanzionando in sede di fase amministrativa (basata su contestazioni e controdeduzioni), dovrebbe esserlo per il giudice anche senza bisogno di C.T.U.

discrezionali delle Autorità. Quasi che il giudice ordinario – pur preferendo ricorrere, per negare l’ammissione della C.T.U., ai numerosi strumenti sopra ricordati immediatamente disponibili nel proprio armamentario processualciviltistico – consapevole di essere (in sede di controllo giudiziale sulle sanzioni) giudice del corretto esercizio del potere, decidesse di non travalicare i limiti che il giudice espressamente deputato a tale controllo si è dato. Questa sintonia di fondo fra due differenti ordini di giudici su di uno snodo fondamentale del sistema, non clamorosa, anzi, tanto implicita da essere quasi rilevata sottotraccia dall’interprete, appare un dato sicuramente positivo specie se raffrontato con il panorama complessivamente poco esaltante dell’efficienza della nostra giustizia, con le sue insostenibili lentezze e la frequente mancanza di indirizzi univoci su questioni, anche non secondarie, che lascia l’utente privo del fondamentale valore della certezza.

A fronte di questo orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza civile in materia di sanzioni bancarie e finanziarie, risulta un’unica eccezione in una fattispecie, connotata da forti peculiarità, nella quale è stata disposta una C.T.U. (238), che ha peraltro sostanzialmente confermato il quadro di diffuse irregolarità rilevato in sede ispettiva.

Allargando il campo di osservazione alla giurisprudenza civile in generale, è utile ricordare come essa sia comunque incline a riconoscere una particolare valenza probatoria al rapporto ispettivo anche in settori diversi da quello delle sanzioni amministrative, essendo stato ritenuto che, sulla base delle valutazioni e dei

(238) Si tratta del giudizio avverso l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie ex art. 195 t.u.f. nei confronti dei componenti dei collegi sindacali di una SIM, definito con decreto della Corte d’Appello Catania, sez. I civ., 18.5.-10.8.2005, in cause n.ri 111/98, 117/98, 118/98 e 119/98. Nel caso, assai complesso e caratterizzato dalla presenza di contabilità “in nero” non rilevata dall’organo di controllo interno, il collegio giudicante ebbe a disporre una C.T.U. con ordinanza 17.11-30.12.1999 così motivata “... ritenuta, di conseguenza, la necessità di verificare se nella fattispecie in esame tali norme siano state o meno osservate e che, all’uopo, appare indispensabile – in mancanza di sufficienti elementi di giudizio desumibili dalle risultanze processuali allo stato acquisite – disporre consulenza tecnica allo scopo di accertare: 1) se la ... SIM si sia attenuta o meno al rispetto delle regole relative alla separazione organizzativa e contabile di cui agli artt. 11, 12, 13 e 14 del reg. B.I. del 2.7.1991 e se tale materia sia stata oggetto di verifica o meno da parte del collegio sindacale ai sensi di cui agli artt. 16 e 17 del suddetto regolamento; 2) se i valori mobiliari ricevuti dai clienti siano stati, o meno, tenuti distinti da quelli riguardanti i valori di proprietà della SIM Cart. 20) e se le somme di denaro consegnate dalla clientela alla SIM per la esecuzione di incarichi alla stessa conferiti siano state, o meno, depositate dalla SIM presso aziende di credito a norma degli artt. 20 e 21 del citato regolamento; 3) in particolare, infine, se la movimentazione dei conti correnti intrattenuti presso la ... ed il ... sia stata effettuata, o meno, in aderenza ed in conformità alle risultanze delle scritture contabili ufficiali della SIM e se vi siano stati flussi di denaro che siano, comunque, transitati da tali conti in quello in essere presso la ... dispone CTU ...”. In una successiva ordinanza del 21.4-19.5.2000 la Corte riteneva che “non può essere accolta l’istanza ... di revoca dell’ordinanza con cui questa Corte ha disposto C.T.U., posto che non sussiste alcuna norma o principio che, nei procedimenti come quelli in corso, inibisce al giudice di avvalersi dell’assistenza di consulenti di particolare competenza tecnica ove ciò risulti necessario (art. 61 c.p.c.), come nel caso di specie, in cui l’esigenza dell’ausilio tecnico qualificato scaturisce dalla peculiare complessità e specializzazione della materia all’esame della Corte e non è certo determinata né da finalità esplorative né da intenti di riproduzione degli accertamenti ispettivi della Banca d’Italia, traendo origine, al contrario, dalla specifica eccezione degli oppositori secondo cui gli stessi, nella loro qualità di componenti del collegio sindacale, non avrebbero potuto materialmente rilevare le violazioni contestate all’organo amministrativo, in conseguenza della natura occulta della contabilità dallo stesso posta in essere;”.

