

Il giudice, il potere e la riserva di conoscenza*.

Gabriella De Giorgi Cezzi

SOMMARIO: 1. Esiste una riserva di conoscenza in capo all'amministrazione? All'origine del problema. 2. La questione della c.d. discrezionalità tecnica: dalla finalità di regolazione di confini (spetta al giudice o all'amministrazione la conoscenza delle questioni tecniche?) a quella conoscitiva (quali sono le tecniche utilizzabili per un efficace controllo della scelta dell'amministrazione?). 3. Conoscenza vs. bilanciamento. 4. Verso la residualità del sistema dell'eccesso di potere. 5. L'atto politico, questo sconosciuto, nuovo cavallo di Troia?

1. Esiste una riserva di conoscenza in capo all'amministrazione? All'origine del problema.

A partire da quando l'esercizio del potere delle pubbliche amministrazioni è divenuto giustiziabile, si è posto il problema, oggetto di un dibattito ricorrente e mai del tutto concluso, dei limiti del controllo che su di esso può esercitare il giudice. Il problema sorge in particolare quando l'indagine cade sui presupposti di fatto della decisione dell'amministrazione, e quando quei presupposti siano indeterminati, prevedano clausole generali, o implicino questioni tecniche dalla cui soluzione dipende la decisione.

In particolare, quando la previsione normativa preveda questioni presupposte dai contenuti elastici o indeterminati, si pone il problema di come ridurne e asciugarne, nei limiti del possibile, il contenuto, e quello connesso di chi, fra il giudice o l'amministrazione, sia competente a farlo. Si tratta allora di affrontare nodi che, con poche varianti, giungono a noi negli stessi termini in cui vennero impostate a fine '800, quando nacque il giudice amministrativo, in particolare attraverso il filtro a lui affidato del controllo di legittimità sotto quel particolarissimo vizio che è l'eccesso di potere.

* El presente trabajo corresponde a la exposición brindada en las IX Jornadas Ítalo Argentinas de Derecho Administrativo, organizadas por el Gobierno de la Provincia de Salta y la Asociación Ítalo Argentina de profesores de Derecho Administrativo, Salta, los días 6 y 7 de diciembre de 2017.

La questione si intreccia con una domanda centrale che si affaccia agli inizi del '900 quando per così dire esplose la 'questione' tecnica, per effetto di trascinamento del grande impulso che la tecnica stessa aveva avuto con la prima guerra mondiale, col simmetrico sviluppo dell'attività militare e delle conoscenze scientifiche e tecnologiche a essa legata¹ e con l'assunzione diretta da parte dello Stato delle ferrovie.

Dietro la domanda di come un giudice debba affrontare i presupposti della decisione giuridica, e specialmente i presupposti 'tecnici', si poneva in realtà una domanda più centrale: esiste un monopolio della conoscenza? Può un giudice (coi suoi scarni mezzi di cognizione, e a quel tempo non fornito neppure di ausilio peritale, e comunque irresponsabile) sostituire il suo giudizio a quello dell'amministrazione quando il 'fatto' da esaminare è talmente complesso che solo un apparato sofisticato come quello amministrativo potrebbe sciogliere, o comunque sciogliere assumendosene le responsabilità? Esiste una 'riserva di conoscenza' in capo all'amministrazione o addirittura ai suoi agenti (tanto da ritenere che ne rispondessero a titolo individuale) e se no, in che limiti con questa conoscenza può interferire il giudice della decisione?

In quel momento storico si trattava certo anche di capire come e in che limiti si raccordassero due attività –quella tecnica e quella amministrativa– che sebbene spesso intrecciate apparivano del tutto diverse per oggetto e metodi. Ma fu subito chiaro, a partire dagli studi di Ranelletti che primo cercò di dare una sistemazione teorica all'attività tecnica della pubblica amministrazione², che la tecnica (la specialità del suo sapere, la diversità e complessità dei suoi accertamenti e valutazioni) era utilizzata come ragione o meglio pretesto per rafforzare il carattere derogatorio dell'agire amministrativo, soprattutto attraverso la negazione di forme di responsabilità verso i privati che potessero scaturire dal suo esercizio. Si deve perciò a Ranelletti l'emersione del problema della discrezionalità tecnica che da nozione utilizzata come limite del sindacato del giudice divenne limite che circoscrive il potere discrezionale della pubblica amministrazione e, da questa diversa impostazione teorica, aprì la possibilità del sindacato giudiziario su di essa³.

¹ Sul punto, Bachelet, Vittorio, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, pp. 13 ss. che riprende sul punto, Giannini, Massimo Severo, "L'organizzazione della ricerca scientifica", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pp. 2 ss.

² Si cfr. Ranelletti, Oreste, *Principi di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, p. 350 ss.

³ Bachelet, Vittorio, *op. cit.*, spec. pp. 35-36, 49-50, con richiamo a Ranelletti, Oreste, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 359 e Id., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 360 ss. dove è chiara la distinzione fra discrezionalità amministrativa e tecnica: la prima che ha *causa* nella soddisfazione dei bisogni e degli interessi collettivi, la seconda, nella "risoluzione di problemi tecnici", con la specificazione che "nei problemi tecnici si considerano le questioni economiche, igieniche, sanitarie, di costruzione, pedagogiche e così via: e il criterio del decidere in essi, in base a cui, cioè, o secondo cui quei problemi devono essere risolti, gli atti o le opere compiute, è dato non dalle esigenze collettive da soddisfare, a cui in questo momento non si può avere riguardo, ma dalle norme tecniche di agricoltura, igiene, scienza delle costruzioni, pedagogia, ecc. da cui quella data materia è regolata". In questo contesto il "problema tecnico" è affrontato dall'A. (*ivi*, pp. 368-369) più per delineare la distinzione fra potere giudiziario e potere amministrativo,

Da questo momento i problemi –o spesso gli pseudo-problemi– legati alla nozione⁴ sarebbero però mutati di impostazione, da riserva di autorità a riserva di conoscenza dell'amministrazione, esaminata però coi metodi giuridici del controllo di legittimità e dell'eccesso di potere in particolare.

2. La questione della c.d. discrezionalità tecnica: dalla finalità di regolazione di confini (spetta al giudice o all'amministrazione la conoscenza delle questioni tecniche?) a quella conoscitiva (quali sono le tecniche utilizzabili per un efficace controllo della scelta dell'amministrazione?).

La rilevanza per il mondo del diritto dell'attività tecnica strumentale all'emanazione di un atto giuridico era dunque questione acquisita agli inizi del ventesimo secolo e con essa le smagliature di un sistema di tutele ancorate all'atto. Grazie al riconoscimento, a opera del Ranalletti, del suo valore giuridico per la decisione giuridica e della sua imputabilità allo stato, era dunque maturata la consapevolezza della grande influenza che accertamenti, apprezzamenti e giudizi tecnici hanno rispetto alle decisioni amministrative e lo stretto legame e anzi intreccio che vi è fra il giudizio tecnico e i “giudizi di amministrazione”⁵. Ciò aveva consentito di abbandonare le originarie impostazioni secondo cui la decisione tecnica coincideva con un'area riservata all'amministrazione, in cui era perciò preclusa all'indagine giudiziaria. Un primo risultato fu perciò di ritenere la nozione di discrezionalità tecnica non un limite alla cognizione giudiziaria, ma come strumento per contenere e limitare il potere dell'amministrazione. Quei progressi si sono però subito arenati nelle secche del ragionamento giuridico. Una volta infatti che i presupposti della decisione sono stati attratti nella sfera del giuridicamente rilevante è accaduto che il loro controllo, filtrato attraverso il vizio dell'eccesso di potere, ha finito per consentire il ricrearsi, sia pure in differenti forme, di un'area di rinnovata immunità dal controllo giudiziario.

