

Vincenzo Lopilato

MANUALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

- I -

Parte generale

Terza edizione

Estratto

Procedimento amministrativo
Provvedimento amministrativo
Accordi pubblici



G. Giappichelli Editore

Capitolo 10

Procedimento amministrativo

SOMMARIO: *Parte Prima. Inquadramento generale.* – 1. Attività amministrativa. – 2. Attività amministrativa vincolata e discrezionale. – 3. Merito amministrativo. – 4. Discrezionalità tecnica. – 4.1. Sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti. – 5. Procedimento amministrativo: fonti di regolazione e struttura. – 5.1. Sistematica. – 5.2. Funzione. – 5.3. Tipologie di procedimenti. – 6. Regole di riparto delle funzioni legislative. – 7. Regole di tutela giurisdizionale: rinvio. – *Parte Seconda. Disciplina del procedimento amministrativo.* – *Sezione I. Fase dell'iniziativa e della durata del procedimento. Silenzio inadempimento.* – 8. Procedimenti ad iniziativa di parte e procedimenti ad iniziativa d'ufficio: decorrenza del termine. – 9. Tempi dell'azione amministrativa. Durata del procedimento amministrativo. – 9.1. Durata dei procedimenti di rilevanza economica. – 10. Conseguenze della violazione dei termini. – 11. Silenzi della pubblica amministrazione. – 11.1. Silenzi significativi: cenni e rinvio. – 11.2. Silenzio inadempimento. – 11.3. Silenzi nei procedimenti di secondo grado e nella segnalazione certificata di inizio attività: cenni e rinvio. – *Sezione II. Partecipazione al procedimento e fase istruttoria.* – 12. Partecipazione al procedimento. – 12.1. Preavviso di rigetto. – 13. Fase istruttoria. – 13.1. Responsabile del procedimento. – 13.2. Atti istruttori e processi decisionali. – 13.3. Conflitto di interessi. – 13.4. Autocertificazioni e poteri di acquisizione d'ufficio. – 13.5. Funzione consultiva. Pareri. – 13.6. Partecipazione procedimentale e conferenza di servizi: cenni e rinvio. – *Sezione III. Semplificazione e liberalizzazione amministrativa.* – 14. Semplificazione amministrativa. – 15. Conferenza di servizi. Premessa. – 15.1. Tipologie di conferenze di servizi. – 15.1.1. Conferenza di servizi decisoria e valutazione di impatto ambientale: rinvio. – 15.2. Funzioni delle conferenze di servizi. – 15.3. Struttura della conferenza di servizi. – 15.4. Partecipazione del privato. – 15.5. Conferenza decisoria semplificata. – 15.6. Conferenza decisoria simultanea. – 15.6.1. Decisione. – 15.6.1.1. Decisione in presenza di amministrazioni titolari di interessi sensibili. – 15.6.1.2. Decisione in presenza di materie di competenza regionale. – 15.6.2. Rimedi in autotutela e potere di revisione del rappresentante unico. – 15.6.3. Rimedi giurisdizionali. – 15.7. Considerazioni conclusive. – 16. Sportello unico. – 17. Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni. – 17.1. Campo di applicazione. – 17.2. Conferenza di servizi, sportello unico, valutazioni tecniche e pareri. – 17.3. Forme di tutela. – 18. Silenzio assenso nei rapporti tra pubblica amministrazione e privato. – 18.1. Silenzio assenso ed aree protette. – 18.2. Procedimento di formazione del silenzio assenso e relative forme di tutela. – 18.3. Autorizzazione espressa, silenzio assenso, segnalazione certificata di inizio attività: rinvio. – 19. Segnalazione certificata di inizio attività. – 19.1. Natura della segnalazione certificata di inizio attività e rapporti con autorizzazione espressa e silenzio assenso. – 19.2. Esigenze di liberalizzazione e forme di tutela del terzo: situazioni giuridiche coinvolte. – 19.3. Normativa vigente sino al 2011. – 19.4. Modifiche del 2011 e 2014 e successiva riforma Madia. – *Sezione IV. Accesso ai documenti amministrativi.* – 20. Principio di trasparenza. – 20.1. Tutela della riservatezza: cenni. – 21. Accesso documentale nella legge n. 241 del 1990: natura giuridica e soggetti legittimati. – 21.1. Soggetti passivi e oggetto. – 21.2. “Logica partecipativa” e “logica difensiva”. – 21.3. Limiti. – 21.4. Accesso documentale e poteri processuali di esibizione istruttoria nel processo civile. – 21.5. Accesso e segreto. – 21.6. Forme di tutela. – 22. Principio di trasparenza nel decreto legislativo n. 33 del 2013. – 22.1. Accesso civico semplice: obblighi di informazione. – 22.2. Accesso civico generalizzato o di terza generazione. – 22.2.1. Natura giuridica. – 22.2.2. Soggetti passivi e oggetto: cenni e rinvio. – 22.2.3. Limiti. – 22.2.3.1. *Segue:* trasparenza e riservatezza. – 22.2.4. Forme di tutela. – 22.3. Rapporto tra accesso documentale e accesso civile nel processo. – 23. Accesso e contratti pubblici: rinvio. – 24. Considerazioni conclusive.