fatti in esso contenuti, possa procedersi alla dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza di una banca (239) ovvero sottoporre a sequestro i beni di esponenti aziendali di un'azienda di credito in liquidazione coatta amministrativa (240).

Com'è noto, gli accertamenti e le valutazioni contenuti nei rapporti ispettivi sono spesso anche alla base della proposta che la Banca d'Italia fa al Ministro dell'economia per l'emanazione dei provvedimenti di gestione delle crisi delle banche e degli intermediari finanziari: amministrazione straordinaria (a.s.) ex artt. 70 t.u.b. e 56 t.u.f. e liquidazione coatta amministrativa (l.c.a.) ex artt. 80 t.u.b. e 57 t.u.f. L'esistenza delle "irregolarità nell'amministrazione", delle "violazioni delle disposizioni ... che regolano l'attività delle banche" (o dell'intermediario finanziario) o della previsione di "perdite del patrimonio" che se qualificate gravi possono costituire presupposto per l'emanazione dell'a.s. mentre se qualificate "di eccezionale gravità" possono giustificare la l.c.a., sono infatti di solito oggetto di verifiche presso l'intermediario (241).

In proposito è stato ritenuto che: "*Esorbita dall'ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo la valutazione circa l'idoneità dello strumento adottato dall'Organo di vigilanza ai fini del conseguimento dell'obiettivo di risanamento dell'azienda bancaria in crisi. Costituisce apprezzamento di merito precluso al giudice amministrativo in sede di sindacato generale di legittimità, quello relativo alla valutazione circa la 'gravità' dei fatti accertati.*" (242). È interessante notare come tale pronuncia riformi una sentenza di primo grado che aveva annullato il provvedimento di a.s. di una banca che pur ritenendo il presupposto delle gravi perdite del patrimonio connotato da "*una inevitabile discrezionalità amministrativa*" aveva ritenuto le valutazioni ispettive carenti ed erranee "*anche alla luce di quanto risulta da accadimenti od accertamenti successivi al decreto stesso*" (quali gli esiti di una c.t.u. disposta dal Tribunale penale sul valore delle azioni della banca sottoposte a sequestro (243), i risultati della gara per la vendita del pacchetto di maggioranza, l'esito favorevole

(239) Si tratta di un approccio abbastanza consolidato. Fra le non numerose sentenze edite si segnalano: Trib. Benevento, 9.1.1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 333; ID., 14.12.1994, *ivi*, 1995, II, p. 207; Trib. Potenza, 16.2.1998, in *Banca borsa* 1999, II, 621, con note di VIGO e GALANTI, *Sul valore probatorio del rapporto ispettivo di vigilanza*, *ivi*, 2000, II, 67; ID., 13.7.2000, *ivi*, 2002, II, p. 500.

(240) Trib. Frosinone, ord. 3.11.1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1151.

(241) Per una specifica considerazione dell'importante ruolo svolto dal rapporto ispettivo nell'accertamento dei presupposti dei provvedimenti di gestione delle crisi, cfr., in giurisprudenza: Cons. St., IV, 28.10.1980, n. 1008, in *Cons. St.*, I, 1980, p. 1313; TAR Campania, Salerno, 18.12.1988, n. 337, in *TAR*, 1989, p. 675; TAR Lazio, 20.3.1996, n. 429 in *Banca borsa*, 1997, II, 737, con nota di O. CAPOLINO, *Profili processuali e sostanziali dell'amministrazione straordinaria delle banche*; ID., 7.5.1997, n. 685, *ivi*, 1998, II, p. 220, con nota di E. GALANTI, *Un'interessante sentenza del Tar Lazio su alcuni aspetti procedurali e sostanziali della liquidazione coatta delle banche*.