Questo effetto paradossale si è potuto constatare in modo particolare quando il presupposto della decisione sia l'applicazione di una norma tecnica che presenti un contenuto elastico, complesso o indeterminato, in quelle ipotesi, cioè, che hanno costituito il terreno

con la specificazione che il g.o. ha piena competenza alla risoluzione di una questione tecnica solo quando essa “non tocchi né pregiudichi una questione amministrativa”; mentre in quest'ultimo caso, e cioè nell'ipotesi in cui “l'apprezzamento tecnico debba farsi in relazione ad un interesse collettivo, quindi ad un apprezzamento di natura collettiva, per risolvere una questione di amministrazione, la competenza a risolvere la questione tecnica può essere solo dell'autorità amministrativa”: ma si tratterà di ipotesi di attribuzione di potere discrezionale (o meglio tecnico-discrezionale). Questo non esclude che “la questione tecnica può essere intimamente collegata a quella amministrativa, in modo da influire sulla legittimità o sulla convenienza dell'azione amministrativa”.

⁴ Bachelet, Vittorio, *op. cit.*, p. 14, p. 37 ss.

⁵ Per l'annotazione che tutte le decisioni amministrative, quando si sia in presenza di attività discrezionale, incorporano “giudizi”, si v. Giannini, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 45 ss. In questo senso Bachelet, Vittorio, *op. cit.* p. 30 ss., il quale ricorda che le decisioni amministrative possono manifestarsi sia sotto forma di decisioni giuridiche che di “giudizi politici”, alludendo proprio alla costruzione gianniniana della discrezionalità.

di cultura di quelli che da lungo tempo sono apparsi, più che problemi, pseudo-problemi, portati dalla formula della c.d. discrezionalità tecnica⁶. E' stato infatti dimostrato come la formula, col suo portato di limite alla conoscenza giudiziale della questione tecnica, sia stata utilizzata nel suo sorgere solo per mascherare dietro la tecnica, e il rispetto quasi sacrale che le era dovuto, questioni che avevano in realtà radici metagiuridiche⁷, affatto diverse dal problema della esattezza o meno di una soluzione tecnica e della sua incidenza sulla decisione amministrativa. Quest'ultimo infatti aveva tutte le caratteristiche di un falso problema, risolvibile con la semplice constatazione che esistono "solo accertamenti, apprezzamenti e giudizi tecnici che possono essere riferiti tanto ad atti discrezionali, quanto ad atti vincolati", solo che, in presenza dei primi, essi costituiscono dati ed elementi di valutazione della scelta amministrativa, mentre, in presenza dei secondi, integrano presupposti che condizionano addirittura la legittimità dell'atto: il che avrebbe portato alla conclusione che la c.d. discrezionalità tecnica in realtà non esiste⁸.

Se la formula ebbe invece tanta e perdurante fortuna fu perché la tecnica venne utilizzata dalla giurisprudenza come limite alla conoscenza della questione non perché l'autorità giudiziaria non fosse in grado di valutare ad esempio la insalubrità di una stanza in una causa intentata da un pubblico dipendente, "ma perché riteneva che tale sindacato le fosse interdetto a causa della discrezionalità 'tecnica' propria della pubblica amministrazione nell'organizzare e gestire i suoi servizi", con la conseguenza che "la insindacabilità non derivava in realtà dal tipo di discrezionalità legato a determinate regole scientifiche o tecniche, ma piuttosto dal fatto che la violazione (talora anche palese) di tali norme era effettuata nell'esercizio di un potere impero, quale veniva considerato quello di organizzazione e gestione dei servizi amministrativi". Per queste ragioni il ricorso alla formula della discrezionalità tecnica servì a consentire "non già il ricorso a regole tecniche, ma il superamento della osservanza di tali regole, persino elementari, a causa delle esigenze organizzative e, sia pure, tecniche della gestione del complesso servizio", e tutto questo "non già in ossequio, dunque, alla scienza e alla tecnica, ma all'autorità del potere amministrativo": tanto da tramutare la discrezionalità c.d. tecnica "in discrezionalità politica assoluta"⁹.

C'è dunque da chiedersi se e quanto di queste ragioni permangano tutt'oggi, sia pure sotto mutate forme, anche dopo l'attrazione nella sfera del giuridicamente rilevante della "questione tecnica"¹⁰.

⁶ In particolare, secondo Bachelet, Vittorio, *op. cit.* pp. 37-38, questo rilievo riguarda proprio il problema legato all'uso della nozione di discrezionalità tecnica, che "si è atteggiata in modo molto vario nella dottrina e nella giurisprudenza ed è nato probabilmente da un certo equivoco che ha radici metagiuridiche".

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ivi*, p. 41.

⁹ *Ivi*, pp. 45-47. Secondo questa originaria interpretazione, l'ordinamento avrebbe consentito di poter superare, senza nemmeno il bisogno di un'esplicita deroga, anche principi di diritto comune, comprese quelle "che obbligano chiunque a comportarsi nell'esercizio delle proprie attività, secondo elementari regole di prudenza e perizia indispensabili per evitare il pericolo in danno altrui".

¹⁰ Da quando fu chiaro, con Ranelletti, Oreste, *Principi di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 351 ss. che le valutazioni tecniche richieste dall'ordinamento per il compimento dell'azione amministrativa servivano "per

Sorge qui la questione di metodo cui si accennava.

Attratta nei confini del giustiziabile, la questione dei presupposti della decisione (si tratti di clausole generali o di giudizi tecnici) è apparsa infatti indagata più con intenti definitivi, di regolazione di confini, per stabilire chi, fra giudice e amministrazione, sia abilitato a conoscerle, che conoscitivi, per stabilire quali fossero le tecniche utilizzabili per un efficace controllo della scelta dell'amministrazione, utili in particolare a formulare una valutazione di accettabilità della scelta stessa, soprattutto in presenza di margini di indeterminatezza dell'azione.

Quest'ultimo approccio metodologico appare però se non incompatibile certamente distinto, per metodo e obiettivi, da quello interessato solo al profilo della deviazione della scelta dal fine in quanto tale, profilo in cui si risolve lo spazio del vizio di eccesso di potere attraverso cui è stata esaminata la c.d. discrezionalità tecnica, una volta attratta nella sfera del giustiziabile.

L'antinomia pone tuttavia una questione importante per l'interprete moderno: che, ribaltando la prospettiva pandettistica che vuole la questione metodologica indipendente dall'oggetto, creda invece che non vi sia un oggetto "dato" indipendentemente dal modo con cui lo si conosce, ma che sia il metodo a generare e plasmare l'oggetto dell'indagine.

Con la conseguenza che se il metodo è quello che porta (quantomeno) alla ridefinizione degli spazi di operatività della tecnica di controllo che va sotto il nome di eccesso di potere, l'oggetto del controllo giudiziale ne risulta ridefinito nei contenuti.