Parte Prima

Inquadramento generale

1. Attività amministrativa

La nozione di “attività” ricomprende tutte le modalità mediante le quali la pubblica amministrazione persegue gli scopi di interesse pubblico predeterminati dalla legge.

La classificazione tradizionale distingue tra attività di amministrazione attiva, attività consultiva e attività di controllo¹.

La prima ricomprende tutte le attività attraverso le quali l'amministrazione agisce operativamente per la realizzazione dei suddetti scopi.

La seconda ricomprende l'attività valutativa che si esercita mediante i pareri.

La terza ricomprende l'attività di controllo delle amministrazioni e degli agenti cui sono demandati compiti di amministrazione attiva.

La forma più rilevante è quella di amministrazione attiva. Le altre due hanno una loro autonoma collocazione e verranno esaminate nel presente capitolo [attività consultiva, par. 13.5] e in un successivo capitolo [attività di controllo, cap. 14].

Nel vigente sistema esiste il principio della pluralità delle forme di amministrazione attiva. L'amministrazione agisce, infatti, mediante: *i*) atti e provvedimenti, che rimangono la modalità più diffusa e che possono anche essere conseguenza di forme di controllo di atti privati consistenti in segnalazione certificata di inizio attività (Scia); *ii*) comportamenti che possono essere espressione di un inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento – cd. silenzio inadempimento [par. 11.2] – ovvero di un atto tacito – silenzio assenso e silenzio rigetto [parr. 18-18.2] –; *iii*) comportamenti materiali (che possono essere definiti anche “operazioni”²) non espressione di poteri pubblici e possibile fonte di responsabilità civile [cap. 17]; *iv*) accordi pubblici [cap. 12]; *v*) attività di impresa e di servizio pubblico.

L'attività dell'amministrazione, ad eccezione delle mere operazioni materiali, è normalmente svolta mediante l'adozione di un procedimento che precede l'adozione dell'atto finale.

Il principio di legalità ha, infatti, una valenza non solo sostanziale ma anche procedimentale. Esso, nel rispetto delle regole di riparto delle competenze legislative, è finalizzato ad indicare le modalità di svolgimento della funzione amministrativa [cap. 1, parr. 2-2.5].

Esiste, però, una stretta correlazione tra regole sostanziali e formali.

La legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), salvo talune disposizioni,

¹ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 589.

² A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 597.

detta la normativa generale e astratta, nel senso che essa non si occupa delle regole sostanziali ed è, pertanto, applicabile a qualunque procedimento.

La disciplina completa dei singoli settori è, infatti, il risultato della combinazione tra le regole sostanziali relative a detti settori e le regole procedurali generali poste da tale legge, salva la prevalenza di eventuali regole procedurali speciali contemplate dalla stessa normativa speciale sostanziale.

L'analisi del procedimento e degli atti amministrativi che verranno in rilievo verrà svolta anche nella prospettiva rimediabile per stabilire, in relazione a ciascun istituto analizzato, quali siano le implicazioni sul piano delle forme di tutela.