(242) *Cons. giust. amm. reg. sic.*, 19.3.2002 n. 484, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 264, con nota di D. DE FALCO.

(243) In particolare, la perizia rassegnata dal collegio nominato in sede penale (successiva alle valutazioni ispettive) valutava in Lit. 46,6 mld. le perdite su crediti rispetto ai 65,8 mld. delle valutazioni ispettive e ai 23,1 mld. di quelle aziendali.

di alcuni giudizi relativi a posizioni classificate a sofferenza in sede ispettiva, l'irrogazione agli esponenti bancari di sanzioni di lieve entità) (244).

Sempre in materia di provvedimenti di gestione delle crisi, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che *“La valutazione delle irregolarità amministrative, delle violazioni di disposizioni normative ovvero delle perdite patrimoniali come eccezionalmente gravi ai fini dell'adozione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa di una banca, non può commisurarsi ad un parametro oggettivo precostituito, assumibile in tutte le situazioni, tale da poter giustificare la proposizione di una doglianza di disparità di trattamento in situazioni analoghe. Tale valutazione si muove infatti in un quadro operativo concreto, nel quale assumono un carattere decisivo la previsione dell'imminenza di un pregiudizio irreparabile per i creditori e risparmiatori da un lato e l'apprezzamento del grado di affidabilità e fiducia della banca suffragato da considerazioni obiettive sulla sue possibilità di ripresa dall'altro.”* (245).

Quanto al ruolo ed alla valenza degli accertamenti ispettivi, è stato ritenuto che *“Costituisce presupposto sufficiente per lo scioglimento degli organi di una banca la previsione di gravi perdite formulata sulla base degli accertamenti ispettivi ... La conduzione degli accertamenti da parte degli ispettori della Banca d'Italia non può essere contestata adducendo genericamente difformi valutazioni sull'affidabilità dei crediti o l'erronea interpretazione delle regole tecniche applicate.”* (246). In un caso relativo ad un'a.s. di una banca, è stato poi affermato che *“secondo le ordinarie regole processuali, l'attore non può limitarsi ad opporre una propria valutazione a quella effettuata dalla P.A., senza fornire un principio di prova, da un lato, della giustezza del suo ragionamento e, dall'altro, dell'erroneità ed inattendibilità di quello effettuato dalla P.A. In ipotesi come quella della specie, infatti, prevale il principio che le conclusioni rassegnate da quest'ultima si presumono legittime fino a prova del contrario”* (247). Analogamente

(244) TAR Sicilia, Catania, 8.9.2000 n. 1591, in *Banca borsa*, 2001, II, 379, con nota di A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?* Secondo la citata pronuncia di appello, tuttavia: *“è agevole constatare come la sentenza appellata esorbiti largamente dall'ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità laddove, da un lato, assume l'inidoneità del mezzo impiegato (amministrazione straordinaria) ai fini del conseguimento dell'obbiettivo di risanamento a cui lo stesso è istituzionalmente preordinato, e dall'altro, laddove procede ad una minuziosa analisi critica delle singole situazioni prese in esame dall'istituto di vigilanza in sede di verifica ispettiva ... in ogni caso la sentenza di primo grado appare viziata e meritevole di riforma nella parte in cui utilizza, quali parametri di riferimento, valutazioni tecniche formulate a fini totalmente diversi in altra sede giudiziaria ..., nonché eventi venuti a maturazione in epoca largamente successiva all'adozione del provvedimento impugnato ... questi ultimi resi verosimilmente possibili e praticabili proprio a seguito dell'azione svolta dall'organo straordinario medio tempore insediatosi.”*

(245) TAR Lazio, 7.5.1997 n. 685, cit.

(246) TAR Lazio, 20.3.1996 n. 429, cit.