Individuare un differente approccio metodologico al problema serve infatti non a escludere ma a contenere entro più ridotti spazi di operatività la tecnica di controllo che va sotto il nome di eccesso di potere e a raggiungere la consapevolezza che, anche quando la distinzione fra i due diversi metodi non sia possibile o nitida come a prima vista potrebbe apparire, l'utilizzo della tecnica dell'eccesso di potere deve avvenire proprio per questa ragione in modo più cauto.

Non è un caso quindi che l'ordinamento giuridico, sia interno che europeo, evidenzii una nuova consapevolezza di metodo: il primo quando, col richiamo al principio di proporzionalità (Art. 1° L. N° 241/1990), pone il problema della plausibilità della decisione, e per ciò stesso indica la necessità di un ridimensionamento (quantomeno della pervasività) della tecnica dell'eccesso di potere; il secondo quando chiarisce che la sua utilità è limitata alle sole ipotesi in cui sia necessario il controllo della mera devianza dal fine in quanto tale, e in questa prospettiva lo utilizza come strumento per l'estensione del controllo di legittimità (Art. 263 TFUE), secondo l'originaria idea di un vizio "sans texte formel"¹¹.

apprezzare convenientemente le esigenze degli interessi collettivi e stabilire il modo e i mezzi per soddisfarli, proporzionare ad essi l'operazione e il provvedimento".

¹¹ Sul punto, cfr. Cardì, Enzo - Cognetti, Stefano, "Eccesso di potere (atto amministrativo)", in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 342 ss. Per il riferimento del vizio a una potestà il cui contenuto è definito da poteri non rigidamente vincolati all'applicazione al caso concreto di una determinata norma di legge, si v. Modugno, Franco - Manetti, Michela, "Eccesso di potere. II. Eccesso di potere amministrativo", in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 2 ss.

3. Conoscenza vs. bilanciamento.

Discrezionalità e discrezionalità tecnica sono però nozioni che, pur riguardano profili del tutto diversi, grazie al comune medium linguistico sono state accomunate nell'indagine degli studiosi, finendo entrambe per mettere nell'ombra la distinzione fra conoscenza e bilanciamento: distinzione però utile in quegli ordinamenti, come quello italiano, in cui la nozione di discrezionalità proprio per questa ragione ha finito per riguardare anche le premesse di fatto della decisione, portando all'idea che attenga al merito, e perciò non sia sindacabile se non per macroscopici vizi di illogicità, la valutazione di quelle applicative di clausole generali. Occorre dunque condurre l'indagine ben oltre le tecniche di controllo proprie dell'eccesso di potere, e affrontare la questione preliminare del se, e in che termini, esista una riserva di conoscenza in capo all'amministrazione in ordine ai fatti che implicino giudizi tecnici opinabili. Si tratta in definitiva di affrontare un percorso che il giudice amministrativo ha intrapreso con andamento discontinuo, caratterizzato da significativi passi in avanti e altrettanto significativi ripensamenti, di cui si ricorderanno solo i punti salienti.

Del tutto differente, e scevra da profili per così dire ideologici, è invece il sistema interessato alle tecniche per giungere a un giudizio di accettabilità della decisione assunta dall'amministrazione.

Quando infatti l'obiettivo è quello di valutare l'accettabilità in termini di proporzione della scelta amministrativa, la tecnica di riferimento –transitata nel diritto interno attraverso l'ordinamento europeo– è quella del giudizio di proporzionalità, articolato nel sistema dei tre test giuridici alla tedesca, dell'idoneità della scelta, della sua necessità, della sua adeguatezza (o controllo di proporzionalità in senso stretto). Rinviando agli studi che hanno esaminato in modo puntuale quel sistema¹², è qui sufficiente richiamarne i tratti di differenza rispetto a quello dell'eccesso di potere –il primo trifasico e bivalente (si articola nei tre test di cui si è detto ed è valevole sia per l'amministrazione che per il giudice); il secondo monofasico e monovalente (si riduce al controllo del rispetto del fine e vale solo per il giudice ma non per l'amministrazione)¹³–, per constatare che i due diversi sistemi rispondono in astratto a diverse esigenze: al controllo delle scelte nel bilanciamento delle possibili alternative, il sistema della proporzionalità (in presenza della domanda se il bilanciamento operato abbia o meno portato a una decisione accettabile); al controllo dei confini nella conoscenza dei fatti, il sistema dell'eccesso di potere (in presenza della domanda se la conoscenza sia riservata all'amministrazione o possa spettare anche al giudice).

Il loro esame mostra però punti di contatto e di non chiara distinzione di ambiti.

¹² Su cui si rinvia, in particolare, a Sandulli, Aldo, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Milano, 1998; Galetta, Diana Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Villamena, Stefano, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; Parisio, Vera, "Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano", in *Nuove auton.*, 2006, 717 ss.; Cognetti, Stefano, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010. Più recentemente, v. D'Alberti, Marco, "Di alcuni limiti della giustizia amministrativa", in Cerulli Irelli, Vincenzo (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, in *Quaderni di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, p. 89 ss.

¹³ In termini, S. Cognetti, Stefano, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 223 ss.

Nel sistema della proporzionalità, infatti, mentre i primi due test, della idoneità (capacità del mezzo scelto a realizzare il fine perseguito) e della necessità (in caso positivo, se sia comunque necessario sua insostituibilità con altro mezzo più gravoso, per l'accertata impossibilità di ricorrere a misure meno restrittive dei diritti dei privati) individuano la scelta ottimale rispetto alle alternative reali e di fatto, il terzo test della adeguatezza, o di proporzionalità in senso proprio indica la scelta ottimale rispetto alle alternative giuridiche (il mezzo adottato, anche se idoneo e necessario, risulta comunque gravoso rispetto alla convenienza del fine stesso e quindi sminuisce il valore da attribuire al risultato così ottenuto)¹⁴.

Il meccanismo di controllo delineato dal sistema chiarisce pertanto molti dubbi sui limiti del controllo giudiziale, sebbene lasci qualche margine di incertezza quando si tratti del terzo test.

Mentre infatti i primi due test riguardano la fase dei presupposti cognitivi riassunta nella nozione della c.d. discrezionalità tecnica, e ne consentono lo scrutinio da parte del giudice, il terzo test, proprio perché riguarda le alternative giuridiche, sembra toccare un ambito in cui il controllo del giudice può essere solo estrinseco, secondo la tecnica propria dell'eccesso di potere. Il problema, per la verità, è sdrammatizzato da quanti ritengono che, quando si sia in presenza di un test di proporzionalità ben strutturato, la distinzione tra scelta ottimale rispetto alle alternative di fatto e scelta ottimale rispetto alle alternative giuridiche non determina mai una interferenza del giudice rispetto alle scelte riservate all'amministrazione e si mantiene nei limiti del controllo di legittimità anche quando (non riguarda la fase dei presupposti conoscitivi, com'è nel caso dei primi due test ma) tocchi quella del bilanciamento, com'è per il terzo test. In quest'ultimo caso, infatti, il rischio che il giudice si sostituisca all'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità amministrativa sarebbe scongiurato in quanto il bilanciamento "non consisterà nella ponderazione comparativa tra interessi, ma nella verifica della 'eccessiva' incidenza della misura adottata dalla pubblica amministrazione sui diritti e sugli interessi dei privati"¹⁵.