In questo capitolo verrà analizzato il procedimento amministrativo, previa trattazione della distinzione tra attività amministrativa vincolata e discrezionale. Tale distinzione è normalmente riferita al provvedimento amministrativo (che può essere, appunto, vincolato o discrezionale), ma avendo essa valenza generale che prescinde da quale sia la modalità di conclusione del procedimento (potendo mancare un atto, come accade, ad esempio in caso di silenzio o di accordi pubblici), è opportuno che tale trattazione venga svolta in questa parte. Anche perché il procedimento è la sede in cui viene svolta la comparazione degli interessi pubblici e privati e vengono effettuati gli accertamenti istruttori richiesti dalla legge.

2. Attività amministrativa vincolata e discrezionale

Il principio fondamentale che regola l'attività amministrativa è il principio di legalità [cap. 1, parr. 2-2.5], nella sua duplice declinazione di legalità-indirizzo (in forza del quale la legge predetermina il fine di interesse pubblico da perseguire) e di legalità-garanzia (in forza del quale la legge stabilisce le modalità di esercizio dell'azione amministrativa).

Tale principio si atteggia in maniera diversa a seconda che l'attività amministrativa sia vincolata ovvero discrezionale.

L'attività vincolata si caratterizza per il fatto che la legge predetermina in tutti i suoi aspetti le modalità di azione della pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico. Pur se l'effetto finale non deriva direttamente dalla legge ma dall'atto conclusivo del procedimento, il contenuto di quest'ultimo è definito dalla norma attributiva del potere. Tale potere viene in rilievo in presenza di fattispecie semplici in relazione alle quali *«ogni valutazione relativa all'interesse pubblico risulta assorbita dalle norme che disciplinano l'attività, di modo che rispettare il dettato normativo comporta anche perseguire l'interesse pubblico da esso definito e in esso incorporato»*³. Pur se non è condivisibile, come sottolineato, ritenere che il potere vincolato non sia un vero e proprio potere è indubbio che, in questi casi, l'intermediazione dell'azione amministrativa, ai fini dell'applicazione della norma, assume valenza di minore rilevanza. Non è un caso che in presenza di attività vincolata il legislatore ha

³ R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 74.

previsto, quale regola generale, che il privato può intraprendere iniziative economiche mediante la sola segnalazione certificata di inizio attività che postula un controllo successivo e non preventivo [parr. 19-19.4].

L'attività discrezionale, nell'impostazione storica ottocentesca di origine francese, era ritenuta il risultato di una scelta libera ed in quanto tale non sindacabile.

Nella costruzione del concetto di divisione dei poteri, in Francia, l'atto discrezionale veniva considerato atto dell'amministrazione nel cui ambito il giudice non poteva penetrare⁴. In Italia la prospettiva, inizialmente, non mutò neanche a seguito dell'emanazione della legge 21 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato [cap. 25, par. 1, sulle origini della giustiziana amministrativa].

Il sindacato del giudice amministrativo era, infatti, concepito come di mera legalità. L'evoluzione successiva, legislativa e giurisprudenziale, ha contribuito a cambiare approccio e si è posta la distinzione tra scelta libera e scelta discrezionale, che è una scelta la quale deve rispettare, come si esporrà, i limiti positivi che la legge predetermina.

Nell'impostazione attuale, l'analisi della discrezionalità richiede che si tratti della definizione, delle modalità di svolgimento del giudizio discrezionale, dei momenti di rilevanza, delle classificazioni in relazione all'oggetto della valutazione e delle distinzioni rispetto ad altri istituti.

In relazione alla definizione, manca una nozione legislativa generale di potere discrezionale. Il concetto è richiamato: *i*) nell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui si sottolinea che gli accordi tra amministrazione e privato hanno ad oggetto «*il contenuto discrezionale del provvedimento finale*» [cap. 12, Parte Prima]; *ii*) nell'art. 21-*octies* della stessa legge, indirettamente, mediante il richiamo alla «*natura vincolata*» del provvedimento quale presupposto per l'esclusione dell'annullabilità del provvedimento per vizi formali [cap. 11, parr. 27-27.1]; *iii*) nell'art. 31 cod. proc. amm., nella parte in cui rileva che, nell'ambito dell'azione avverso il silenzio, il giudizio sulla fondatezza della pretesa azionata è possibile soltanto «*quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*» (comma 3) [cap. 26, parr. 10.5 e 29].