(247) TAR Lazio, I, 7.2.2005, n. 1087, in *Foro amm. – TAR*, 2005, 398, il passaggio riportato nel testo è in motivazione, sub par. 2. Sempre in materia di a.s. va segnalata un'autorevole pronuncia del giudice civile che, esaminando l'istituto dell'autorizzazione della Banca d'Italia al commissario straordinario per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli esponenti dei disciolti organi aziendali (prevista dall'art. 72.5 t.u.b.), ha ritenuto che essa *“se motivata, costituisce atto amministrativo legittimo che sfugge al sindacato del giudice ordinario, tanto con riferimento ai vizi di motivazione, quanto con riferimento alle ragioni di opportunità che ne costituiscono il fondamento.”* Cass., sez. I, 12.6.2007, n. 13765, in *Foro it.*, 2008, I, 1573, con nota di F.S. COSTANTINO.

mente, in un'altra fattispecie del genere, è stato osservato che: *“Le riferite acquisizioni non contestate, se non con rinvio ad una successiva consulenza di parte, evidenziano l'infondatezza della censura: l'inesistenza di un preteso parametro normativo di riferimento al quale ancorare, anche contabilmente, il concetto di gravi perdite autorizza a ritenere che la valutazione è stata condotta alla stregua di un prudente apprezzamento del bene protetto dalla norma; valutazione che, nella specie, non appare essere né irragionevole né incongrua ed ha per oggetto la capacità di una sana ed oculata gestione che l'amministrazione resistente reputa compromessa dalle risultanze prospettate.”* (248).

Un'ordinanza di ammissione di C.T.U. in un giudizio amministrativo coinvolgente i poteri di vigilanza è intervenuta in un ricorso avverso un provvedimento di cancellazione dall'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. di un intermediario attivo nel campo del rilascio di garanzie e fidejussioni, adottato dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 111 dello stesso t.u.b. (249).

Un altro caso di ammissione di una C.T.U. riguarda un ricorso, ancora pendente, avverso un diniego di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria ex art. 14 t.u.b. (250).

(248) TAR Campania, Salerno, 12.4.2000 n. 210, in *TAR*, 2000,I, 2751.

(249) La C.T.U. veniva disposta con sentenza interlocutoria del TAR Lazio, sez. I, 3.1.2005 n. 1 con la quale il collegio, dato atto del precedente parziale accoglimento di alcune istanze di sospensiva del provvedimento subordinatamente alla prestazione di idonee garanzie, osservava che *“ai fini della trattazione delle molteplici e complesse problematiche poste dalla controversia appare utile ampliare l'ambito delle risultanze già agli atti, disponendo incombenti istruttori tesi a conseguire ulteriori elementi di valutazione. A questo riguardo, pertanto, ..., si ravvisa opportuno disporre una consulenza tecnica d'ufficio onde acquisire elementi sui seguenti quesiti: – sulla possibilità di considerare superate, in tutto o in parte, le deficienze e irregolarità originariamente accertate a carico della società ricorrente, e, nel secondo caso, sui profili in relazione ai quali residuino manchevolezze strutturali o condizioni di permanente irregolarità; – sui tempi, modi ed oneri economici occorrenti ai fini di un eventuale superamento da parte dell'operatore delle manchevolezze strutturali e condizioni di irregolarità residue; – sul livello di importanza delle irregolarità accertate attraverso la seconda ispezione della Banca d'Italia, alla stregua di parametri richiamati dal provvedimento impugnato e alla luce della prassi operativa di settore, ma anche in comparazione con le risultanze originariamente riscontrate presso lo stesso operatore; – sul grado di incidenza delle violazioni accertate sullo standard della 'sana e prudente gestione', definito in base ai parametri richiamati dal provvedimento impugnato e alla luce della prassi di settore; – sulla possibilità di ricostruire, alla luce delle condizioni aziendali esistenti al tempo del provvedimento di cancellazione, la complessiva esposizione al rischio dell'intermediario, indicando le eventuali aree in relazione alle quali tale ricostruzione nonostante il ricorso alla migliore diligenza professionale non dovesse risultare possibile e le relative ragioni.”*. Tale decisione è relativa ad un settore nuovo nel quale lo stesso Organo di vigilanza adottava uno dei primi provvedimenti della specie. Avendo la formulazione dei quesiti formato oggetto di una difforme interpretazione da parte della ricorrente e dell'autorità resistente il magistrato delegato chiariva che, poiché l'oggetto del giudizio pendente era la legittimità del provvedimento impugnato, la C.T.U. avrebbe dovuto tenere conto della *“situazione aziendale esistente alla data di adozione di tale atto”*, fermo restando che, ai soli fini dell'accertamento del grado d'impegno necessario per ovviare alle deficienze esistenti alla data di riferimento, i periti avrebbero potuto fare riferimento anche ad eventuali sviluppi successivi alla data suddetta. Avendo gli accertamenti peritali sostanzialmente confermato la persistenza delle numerose criticità riscontrate dall'Organo di vigilanza, il TAR Lazio rigettava il ricorso con sentenza 1.3.2006 n. 1536, avverso la quale veniva proposto appello al Consiglio di Stato il quale non arrivava tuttavia ad emettere pronuncia di merito in seguito ad una sopravvenuta carenza di interesse.