Secondo altra lettura, invece, mentre i primi due test (che definiscono la scelta ottimale rispetto alle alternative reali e di fatto) descrivono un'area di controllo non precluso al giudice, anche quando si voglia continuare a usare la nozione di discrezionalità tecnica per descriverlo, non così è per il terzo test di adeguatezza o di proporzionalità in senso stretto che sembra incidere sulla funzione di indirizzo politico-amministrativo, interferendo con l'esercizio della discrezionalità pura. Definire la scelta ottimale rispetto alle alternative giuridiche, in questa prospettiva, significherebbe infatti attribuire un dato valore al risultato ottenuto dopo i primi due test, stabilire se convenga in ogni caso perseguire un dato fine con un mezzo che, sebbene idoneo e necessario, non sia a conti fatti conveniente in quanto grava in modo smisurato sulla collettività, e in definitiva operare un controllo che "si concreta in un vero e proprio bilanciamento tra i benefici per i pubblici interessi e i sacrifici imposti ai privati"¹⁶.

¹⁴ D'Alberti, Marco, "Di alcuni limiti della giustizia amministrativa", *op. cit.*, p. 94.

¹⁵ *Ivi*, pp. 94-95.

¹⁶ Cfr. Cognetti, Stefano, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*, p. 244 ss. Dello stesso A., con specifico riferimento al radicale mutamento rispetto al controllo attraverso il vizio di eccesso di potere, si veda *Legge, amministrazione, giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, p. 152 ss.

I tre test in ogni caso consentono una ragionevole distinzione tra il momento della conoscenza (c.d. discrezionalità tecnica) e quello bilanciamento (discrezionalità amministrativa o meglio tecnico-amministrativa), grazie alla possibilità di individuare la scelta ottimale rispetto alle reali alternative di fatto e quella ottimale rispetto alle alternative giuridiche.

La prova è data dalla constatazione che la mancanza di un giudizio di proporzionalità ben strutturato e una ponderazione cui si giunga senza i necessari passaggi cognitori determinano una duplice conseguenza negativa: che il giudice è portato a porre in essere valutazioni discrezionali invece rimesse all'amministrazione¹⁷, sconfinando dai limiti del giudizio di proporzionalità; che la antinomia fra la tecnica di controllo propria del giudizio di proporzionalità e quella propria dell'eccesso di potere finiscono per confondersi e sovrapporsi, con l'inevitabile fagocitazione della prima a opera della seconda.

In definitiva, il dibattito sul valore da attribuire al terzo test—se ritenerlo cioè pienamente riassorbito nel controllo di legittimità, o invece capace di incidere su valutazioni riservate all'amministrazione—serve a delimitare il campo di ciò che resta affidato alla tecnica di controllo dell'eccesso di potere e a chiarire che un giudice che non conosca i fatti secondo tecniche strutturate e giunga senza filtri alla questione del rispetto o meno del fine, è un giudice che si autolimita nello specifico senso di escludere dal giudizio il momento cognitorio essenziale e *proprio* del processo, come essenziale e *proprio* dell'amministrazione è quello che si è svolto nel procedimento che ha portato alla decisione. In questo modo il giudice confonde piani diversi, e mentre permette all'amministrazione di essere esonerata da un controllo pieno anche sulle alternative di fatto, fa di se stesso un controllore delle alternative giuridiche solo e inerme sul confine oltre il quale comincia quella discrezionalità amministrativa (c.d. “pura”) che egli continua a scrutare col filtro dell'eccesso di potere: cosa certo possibile, ma solo a condizione di applicarla solo *dopo* il pieno accertamento del fatto grazie alla diversa tecnica della proporzionalità e perciò a condizione di una piena, strutturata e consapevole conoscenza delle alternative reali e di fatto.

4. Verso la residualità del sistema dell'eccesso di potere.

L'eccesso di potere si è connotato invece per essere una modalità di esame della decisione che attraverso la sintomatologia di cui si serve resta ai margini della comparazione degli interessi, per guardare solo alla verifica della deviazione dal fine in quanto tale. Anche in questo limitato ambito, inoltre, attribuisce rilevanza giuridica alla deviazione solo quando raggiunga un dato livello di riconoscibilità: deve trattarsi infatti di una deviazione “manifesta”, secondo il modello della riconoscibilità dell'errore come causa di annullamento del contratto¹⁸.

¹⁷ Segnala il pericolo D'Alberti, Marco, “Di alcuni limiti della giustizia amministrativa”, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸ Per il rilievo che le prime pronunce della IV sezione in tema di eccesso di potere (e di atti emulativi) “rivelano la matrice di un rilevante indirizzo giurisprudenziale sui limiti del sindacato di legittimità in modelli civilistici, il cui uso a nostro avviso indebito, è oggettivamente collegato con la collateralità della IV Sezione” e per il chiarimento che proprio l'errore di fatto venga ricostruito grazie a un “altro prestito alla teoria dell'errore”, alla cui base vi è l'idea “che l'esercizio del potere è insindacabile, a meno che non dia luogo ad un arbitrio

La traslazione di questa modalità di controllo ai presupposti di fatto dell'azione ha perciò segnato quel percorso di stagnazione o di non progresso della giurisprudenza che avrebbe richiesto in primo luogo nuove consapevolezze culturali, e fra queste le insidie – segnalate già dalla dottrina di inizi '900 – legate a un utilizzo, non consapevole appunto, della nozione di discrezionalità tecnica.

Gli itinerari percorsi dalla giurisprudenza, cui in questa sede si può solo accennare, sono per questa ragione apparsi incerti e discontinui. E' stato evidenziato come già la decisione della IV sezione del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601 – che pure ha rappresentato una prima rottura delle costanti posizioni del Consiglio di Stato sul punto della conoscenza delle questioni tecnico scientifiche, con la possibilità per il giudice di ritenere in concreto “inattendibile” la soluzione dell'amministrazione sulla dipendenza da causa di servizio di un' infermità, “per insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo” –, presentava importanti elementi di novità uniti però a “conferme di indirizzi tradizionali”. Proponeva infatti ragionamenti ancora incentrati “su argomenti di diritto o su fonti giurisprudenziali”, senza alcun confronto diretto con un apporto qualificato di tipo tecnico¹⁹: in questa sua debolezza strutturale è stata perciò vista la causa sia della rapida derubricazione del criterio dell' “attendibilità” a semplice corollario del parametro della ragionevolezza, sia di quella singolare inversione fra giudizio sul fatto e controllo di legittimità che ha portato la giurisprudenza a ritenere che si possa disporre una c. t. u. solo dopo un controllo meramente logico-giuridico della decisione, quando questa appaia già *prima facie* affetta da vizi logici o di travisamento²⁰. Lo scivolamento di questioni cognitive sul piano giuridico, verso il confine del controllo sulla decisione, e il rifiuto di un confronto diretto col fatto appare perciò la principale ragione dell'estensione abnorme della tecnica del controllo di eccesso di potere, con l'uso di strumenti di logica formale (principio di non contraddizione, di rilevanza, ecc.) con cui è costruito quel vizio, posti agli antipodi di un reale accertamento del fatto²¹.

evidente: è una tutela, ma anche un'assoluzione”, con espresso richiamo alla decisione n. 239 del 1897, assunta sotto la presidenza “di altro civilista, il Giorgi”, in cui “il travisamento di fatto assume rilevanza di eccesso di potere quando le conseguenze si appalesino – si noti si ‘appalesino’ e non ‘siano’ l'effetto diretto del trascurato esame di circostanze essenziali”, v. Cannada Bartoli, Eugenio, “Giustizia amministrativa”, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 533; Id., “Efficacia e garanzie nell'azione amministrativa”, in Spantigati, Federico (a cura di), *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, Napoli, 1998, p. 143 ss. Per un confronto fra modelli pubblicistici e privatistici, v. Sigismondi, Giammarco, *Eccesso di potere e clausole generali. Modello del sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, p. 102 ss.