In assenza di dati normativi, la dottrina, secondo la ricostruzione più diffusa e autorevole, definisce la discrezionalità come scelta effettuata dall'amministrazione – all'esito di un giudizio di valutazione comparativa dell'interesse pubblico primario, degli interessi pubblici secondari, nonché degli interessi dei privati – dell'interesse pubblico concreto da perseguire⁵. L'interesse pubblico primario è quello che la norma conferisce all'amministrazione titolare del potere. Gli interessi pubblici secondari sono gli altri interessi che concorrono nella regolazione di una determinata fattispecie. Gli interessi dei privati devono essere altresì presi in considerazione, in quanto anche essi sono direttamente protetti dalla normativa di regolazione del potere.

⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 46.

⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 49.

Se l'interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la «*massimizzazione di quell'interesse*»⁶. Ma la normale complessità degli interessi, derivante dalla complessità delle vicende amministrative, implica che la scelta dell'autorità debba essere il risultato della valutazione comparativa degli interessi stessi. Così, ad esempio, in presenza di un edificio pericolante di proprietà privata, che crea rischi per l'incolumità pubblica e che abbia, al contempo, valenza culturale, l'amministrazione titolare dell'interesse pubblico primario alla sicurezza pubblica ne disporrà la demolizione non integrale ma nella sola parte necessaria per tutelare tale interesse e salvaguardare quello secondario culturale e quello privato del proprietario.

Da quanto esposto si comprende come la discrezionalità costituisca l'essenza stessa del potere pubblico che assicura la necessaria flessibilità per adattare la scelta legislativa alla specificità della fattispecie concreta. La legge, infatti, per il suo normale contenuto generale e astratto, non potrebbe individuare le migliori modalità di tutela dell'interesse pubblico da essa previsto. Da qui l'attribuzione all'amministrazione, anche per assicurare il rispetto del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost.), di effettuare la descritta scelta discrezionale all'esito del giudizio comparativo degli interessi calibrato sulla specificità della vicenda amministrativa.

La sede deputata all'effettuazione di tale giudizio è il procedimento amministrativo che è retto, tra l'altro, dalle regole dell'istruttoria e della partecipazione procedimentale. L'istruttoria è finalizzata ad acquisire tutti gli elementi di fatto e gli interessi che hanno rilevanza ai fini della decisione finale [par. 13]. La partecipazione del privato svolge, oltre ad una funzione difensiva, anche una funzione collaborativa nel senso che l'apporto del privato può servire per meglio individuare l'interesse pubblico concreto [par. 12].

In relazione ai momenti di rilevanza della discrezionalità, si distingue la scelta discrezionale sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo* e sul *quando*.

L'*an* attiene alla decisione se esercitare o meno il potere. Si tratta di un profilo di ridotta applicazione in ragione dell'esistenza normale del dovere di provvedere a fronte di istanze del privato ma anche, salvo eccezioni, nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio [par. 8, sulla fase di iniziativa procedimentale]. Tale profilo ricorre, ad esempio, nell'ambito degli atti di annullamento d'ufficio [cap. 11, parr. 31.1-31.2].

Il *quid* attiene al contenuto del provvedimento. Si pensi alle indicazioni relative ai materiali e ai colori da utilizzare per la ristrutturazione di un bene culturale.

Il *quomodo* attiene alle modalità da seguire ai fini dell'adozione dell'atto finale. Si pensi alla decisione in ordine all'acquisizione di un parere facoltativo.

Il *quando* attiene al momento temporale di adozione dell'atto in relazione, in particolare, alla predeterminazione del termine di conclusione del procedimento entro la cornice massima prevista dall'art. 2, commi 3 e 4, della legge n. 241 del 1990 [parr. 9-10].