(250) TAR Campania, ord. istr. 21.3.2009, in causa R.G. n. 5142/1998 che così motiva *“osserva il Collegio, che, ai fini del decidere, appare necessario, secondo quanto peraltro espressamente richiesto da parte ricorrente, effettuare approfondimenti istruttori in relazione agli elementi utilizzati per giustificare*

10. Conclusioni.

È giunto il momento di trarre alcune conclusioni da questo lavoro il cui scopo non è quello di giungere alla verifica di una tesi ma di analizzare l'evoluzione delle tendenze dottrinali e giurisprudenziali sul tema del controllo giudiziale della discrezionalità della P.A. con particolare riferimento alle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Una prima considerazione che la presente analisi suggerisce è che, dagli albori della giurisprudenza amministrativa ad oggi, la problematica del controllo giudiziale in materia discrezionalità tecnico-amministrativa presenti una notevole continuità delle tematiche di fondo.

Il cuore del problema, ora come allora, è rappresentato dall'attribuzione all'amministrazione da parte del legislatore di un nucleo di valutazioni discrezionali, spesso tramite l'indicazione di finalità esemplificate da concetti giuridici indeterminati, supportate da discipline "tecniche" (arti o scienze di varia natura) e dal tipo di controllo che il giudice può effettuare su tali valutazioni.

L'analisi intersettoriale ha permesso di verificare che tale problematica non subisce, nelle diverse materie oggetto di esame, variazioni di rilievo atteso che i termini di fondo di tale dialettica (esistenza ed estensione di un nucleo "di merito" riservato all'amministrazione, latitudine, profondità e strumenti del controllo giudiziale in sede di giurisdizione di legittimità) rimangono essenzialmente gli stessi sia che oggetto dell'esame giudiziale siano l'urbanistica, gli appalti, la tutela paesaggistica e storico-artistica o le valutazioni di idoneità dei dipendenti pubblici, che la tutela della concorrenza e del mercato o la vigilanza bancaria e finanziaria oggetto approfondimento nel corso del presente studio.

Quello che cambia nel raffronto fra le materie elencate per prime e quelle affidate alla cura delle c.d. autorità amministrative indipendenti oggetto del presente esame non è tanto l'intensità del dato tecnico o la sua maggior o minor oggettività (251) quanto la tipologia degli interessi in gioco (qualificati come "sensibili" per il loro rilievo costituzionale e la loro crescente importanza sociale)

l'impugnato diniego, e che sarebbero emersi all'esito dell'ispezione effettuata da funzionari della Banca d'Italia. In particolare, tenendosi conto delle argomentazioni delle parti ... occorre accertare: – se alla luce delle evidenze contabili e tenuto conto della normativa vigente al momento del diniego siano state, o meno, correttamente effettuate le rettifiche apportate all'entità del patrimonio sociale, così da ricondurlo al di sotto della soglia minima di £ 2 miliardi; – se sussistano, o meno, le dedotte anomalie nella gestione degli assegni e nel rimborso delle quote di capitale, nonché se trovino rispondenza nella realtà gli elementi che hanno condotto l'organo di vigilanza ad affermare la ravvisabilità nella gestione della società, di 'disordine amministrativo e approssimazione contabile'; – se, più in generale, possano dirsi rispondenti ai canoni di riferimento le modalità di svolgimento dell'ispezione presso la società ricorrente, e se le negative evenienze in tale occasione riscontrate presentino effettivo fondamento. Il Tribunale, stante la complessità e il particolare tecnicismo degli accertamenti occorrenti, reputa opportuno affidarne l'espletamento ad una commissione peritale ...".