¹⁹ Travi, Aldo, “Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni”, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 445 ss.

²⁰ *Ivi*, p. 447.

²¹ La tecnica dell'eccesso di potere applicata alle questioni tecniche, che si traduce nel vizio dell' “errore manifesto” si spiega proprio per la configurazione del giudice amministrativo come giudice dell'atto: che da giudice non specializzato (v. *infra*) e impossibilitato a ricorrere all'apporto consulenziale come quello ordinario (giudice del fatto per eccellenza), può perciò esaminare il fatto solo attraverso con cognizioni di comune esperienza e informazione. Sarebbe questa la ragione che per cui può esaminare i semplici accertamenti, ma non scelte e giudizi tecnici che richiedono una particolare qualificazione scientifica o tecnica: “giacché un errore

Qui si vede come la questione tecnica (si tratti di accertamenti, apprezzamenti o giudizi tecnici) strumentale all'attività sostanziale dell'amministrazione, continua a portare con sé profili non detti: il perdurante dubbio di come un giudice (non qualificato, come quello amministrativo²²) la debba affrontare, una volta superato l'antico pregiudizio che, contrariamente al giudice civile, lo riteneva estraneo al fatto; se la conoscenza diretta del criterio porti all'inammissibile sostituzione del giudice all'amministrazione, cui la conoscenza del fatto sarebbe riservata; se si venga in questo caso a sovvertire l'ordine delle responsabilità posto a tutela del cittadino, con la sostituzione di un organo irresponsabile ad altro responsabile.

L'impressione è però che questi problemi nascano solo per una sorta di effetto inerziale e per l'abbandono di ogni consapevole riflessione sul ruolo del controllo del giudice a garanzia della regolarità e imparzialità dell'azione amministrativa²³: ruolo che, per ragioni anche estranee al giudizio, appare ispirato a scetticismo e ancorato al sicuro porto della logica formale di cui è fatto il controllo sull'eccesso di potere, per come interpretato e applicato.

di fatto scoperto attraverso tale valutazione tecnico-giuridica non sarebbe più 'manifesto'": così Bachelet, Vittorio, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 50 ss., con rinvio ad Jemolo, Arturo, Carlo, "La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione di questioni tecniche", in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, p. 574 ss. L'A. sottolinea però (*ivi*, p. 51 ss.) come Cammeo—cui peraltro si deve la distinzione fra casi "semplici" e casi "complessi" a proposito di discrezionalità tecnica, in *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p. 134 e p. 773 ss.—, avvertiva che la discrezionalità si distingue dall'arbitrio proprio in quanto l'obbligo di agire solo nell'interesse pubblico e col minore sacrificio dell'interesse privato e che la discrezionalità ben può essere limitata e determinata da regole di indole tecnica vigenti nelle varie scienze, "ma non formulate tuttavia in precisi precetti ed istruzioni d'ufficio" (*ivi*, p. 130), con la conseguenza che il rinvio esplicito o implicito ad apprezzamenti poteva essere considerato al contrario come modo per circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione, consentendo un controllo tutto ancora nei limiti della legittimità proprio perché il rinvio è fatto ad apprezzamenti tecnici cioè a criteri, nonostante tutto, sufficientemente obbiettivizzati la cui applicazione consente una riduzione "per quanto talvolta alquanto elastica, dell'ambito della discrezionalità": a differenza, dunque, di ciò che avviene quando si applichino criteri di buona amministrazione che, richiedendo la rivalutazione del contenuto dell'atto in relazione alla ponderazione degli interessi pubblici da realizzare, supera il limite del controllo di legittimità per toccare il c.d. merito. La ricostruzione di Cammeo incentrata sulla distinzione tra fatti "semplici" e fatti "complessi" e sul collegamento di questi ultimi alla valutazione del pubblico interessi con i connessi corollari sul piano della sindacabilità/insindacabilità del giudice è ripresa, recentemente, da Benvenuti, Luigi, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017 p. 22 ss., secondo cui "si può ben dire che la scelta di Cammeo sia quella di presentare tutti i nodi di fondo della complessa problematica, per così dire nella loro effettività, intrecciando strettamente analisi semantica e prospettiva pragmatica", con il risultato che "si assiste, con Cammeo, ad una presentazione sintetica di tutti i temi che la scienza giuridica e la giurisprudenza successiva si troveranno a dover affrontare: da quello della riserva di amministrazione, a quello del ruolo giocato dagli interessi, a quello della misura di penetrazione del sindacato" (*ivi*, p. 30).

²² Nel senso chiarito da Bachelet, Vittorio, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 32, *sub nota* 65, secondo cui "può anche parlarsi di qualificazione tecnica del Consiglio di Stato, ma solo nel senso [...] di particolare conoscenza ed esperienza a proposito dell'attività amministrativa generalmente considerata, senza uno specifico riferimento a conoscenze e procedimenti scientifici e tecnologici".

²³ Allegretti, Umberto, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 46 ss.

Di ciò si ha prova quando il giudice segua una sorta di via mediana, fra la risoluzione delle questioni tecniche attraverso un confronto processuale, e la loro dissoluzione nei profili di logica formale. Si tratta di quelle ipotesi in cui il giudice, pur rifiutando l'apporto consulenziale, si avventura tuttavia nella conoscenza diretta della questione tecnica, affidandosi ora alla propria personale scienza, ai propri personali convincimenti (come per l'opinabile distinzione fra scienze esatte e non), ora alla "cultura media del ceto giudiziario", ora addirittura, attraverso il fatto notorio, alle conoscenze dell'"uomo medio", anche se acquisite via internet²⁴.

Questi approcci al fatto irrituali, e le soluzioni opache e discutibili che ne sono seguite –che hanno peraltro il merito di dimostrare quanto poco rigorosa, e usata in modo ambivalente, sia la nozione di discrezionalità tecnica– mostrano peraltro l'imbarazzo di confinare sempre e comunque al "merito" dell'amministrazione il problema della scelta fra soluzioni equivalenti. Si spiga così il diverso atteggiamento che il g.a. tiene a seconda che la controversia coinvolga valori costituzionali (come nel caso delle vertenze in tema di lavoro e salute) o si fondi su criteri soggettivi (come nel caso del vincolo storico-artistico): con l'utilizzo di tecniche di tutela simili a quelle dei diritti, nel primo caso, e chiusura più netta, nel secondo²⁵, ammettendo al più un controllo solo sul procedimento applicativo di un criterio tecnico, ma mai sullo stesso criterio prescelto²⁶.

Il problema del contenimento delle tecniche dell'eccesso di potere, invano invocato dalla dottrina²⁷, appare però oggi ineludibile.