In relazione alle classificazioni riferite all'oggetto della valutazione, si distingue la

⁶M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 48.

discrezionalità amministrativa, la discrezionalità organizzativa e la discrezionalità tecnica⁷. La prima è quella sin qui esaminata attinente all'attività amministrativa. La seconda riguarda le modalità organizzative necessarie per soddisfare gli interessi pubblici ed è quindi funzionale alla stessa discrezionalità amministrativa. L'ultima verrà esaminata oltre [parr. 4-4.1].

In relazione al rapporto con altri istituti, la distinzione rispetto all'attività di interpretazione, cui inizialmente, in una versione riduttiva, la discrezionalità era ricondotta, sta nel fatto che l'interpretazione si risolve in una operazione meramente intellettuale consistente nella sussunzione della fattispecie nell'ambito della norma. Essa non ha alcuna valenza innovativa. La discrezionalità, invece, mediante il giudizio valutativo degli interessi rilevanti, crea la regola di decisione del caso concreto.

La distinzione rispetto all'autonomia negoziale risiede nella diversità dei limiti che l'ordinamento predispose. Per la discrezionalità operano limiti positivi di funzionalizzazione dell'attività agli scopi di interesse pubblico predeterminati dalla legge. Per l'autonomia negoziale operano limiti negativi di rispetto delle norme imperative e dei principi di ordine pubblico e buon costume. Lo stesso giudizio di meritevolezza degli interessi, di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., non costituisce una modalità di indirizzo dell'attività negoziale ma si risolve, nelle letture più recenti della norma, in un giudizio di compatibilità con le regole costituzionali ovvero in un controllo sull'equilibrio economico-giuridico del contratto [cap. 16, par. 8.2.2, per il giudizio di meritevolezza anche in relazione al rapporto con la causa].

In una posizione peculiare, collocata tra discrezionalità e vincolatività, si pone l'attività che, pur se astrattamente discrezionale, è in concreto vincolata per avere l'amministrazione già esaurito la fase di scelta, rimanendo soltanto da effettuare decisioni dal contenuto predeterminato dalla legge. In tale ambito si colloca anche il cd. autovincolo alla discrezionalità che la stessa amministrazione si dà per limitare il potere che può essere esercitato nella fattispecie concreta (si v. art. 12 della legge n. 241 del 1990) [cap. 11, par. 2].

Il Consiglio di Stato, in una recente decisione⁸, ha ampliato il campo di rilevanza di tale fenomeno accostandolo a quella che può essere definita "auto-riduzione" o "etero-riduzione" della discrezionalità che può essere l'effetto: *i) «degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali) in sede di ottemperanza»* [per l'analisi dei richiamati istituti processuali si v. cap. 26]; *ii) dello stesso comportamento dell'amministrazione che realizza una «insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri», con la conseguenza che dopo plurimi annullamenti giu-*

⁷ R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 94.

⁸ Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

diziali di un atto per vizio di motivazione è precluso all'amministrazione conservare poteri discrezionali tornando «a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrazione anche in relazione ai profili non ancora esaminati» [sulla limitazione della discrezionalità dopo il giudicato si v. cap. 27, par. 7.1 e cap. 11, par. 5.1].

Questa ricostruzione, si afferma nella stessa sentenza, è guidata dall'esigenza di assicurare in maniera più pregnante il rispetto del principio di effettività della tutela.

La distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale presenta rilevanti implicazioni di natura processuale con incidenza sui criteri di riparto della giurisdizione e sulle modalità del sindacato giurisdizionale connesse al principio di pluralità delle azioni.

Con riferimento ai criteri di riparto della giurisdizione, si ritiene, secondo un certo orientamento, che in presenza di attività vincolata nell'interesse del privato, la giurisdizione sia del giudice ordinario [cap. 25, par. 2.2.1].

Con riferimento al sindacato giurisdizionale, se l'attività è vincolata, esso è pieno sul rapporto; se l'attività è discrezionale deve, invece, rispettare gli spazi riservati alla valutazione dell'amministrazione (cd. merito amministrativo) [si v. successivo paragrafo]. Nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa il giudice amministrativo ha un pieno accesso al "fatto", che può essere accertato, come chiarito dal Consiglio di Stato con la sentenza sopra citata, «senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento»⁹.