(251) Si è infatti visto come alcune materie, come gli appalti o l'urbanistica, utilizzino discipline caratterizzate talvolta da un alto tasso di tecnicismo e anche da certo grado di oggettività (ad esempio l'ingegneria), talaltra meno (ad esempio, storia dell'arte), pur dando luogo, nel complesso, a problematiche simili a quelle analizzate per i settori di competenza delle *authorities* oggetto del presente studio.

e la particolare natura del soggetto pubblico al quale essi sono affidati. Tuttavia, mentre l'accresciuta importanza qualitativa e quantitativa dei settori affidati alle *authorities* ha accentuato la rilevanza della problematica del riesame giudiziale dei loro atti ed ha portato, in sede processuale, all'introduzione di un rito acceleratorio inteso a dare alle relative controversie una più sollecita soluzione, non sembra che essa abbia prodotto un mutamento di fondo del modo con il quale il giudice deputato al controllo del corretto esercizio del potere amministrativo ha affrontato la problematica stessa.

L'innovazione più significativa in materia, favorita dalla progressiva affermazione della cultura della trasparenza amministrativa, si colloca a cavallo dell'ultima decade dello scorso secolo quando la giurisprudenza ed il legislatore, come si è visto, arrivano – significativamente a poca distanza l'una dall'altro – ad introdurre la C.T.U. fra i mezzi istruttori esperibili innanzi al giudice amministrativo.

Dall'esame della giurisprudenza formatasi successivamente sembra emergere come l'effetto di questa innovazione sia stato prevalentemente quello di aumentare nel giudice amministrativo la consapevolezza di essere investito di un controllo diretto ed intrinseco del corretto uso della discrezionalità (tecnico-amministrativa) da parte della P.A. (sia essa di tipo tradizionale ovvero "indipendente"), sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logica, portando ad una ridefinizione dell'area del "merito" sottratto al riesame giudiziale. Dall'esame della giurisprudenza formatasi in materia *antitrust*, emerge chiaramente come il giudice ritenga ormai di avere un accesso pieno al fatto e di poter controllare la correttezza non solo procedimentale ma anche logica (e quindi tecnica) dell'*iter* argomentativo percorso dall'autorità, ritenendo tuttavia di doversi arrestare di fronte all'essenza del potere discrezionale di scelta dell'amministrazione.

Quello che si riscontra è che – analogamente a quanto avviene per la dialettica legittimità/merito e per il connesso dibattito sulla latitudine del sindacato consentito tramite l'esame delle censure di eccesso di potere – i confini di queste due aree (procedimento/logicità del ragionamento/fatto inteso in senso ampio da un lato, volizione/discrezionalità/scelta dell'amministrazione, dall'altro) non risultano definiti in modo rigido ma sono abbastanza elastici sì da venir adattati al caso concreto dal giudice (252). Dall'esame della giurisprudenza emerge comunque come pacifico l'assunto basato sull'impossibilità, per il giudice, di sostituirsi all'amministrazione attraverso una riedizione del potere amministrativo il che comporta, come corollario, l'affermazione che il giudice amministrativo non possa

(252) Si potrebbe quindi essere di fronte ad un'ipotesi di estrinsecazione della discrezionalità del giudice. Per l'analisi delle caratteristiche di quest'ultima rispetto a quelle dell'amministrazione è d'uopo rinviare a M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale* ..., cit., 113 s., secondo il quale "... nella discrezionalità del giudice l'apprezzamento dell'opportunità politica consiste non già nella valutazione di un interesse principale al lume di interessi secondari, com'è nella discrezionalità amministrativa, ma nella valutazione degli interessi contendenti delle parti, che il giudice è chiamato a comporre. ... la differenza fondamentale fra discrezionalità amministrativa e giurisdizionale consiste, così come per quella tra discrezionalità amministrativa e legislativa, nella diversa posizione degli interessi da valutare?".

sostituirsi all’Autorità nella definizione dei concetti giuridici indeterminati (253). Contemporaneamente, affiora tuttavia altrettanto netta l’affermazione che il sindacato di legittimità diretto sul fatto e sull’individuazione da parte dell’autorità del parametro normativo utilizzato possa spingersi a “*censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili.*” (254). È quindi evidente che, dato che giudizio tecnico e valutazioni amministrative sono spesso indistricabilmente connessi, attraverso la valutazione piena del primo il controllo giudiziale arriva spesso assai vicino al merito amministrativo senza tuttavia poter, in teoria, mai pienamente attingerlo.