Perché la loro estensione oltre margini fisiologici (naturalmente ristretti)²⁸ pone un problema conoscitivo che tocca lo stesso processo in quanto organizzazione procedimentale²⁹ coi caratteri della "sostenibilità" perché capace di generare in modo ottimale le conoscenze sulle circostanze di fatto: necessarie alle decisioni giudiziali come a quelle amministrative³⁰, per rispondere alle esigenze ancora preminenti di tutela giurisdizionale che il diritto convenzionale richiede e a cui si adeguano ormai tutti i paesi europei.

²⁴ Travi, Aldo, "Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche", *op. cit.*, p. 448 ss. con richiamo a Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2004, n. 1204.

²⁵ *Ivi*, p. 456.

²⁶ Messo ben in evidenza come problema da cui scaturiscono i diversi aspetti applicativi della questione da L. Giani, Loredana, "L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale", in De Giorgi Cezzi, Gabriella, Greco, Guido, Morbidelli, Giuseppe, Portaluri Pier Luigi, Scoca, Franco Gaetano (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Napoli, 2018, *passim*.

²⁷ Cannada Bartoli, Eugenio, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 183 ss. per la critica alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

²⁸ In base all'Art. 6° della CEDU e all'Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE coincidono coi soli casi in cui spetti all'amministrazione la determinazione di una policy, come rileva L. Giani, "L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo", *cit.*, con rinvio a Goisis, Francesco, "La *full jurisdiction* nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti", in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss.

²⁹ Sul punto, d'obbligo il rinvio a Fazzalari, Elio, "Procedimento e processo (teoria generale)", in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819.

³⁰ Così in termini Schmidt-Abmann, Eberhard, "Mutamento della funzione della Giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni sistematiche", in Cerulli Irelli, Vincenzo (a cura di), *La Giustizia*

Il problema appare perciò duplice.

Un primo aspetto è quello della tenuta del principio di legalità nelle controversie tecnico-scientifiche: principio che, com'è stato rilevato, “non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza”³¹; né consente “di configurare un ‘potere’ solo per il fatto che la competenza a provvedere spetti all'amministrazione”³². Questa consapevolezza³³—che occorre affrontare nel processo amministrativo con l'abbandono delle tradizionali impostazioni (come quella della sostituzione del giudice all'amministrazione) e del progressivo scetticismo nell'esercizio della funzione giurisdizionale (la sfiducia verso l'esistenza di periti indipendenti o privi delle necessarie competenze tecniche)—non impedisce infatti in altri ordinamenti il pieno accesso al fatto, pur nella consapevolezza del problema³⁴.

amministrativa in Italia e Germania, cit., pp. 18-19 e bibliografia richiamata, secondo cui i procedimenti amministrativi e giudiziali devono affrontare un comune problema di “sostenibilità” (considerata “una delle più grandi sfide del diritto”) che “costituisce in primis un problema conoscitivo e pertanto un problema organizzativo e procedimentale”.

³¹ Travi, Aldo, “Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche”, *op. cit.*, p. 457, il quale rileva come tutte le regole tecnico scientifiche, anche di tipo regolamentare, introdotte nel procedimento portano a una decisione che “deve potersi desumere obiettivamente dalla legge” in quanto “una cosa è l'attribuzione all'amministrazione di una potestà regolatoria, altra cosa l'assegnazione di una competenza a provvedere in un caso concreto alla stregua di cognizioni tecnico-scientifiche” a nulla rilevando il carattere “indeterminato” della norma.

³² *Ivi*, pp. 458-459. Si tratta di un profilo nevralgico che sovverte l'impostazione risalente che era a fondamento di tutte le elaborazioni sulla norma “imprecisa” (v. Cass. sez. un., 29 ottobre 1961, n. 2480, in *Foro amm.*, 1962, 128, esempio di quella sorta di corto circuito che spiega il “sommario apprezzamento” dei fatti proprio in ragione “dello scopo prefisso dal legislatore” all'amministrazione). Che l'esistenza di un potere sia ineludibile, e vada condotta in rigorosa applicazione del principio di legalità, e che per questa ragione vada ben distinta “dalla tendenza a collegare ed estendere la condizione di potere discrezionale all'attività di acclaramento dei presupposti (opinabili) per il suo esercizio, tendenza che, in generale [...] non appare in alcun modo giustificata e risulta anzi contraria ai principi fondamentali in materia di potere amministrativo”, è rilievo anche di De Pretis, Daria, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 396-397, sebbene in una prospettiva che sembra identificare potere con competenza a provvedere sui presupposti dell'azione, e in questa ipotesi la possibilità di individuare un caso di “affidamento riservato all'amministrazione (con la conseguente sua sottrazione ad un controllo pieno del giudice della legittimità)”. Per una differente lettura, si vedano Ledda, Franco, “Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica”, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; Salvia, Filippo, “Considerazioni su tecnica e interessi”, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 603 ss.; De Giorgi Cezzi, Gabriella, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, spec. p. 158 ss.

³³ Per raggiungere la quale occorrerebbe un dibattito aggiornato e consapevole non solo sul potere, ma anche sullo stesso modo di concepire la giurisdizione. Sul punto, Travi, Aldo, “Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori”, in AA. VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, p. 109 ss., spec. p. 111.

³⁴ Così Schmidt-Abmann, Eberhard, “Mutamento della funzione della Giustizia amministrativa tedesca”, *op. cit.*, p. 17-18.

Altro aspetto è il problema conoscitivo. Aprire “sul serio” questo aspetto significa celebrare il *de profundis* per l’applicazione della logica formale ai fatti, impedire ogni possibilità per il giudice di qualificare “a priori” come “opinabile” la questione tecnico-scientifica, e permettere che il processo sia filtro, stimolo e occasione per la circolazione di nuove conoscenze e di tecniche più avanzate³⁵, nella piena consapevolezza della specificità dei suoi metodi e della sua organizzazione e della differenza, pur nella interconnessione, col procedimento³⁶.

Si tratta dunque di questione centrale quando, nel rito silenzio, il giudice sia chiamato a rendere tutela, e tutela sostanziale³⁷, pur nella mancanza di procedimento.

5. L’atto politico, questo sconosciuto, nuovo cavallo di Troia?

Nel recente codice del processo amministrativo italiano del 2010 è stato reintrodotta il divieto per il giudice amministrativo di sindacare gli atti politici, con una la previsione contenuta nell’Art. 7°, primo comma, ultimo alinea del CPA (“Non sono impugnabili gli atti e provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”), norma che nasce sulle ceneri dell’Art. 31 del t.u. Cons. Stato (“Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti e provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”), che si riteneva già abrogato con l’entrata in vigore degli Artt. 24 e 113 Cost.³⁸, come dimostrava il fatto che la legge sui tribunali amministrativi regionali non ne aveva ripreso il contenuto.

³⁵ Travi, Aldo, “Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche”, *op. cit.*, p. 457 *sub* nota 42 e pp. 459-460.

³⁶ Per il rilievo che ciò risponde all’ottica di una “separazione ‘cognitiva dei poteri’”, si veda Schmidt-Abmann, Eberhard, “Mutamento della funzione della Giustizia amministrativa tedesca”, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ Sticchi Damiani, Ernesto, “Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale”, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1 ss.; Id., “L’accertamento della fondatezza dell’istanza nel giudizio sul silenzio”, in *Foro amm. Tar*, 2005, p. 3365 ss.