In particolare, l'azione di annullamento di un atto vincolato è proponibile solo per violazione di legge e incompetenza¹⁰. L'azione di annullamento di un atto discrezionale è proponibile anche per eccesso di potere [cap. 11, parr. 26.2-26.4, per l'esame del vizio di eccesso di potere; cap. 26, par. 10.1 per i profili processuali dell'azione di annullamento].

L'azione avverso il silenzio è costruita su due modelli diversi a seconda della natura dell'attività. Soltanto se essa è vincolata ovvero «quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione» è possibile il giudizio sulla fondatezza della pretesa azionata [cap. 26, parr. 10.5 e 29].

L'azione di risarcimento del danno conosce sviluppi differenti nella ricostruzione del rapporto di causalità ai fini del cd. giudizio prognostico a seconda che l'attività sia discrezionale o vincolata [cap. 17, par. 10, per il rapporto di causalità; cap. 26, parr. 10.6-10.6.4, per i profili processuali dell'azione risarcitoria].

3. Merito amministrativo

Il concetto di merito amministrativo identifica la parte libera del potere discrezionale non regolata dalla legge attributiva del potere. Essa identifica la cd. opportunità

⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 1321 del 2019, cit.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6391.

amministrativa e cioè le scelte riservate all'esclusiva valutazione dell'amministrazione. Si tratta, pertanto, di un aspetto espressione del principio di separazione dei poteri nel senso che il giudice non può sindacare le scelte di merito dell'autorità pubblica. È evidente che maggiori sono gli spazi di discrezionalità, quali esistenti in presenza di atti di alta amministrazione [cap. 11, par. 11.1.1] o di atti amministrativi generali [cap. 3, par. 10], maggiore è lo spazio riservato agli apprezzamenti dell'amministrazione.

Nel caso in cui vengano prospettati vizi di merito e non di legittimità, il relativo ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

La Corte di Cassazione ritiene che rientrino nel campo applicativo dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost. – secondo il quale «*il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*» – anche le fattispecie di cd. sconfinamento o invasione di sfere di pertinenza dell'amministrazione. Se il giudice amministrativo, pertanto, emana una sentenza con la quale, eccedendo i limiti del riscontro della legittimità del provvedimento amministrativo, effettua una diretta valutazione dell'opportunità del provvedimento stesso, sostituendosi all'amministrazione, è possibile impugnare tale sentenza in Cassazione¹¹.

Come si esporrà nel successivo paragrafo, nell'impostazione tradizionale della dottrina e della giurisprudenza si riteneva rientrasse nell'ambito del merito amministrativo anche la cd. discrezionalità tecnica. Nell'evoluzione successiva, le due nozioni sono state poste su piani diversi e si è ritenuto che rientrino nel merito soltanto le scelte opinabili.

In definitiva, per le scelte di discrezionalità amministrativa il merito è l'opportunità, per le scelte di discrezionalità tecnica il merito è l'opinabilità.

Esistono ambiti, differenti tra di loro, in cui il merito è sindacabile. Essi riguardano: *i*) i controlli di merito, che si affiancano a quelli di legittimità, dell'azione amministrativa [cap. 14]; *ii*) i ricorsi amministrativi per i quali è possibile prospettare anche vizi di merito [cap. 25, Parte Prima]; *iii*) la giurisdizione estesa al merito, la quale è intesa, dal prevalente orientamento interpretativo, nel senso non di consentire un controllo di opportunità ma un sindacato con poteri decisori più ampi del giudice amministrativo, che può anche sostituire l'attività dell'amministrazione [cap. 25, par. 9, per l'esame delle diverse ricostruzioni sui poteri del giudice nei casi di giurisdizione di merito].

4. Discrezionalità tecnica

Diversa dalla discrezionalità amministrativa è la cd. discrezionalità tecnica.