L’ammissione della C.T.U. nell’ambito del processo amministrativo ha avuto quindi l’effetto di aver dato maggior forza e consapevolezza ad un indirizzo giurisprudenziale favorevole ad un controllo intrinseco della discrezionalità. È interessante notare come ciò sia avvenuto a prescindere dal concreto utilizzo dell’istituto che, nelle materie oggetto del presente studio, non sembra sia stato particolarmente diffuso.

Le ragioni per le quali il giudice amministrativo ha fatto, in pratica, un utilizzo assai moderato di tale strumento sembrano da ricondurre, per la materia dell’*antitrust*, al fatto che il contraddittorio tecnico fra le ragioni dell’autorità e quelle aziendali è sostanzialmente anticipato alla fase istruttoria, di talché il giudice – sempre più “specializzato” grazie alla competenza unica del TAR Lazio esistente *ab origine* in questo campo – è in grado di formare il proprio giudizio su di un abbondante materiale, senza bisogno di ulteriori approfondimenti tecnici (255). Per quanto riguarda la vigilanza bancaria e finanziaria, invece, lo scarso ricorso dei giudici a tale strumento sembra trovare spiegazione prevalentemente nella tradizionale fiducia da essi riposta nell’intrinseca solidità ed attendibilità degli accertamenti ispettivi di vigilanza tanto che i casi nei quali la C.T.U. è stata in concreto disposta possono, al momento, qualificarsi come eccezionali e sembrano trovare una giustificazione nella singolarità dei casi – intrinseca o rapportata all’esperienza dei giudici (256) – o alla novità delle materie in esame (257).

(253) Come affermato da Cons. St., VI, 14.3.2000, n. 1348 (cit. supra, par. 8), a proposito della nozione di “mercato rilevante”.

(254) Cfr. Cons. St., sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, anch’essa cit. supra, par. 8.

(255) È quanto emerge chiaramente da Cons. St., sez. VI, 2.3.2004, n. 926, sempre cit. supra, par. 8, che fa espresso al c.d. “*adversary system*”.

(256) Sembra questo, ad esempio, il caso delle sanzioni ex art. 195 t.u.f. decise con Appello Catania, sez. I civ., 18.5.-10.8.2005, cit. alla fine del paragrafo precedente nel quale, la determinazione del giudice di avvalersi della C.T.U., oltre che alle singolarità del caso *sub judice*, potrebbe essere stata motivata dall’assoluta novità della materia sanzionatoria finanziaria per la Corte territoriale. Ciò potrebbe invece spiegare perché la Corte di appello di Roma – la cui competenza esclusiva a conoscere dei ricorsi avverso le sanzioni in materia bancaria data ormai dalla l.b. del 1936-38 – non abbia mai sentito il bisogno di ricorrere a tale strumento.

(257) Come nella controversia affrontata dal TAR Lazio della quale si è detto al paragrafo precedente (cfr. nt. 249) nella quale il giudice amministrativo esaminava per la prima volta un provvedimento di cancellazione di un intermediario finanziario dall’elenco speciale di cui all’art. 107 t.u.b.

È forse presto per valutare appieno gli effetti di lungo periodo che l'affermarsi di un controllo giudiziale esteso al fatto ed al giudizio tecnico, con la conseguente progressiva riduzione della sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione, può avere sull'agire della P.A. È tuttavia probabile che esso stimoli un ulteriore rafforzamento del rigore e dell'analiticità dell'istruttoria procedimentale che tradizionalmente caratterizza i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti.

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO - FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).

- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI - MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI - P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993.
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO - G. CARRIERO - P. DE VECCHIS - M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995.
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI - R. D'AMBROSIO - G. CARRIERO - O. CAPOLINO - M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.

- n. 46 – PAOLO CIOCCA - ANTONELLA MAGLIOCCO - MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS - G.L. CARRIERO - O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998.
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO - D. PITARO - G. RICOTTI - A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.
- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007.
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perchè le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.

*Finito di stampare
nel mese di giugno
presso il Centro Stampa
della Banca d'Italia in Roma.*