³⁸ Per l’evoluzione del pensiero della dottrina, sia di quella del secolo a cavallo tra lo Statuto e la Costituzione, sia di quella successiva, si veda Tropea, Giuseppe, “Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico”, in *Dir. amm.*, 2012, p. 368 ss. e, *ivi*, in particolare, la ricostruzione del pensiero di Guicciardi, Enrico, “Aboliamo l’art. 31?”, nota a Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1947, n. 256, in *Foro amm.*, 1947, II, 15 ss. Per una critica allo ‘sforzo poderoso’ di Guicciardi di giustificare, sulla base della sola esistenza dell’Art. 31, la configurabilità di atti amministrativi-politici, per l’incompatibilità di simile lettura con l’Art. 113 Cost. e per l’affermazione che solo gli atti di governo sono sottratti al sindacato giurisdizionale, ma “*per natura non perché esiste l’Art. 31 del t.u. del Consiglio di Stato*”, si veda Barile, Paolo, “Atto di governo (e atto politico)”, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 220 ss., spec. pp. 225-226 e, sulla scia, Cheli, Enzo, “Atto politico e funzione di indirizzo politico”, Milano, 1961, *passim*. Sottolinea la “stagnazione dottrinale” cui la tradizionale impostazione è giunta, e la conseguente rivalutazione del ruolo della giurisprudenza, Tropea, Giuseppe, “Genealogia, comparazione e decostruzione”, *op. cit.*, p. 368, cui si rinvia anche per la rilettura critica dell’Art. 7° CPA e per la complessa e articolata ricostruzione anche in chiave comparata del problema. Per un importante contributo al tema, si veda Romano Tassone, Antonio, “«Atto politico» e interesse pubblico”, in Contieri, Alfredo, Francario, Fabio, Immordino, Maria, Zito, Alberto (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, p. 311 ss.

La questione interessa in questa sede perché ha molto a che fare con quella dell'esame della controversia tecnico-scientifica, e serve a mettere a nudo se in ipotesi la norma, proprio perché esistente, unita alla qualità della controversia, dia il destro a letture che, attraverso l'utilizzo della nozione di atto politico, siano tentate di risalire addirittura agli albori del problema dell'incidenza della tecnica sulla decisione, quando la riserva di conoscenza in favore dell'amministrazione mascherava in realtà solo l'affermazione di una riserva originaria di potere.

Non è questa la sede per esaminare il complesso problema, ma solo l'occasione per verificare se la riedizione della previsione, come è già avvenuto in presenza dell'Art. 31, non diventi *occasione* per una definizione di nuovi limiti alla tutela giurisdizionale, anche espressi nella forma degli auto-limiti propri di una materia in cui, con il prosciugamento del dibattito dottrinale, sono aumentati gli spazi della "politica" giurisprudenziale che il giudice amministrativo utilizza non solo sul piano delicatissimo dell'assetto dello Stato, ma anche nel rapporto giurisdizione-amministrazione³⁹. La questione, come ben dimostra la individuazione dell'atto politico sull'asse di quest'ultimo rapporto, come si è detto, ha molto a che fare con quella dell'esame della controversia tecnico-scientifica e va affrontata allo scopo di verificare se non mascheri in realtà, con l'evocazione di problemi "degli inizi", anche la questione mai abbandonata di una riserva originaria di potere in capo all'amministrazione. Su questa scia sembrano infatti muoversi quelle decisioni che, affrontando la questione dell'atto politico, la sovrappongono e identificano col potere di scelta che coinvolge il c.d. merito amministrativo, e in questo campo ripercorrono le note tesi sull'inammissibilità di un controllo di tipo "forte" caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice in ordine alla scelta effettuata dall'amministrazione⁴⁰, portando la questione sui noti profili criticati nelle pagine che precedono.

Non a caso la Consulta, affrontando la questione dell'atto politico nella vigenza dell'Art. 7° CPA, ha però chiarito che anche il carattere squisitamente politico di una scelta non determina la sua non giustiziabilità tutte le volte in cui quella scelta "incroci un vincolo giuridico"⁴¹ e nemmeno a caso che la "scelta" giudiziale si orienti, nel passaggio fra il primo e il secondo grado, sempre più nel senso della giustiziabilità di un atto pur "politico", ampliando "la nozione di potere regolato"⁴², anche se solo come schietto esercizio di politica

³⁹ Tropea, Giuseppe, "Genealogia, comparazione e decostruzione", cit., p. 377 ss.

⁴⁰ *Ivi*, p. 380.

⁴¹ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81, in *Foro it.*, 2012, p. 1285, con riferimento al principio dell'equilibrio di genere nella scelta degli assessori in un caso di conflitto di attribuzioni sollevato dalla regione Campania, su cui l'annotazione critica di Tropea, Giuseppe, "Genealogia, comparazione e decostruzione", cit., p. 385 che però rileva come con la soluzione indicata "sembra darsi rilievo alla categoria degli elementi 'regolati' dell'atto (maggiormente presente nella giurisprudenza spagnola più che a quella dell'atto 'separabile' maggiormente presente nella giurisprudenza francese)", *ivi*, 388 *sub* nota 199.

⁴² Emblematica è la controversia sull'errata perimetrazione dei collegi uninominali (per le elezioni provinciali in Puglia) e sulla compatibilità ambientale del gasdotto dell'Adriatico Trans Adriatic Pipeline (Tap), sempre in Puglia, passate dalla qualificazione di atto politico con conseguente non giustiziabilità in primo grado (rispettivamente, Tar Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 1572 e Tar Lazio, Roma, sez. III, 17 febbraio 2016, n. 2107, in www.giustizia-amministrativa.it), a quella di atto amministrativo

giudiziaria a parità di esiti, grazie alle note e criticate posizioni (legittimità vs merito) elaborate in ordine al controllo sui presupposti tecnici della decisione. Sembra così riemergere, sia pure in altre vesti e formule linguistiche, la perdurante resistenza della giurisprudenza amministrativa alla permeabilità ai principi comuni a tutte le giurisdizioni, in cui sola può consistere la pur invocata unità della giurisdizione⁴³.

Il problema della scelta che “incroci un vincolo giuridico” è però ormai ineludibile, e lo ricorda con forza, sia pure sotto diversa prospettiva, ancora la Corte costituzionale nell’accogliere i rilievi del giudice dei diritti contro i privilegi accordati dal legislatore (anche a costo di simulazioni e dissimulazioni) a impresa di interesse strategico nazionale che aveva elaborato in piena autonomia un “piano” per la prosecuzione dell’attività “senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati” alla sua elaborazione⁴⁴. La decisione sembra evocare l’ “autonoma” scelta del punto di approdo di un gasdotto transnazionale, pacificamente ascrivibile al *genus* delle infrastrutture energetiche lineari, avvenuto senza la necessaria intesa (in senso “forte”) della Regione interessata, in cui si trattava in definitiva di esigere il rispetto di un “vincolo giuridico”⁴⁵.