Se le norme attributive del potere contemplano, mediante concetti giuridici indeterminati, elementi di natura tecnica, l'amministrazione deve agire applicando, appunto, regole appartenenti alle conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica. A differenza della discrezionalità amministrativa, quindi, l'amministrazione deve effettuare una valutazione utilizzando parametri tecnici. Per questo si ritiene che, in

¹¹ Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2020, n. 8844; Cass. civ., sez. un., 26 novembre 2018, n. 30526.

questi casi, venga in rilievo solo il momento di valutazione. In tale prospettiva, sarebbe più corretto utilizzare l'espressione "valutazione tecnica"¹².

Occorre esaminare le modalità del sindacato giurisdizionale.

Nell'impostazione originaria tradizionale, la discrezionalità tecnica veniva inquadrata nell'ambito del merito amministrativo, con la conseguenza che la stessa, mancando una norma espressa che consentisse un controllo da parte del giudice amministrativo, non era sindacabile in sede giurisdizionale. In questa prospettiva, quindi, si operava una sovrapposizione tra il concetto di opportunità amministrativa, che sta alla base delle decisioni di merito, e il concetto di opinabilità tecnica, che sta alla base delle scelte discrezionali¹³.

Un diverso orientamento interpretativo riteneva, muovendosi sempre nell'ambito di una ricostruzione volta a negare autonomia concettuale alla discrezionalità tecnica, che quest'ultima fosse sindacabile tramite il vizio dell'eccesso di potere, il che significava che il sindacato poteva essere soltanto un sindacato estrinseco che il giudice esercitava mediante le proprie cognizioni¹⁴.

La dottrina ha criticato tale orientamento mettendo in rilievo che la discrezionalità amministrativa presuppone un momento valutativo degli interessi e un momento di scelta, mentre la discrezionalità tecnica presuppone soltanto una valutazione tecnica di elementi oggettivi e, dunque, di fatti.

Il Consiglio di Stato, facendo proprie le critiche della dottrina, ha chiaramente differenziato la nozione di opportunità che sta alla base delle scelte discrezionali dalla nozione di opinabilità che sta alla base delle scelte tecniche¹⁵. Si è, dunque, ammesso il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici che può svolgersi in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo.

Prendendo atto della diversità ontologica tra discrezionalità amministrativa e tecnica, è stato, pertanto, ammesso un sindacato non più estrinseco ma intrinseco, con conseguente possibilità di valutare i criteri tecnici impiegati dall'amministrazione sotto il profilo della loro corretta applicazione ricorrendo anche all'ausilio di tecnici. Nella stessa sentenza si è previsto anche un cd. sindacato forte, con conseguente possibilità del giudice di sostituire la propria valutazione tecnica a quella ritenuta non condivisibile dell'amministrazione.

La successiva giurisprudenza amministrativa e la stessa dottrina hanno, poi, chiarito come non sia consentito un sindacato che possa giungere a sostituire alla regola tecnica elaborata dall'amministrazione la regola tecnica elaborata nel corso del processo.

¹² Il codice del processo amministrativo, a proposito dei mezzi istruttori della verifica e consulenza [cap. 26, parr. 17-17.1], richiama la nozione di «*valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche*» (art. 63, comma 4).

¹³ F. Piga, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, 52 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 1992, n. 940.

¹⁴ Per l'analisi di questo orientamento si v. L. Perfetti, *Ancora sul sindacato sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 427 ss.

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

Tale sindacato contrasterebbe, infatti, con il principio di separazione dei poteri tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale.

Così come il giudice non può sindacare il merito amministrativo mediante la sostituzione di una scelta ragionevole dell'amministrazione con una diversa scelta ragionevole di matrice giudiziale, allo stesso modo non è consentito al giudice sostituire la scelta tecnica opinabile ma ragionevole, alla luce delle scienze specialistiche, dell'amministrazione con le proprie scelte tecniche. In altri termini, la valutazione tecnica è riservata all'amministrazione allo stesso modo in cui è riservata ad essa la discrezionalità amministrativa.