e di alta amministrazione in secondo grado (rispettivamente, Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718 in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 1531 e Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, in *Riv. giur. edil.*, 2017, p. 398), con una sorta di *lapsus* che maschera sotto veste linguistica lo stesso obiettivo di politica giudiziaria. Sulla prima vicenda si veda Tropea, Giuseppe, “Genealogia, comparazione e decostruzione”, *op. cit.*, p. 389; sulla seconda Pajno, Alessandro, “Relazione del Presidente all’Inaugurazione dell’anno giudiziario 2018 del Consiglio di Stato”, Roma, 30 gennaio 2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018, p. 27, che ascrive a un profilo di “leale collaborazione tra i diversi livelli istituzionali” il rigetto di un ricorso in materia di infrastrutture energetiche per fini di “efficacia dell’azione pubblica” invece che di giustizia. Che il profilo si saldi con la perdurante idea che il controllo sugli apprezzamenti sia sindacabile dal g.a. “nella pienezza della cognizione del fatto”, ma solo “in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nel caso in cui l’istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato e risulti perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all’Amministrazione”. Sicché “non può disconoscersi che le valutazioni tecniche complesse, rese in sede di VIA, sono censurabili per macroscopici vizi di irrazionalità proprio in considerazione del fatto che le scelte dell’Amministrazione, che devono essere fondate su criteri di misurazione oggettivi e su argomentazioni logiche, non si traducono in un mero meccanico giudizio tecnico, in quanto la valutazione d’impatto ambientale, in quanto finalizzata alla valutazione preventiva dell’interesse pubblico, presenta profili particolarmente elevati di discrezionalità amministrativa, che sottraggono al sindacato giurisdizionale le scelte effettuate dall’amministrazione, che non siano manifestamente illogiche o incongrue” (*ivi*, pp. 232-233), appare evidente nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1392/2017.

⁴³ Travi, Aldo, “Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione”, *op. cit.*, p. 110 che evidenzia come unità della giurisdizione sia cosa affatto diversa dalla prospettiva dell’auspicata “unità della giurisprudenza”: prospettiva, questa, che giustifica quella sorta ‘irritazione luhmaniana’ che può leggersi in Patroni Griffi, Filippo, “Per un ‘dialogo fra le corti’ al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi”, in AA. VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, cit., p. 96 ss., spec. p. 99.

⁴⁴ Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *www.giurcost.it*, che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’Art. 3 D.L. 4 luglio 2015, n. 92 (Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l’esercizio dell’attività di impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), sul caso ILVA di Taranto.

⁴⁵ La decisione sembra evocare un problema che, in materia di infrastrutture lineari energetiche, c.d. ILE (che, per attraversare molti territori, incrociano molti interessi), si è posto lo stesso legislatore, prevedendo un’intesa

In una parola, oltre le vecchie formule e i nuovi appigli normativi, sembra giunto all'apice della crisi il modello di risoluzione delle controversie tecnico-scientifiche basato sull'autorità⁴⁶.

Per concludere, inevitabili i “cattivi pensieri” sui poteri non ancora esercitati come limite al controllo del giudice amministrativo intravisto anche nel caso in cui l'atto venga annullato per ragioni di “incompetenza” (relativa)⁴⁷: lettura che, azzerando sforzi generazionali sull'effettività della tutela ora tradotti in principi dal CPA, veste con la nuova formula l'antica e deprecata prassi sull'assorbimento dei motivi di ricorso e si pone su quel crinale pericolosissimo di osservazione che è la competenza, norma di “provenienza” buona a negare la rilevanza dei motivi del decidere⁴⁸.

di tipo “forte” e dunque la necessità del raggiungimento del consenso, prima con la composizione degli interessi in sede istituzionale, e in caso di suo fallimento con la mancata definizione dell'intesa stato-regione (per ragioni però differenti dal mero ostruzionismo regionale determinanti un blocco procedimentale), quindi con la sua composizione da parte di un “collegio tecnico costituito d'intesa tra il Ministero delle attività produttive e la Regione interessata” chiamato ad “una nuova valutazione dell'opera e dell'eventuale proposta alternativa formulata dalla Regione dissenziente” (Art. 52 *quinquies*, comma 6, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327). Il tentativo di depotenziare la portata della previsione (possibile grazie a norme succedutesi nel tempo che sembravano averne provocato l'abrogazione) è stata impedita da Corte cost., 9 luglio 2013, n. 182, in *Foro it.*, 2014, p. 1034, che ha evidenziato l'incostituzionalità di ogni applicazione abrogatrice (fuori dai casi di “blocco procedimentale”). La violazione delle regole procedurali dell'intesa di tipo “forte” è stata però ritenuta esaminabile solo in occasione del singolo procedimento che abbia leso le prerogative regionali da valutare in concreto, in sede di giudizio *a quo*, e non certo col rimedio plateale quanto inutile del conflitto diretto Stato-Regione. Sul punto, v. Corte Cost., 27 ottobre 2017, n. 230, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2063, ancora in tema di TAP, in cui la Corte evidenzia come la violazione della corretta procedura da applicare in caso di mancato raggiungimento dell'intesa “ha costituito oggetto del giudizio amministrativo concluso dalla sentenza del Consiglio di Stato del 27 marzo 2017, n. 1392” e dunque era quella la sede ideale in cui la Regione doveva far valere la doglianza circa la lesione della sfera delle proprie attribuzioni costituzionali, inutilmente rilevata dal solo Comune interessato, e non rilevata d'ufficio dal Consiglio di Stato.

⁴⁶ Per la crisi del modello “conferenza di servizi”, si veda, recentemente, Cortese, Fulvio, “Coordinamento per decidere: il procedimento quale sede di sintesi degli interessi pubblici”, relazione al Convegno AIPDA, “*Decisioni e processi deliberativi*”, Bergamo, 6-7 ottobre 2017, in corso di pubblicazione. Che ciò abbia in qualche modo a vedere con un problema di legittimità, e che l'importanza del decidere non possa essere che declinata nel senso dell'importanza del decidere secondo legittimità, è profilo espresso magistralmente da Cannada Bartoli, Eugenio, “Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi”, in *Foro it.*, 1955, p. 201 ss., secondo cui la mancata attenzione se non proprio la svalutazione della nozione di legittimità sia esito “della perdita del senso del passato e dei valori costanti della persona”, sul cui labile fondamento si crede “di poter istituire tante sue riforme, tante sue critiche”; o che derivi dalla “rapida negazione di taluni postulati fondamentali dello Stato moderno, principi aspramente realizzati, dovuti ad una vetusta speculazione di moralisti, di politici, di giuristi ed ormai radicati nella coscienza civile a tal segno di far condannare quei regimi politici che si permettessero di conculcarli”. Da qui l'avvertenza che per sbarazzarsi della nozione non la si può gabellare “come dogma o frutto del dogmatismo del secolo decimonono”, mal sopportata per mancanza di senso storico e pastoia alla rapida azione di governo. Per il rilievo che “sono le garanzie consacrate nello statuto dell'amministrazione, e non negli strumenti finali di destinazione dell'esercizio del potere, a rappresentare la via unica per garantire il ‘consenso’ sulle scelte dell'amministrazione”, si veda Scoca, Franco, Gaetano, “Conclusioni”, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità-libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 470; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, spec. p. 339 ss.

⁴⁷ Così Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro amm.*, 2015, p. 1025.

⁴⁸ Sul rilievo della competenza per l'individuazione dell'atto politico, si veda Guicciardi, Enrico, “Aboliamo l'Art. 31?”, *op. cit.*, pp. 20-21.