In tale ottica, è possibile solo il cd. sindacato debole che si ha quando si accerta, nel corso del processo, che l'amministrazione ha applicato in maniera non ragionevole le regole tecniche contemplate dalle norme di disciplina del settore, senza possibilità di sostituzione delle valutazioni opinabili ma ragionevoli dell'amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa è, infatti, ormai costante nell'affermare che, in coerenza con il principio di separazione dei poteri, gli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica «sono suscettibili di sindacato giurisdizionale nei soli casi in cui l'amministrazione abbia effettuato valutazioni che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica: non è sufficiente che la determinazione assunta sia meramente opinabile»¹⁶. Non si tratta, dunque, di un sindacato diretto con il quale il giudice svolge autonomamente la propria verifica (come avviene nel giudizio civile), ma indiretto sugli esiti della valutazione effettuata dall'amministrazione per valutarne non la condivisibilità ma la ragionevolezza¹⁷.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha poi chiarito – superando la stessa distinzione, invero, equivoca, tra sindacato debole e sindacato forte – che il giudice amministrativo effettua un sindacato pieno e penetrante, con cognizione piena dei fatti, senza, però, poter sostituire proprie valutazioni soggettive a quelle espresse, in modo non irragionevole, dall'amministrazione¹⁸.

La natura intrinseca del sindacato consente il ricorso a tecnici e il mezzo utilizzabile in questi casi è normalmente la verifica o la consulenza tecnica d'ufficio (artt. 66 e 67 cod. proc. amm. [cap. 26, par. 17.1]).

In sintesi, può affermarsi che, alla luce di quanto esposto, è possibile un sindacato intrinseco, indiretto ed effettivo senza possibilità di sostituzione della valutazione giudiziale a quella amministrativa se non nei casi in cui quest'ultima sia contraria al principio di ragionevolezza tecnica¹⁹.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629.

¹⁷ D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 346-373, ritiene che la legge possa attribuire un giudizio di apprezzamento riservato, per la particolare competenza, ad una determinata amministrazione che in quanto tale non sarebbe suscettibile di sindacato giurisdizionale.

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4153, secondo cui «sulle valutazioni tecniche opinabili il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella della pubblica amministrazione»; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873; Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III-bis, 9 maggio 2019, n. 5795 (nel settore dei concorsi universitari).

¹⁹ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058; Trib. amm. reg. Napoli, sez. I, 19 ottobre 2020, n. 4607.

Nell'ipotesi in cui vengano in rilievo settori tecnici di natura economica, il Consiglio di Stato²⁰ ha utilizzato l'espressione "discrezionalità economica", la quale costituisce una *species* del *genus* "discrezionalità tecnica".

Su un piano parzialmente diverso si pongono le nozioni di accertamento tecnico e di cd. discrezionalità mista.

L'accertamento tecnico presuppone una verifica su fatti la cui esistenza o inesistenza non presenta margini di opinabilità e può condurre ad un risultato univoco mediante l'impiego di strumenti semplici (come avviene nel caso della misurazione del grado alcolico di una bevanda) o anche complessi (come avviene nel caso della rilevanza di una sostanza inquinante in un terreno). In questo caso, poiché non occorre assicurare il principio di separazione dei poteri mancando profili di opinabilità, il sindacato del giudice amministrativo può essere pieno sul rapporto.

La discrezionalità mista presuppone una concorrenza di valutazioni tecniche e di decisioni connotate da discrezionalità amministrativa. Si pensi all'accertamento del carattere epidemico di una malattia e la successiva scelta dei rimedi attivabili per contenere i rischi di propagazione ovvero al caso in cui, accertata la natura tossica di una sostanza, la legge può disporre che l'amministrazione valuti se sia opportuno il suo ritiro dal commercio²¹, la sua distruzione ovvero l'autorizzazione all'impiego con cautele. I due momenti, in ragione della rilevata diversità tra discrezionalità e valutazione o accertamento tecnico, rimangono comunque separati anche con riguardo alle diverse modalità del sindacato giurisdizionale.

I settori principali in cui si esercita la discrezionalità tecnica sono relativi: *i*) ai contratti pubblici con riferimento al giudizio di anomalia delle offerte [cap. 16, par. 18]; *ii*) ai concorsi pubblici, con riferimento al giudizio di valutazione delle prove [cap. 8, par. 8]; *iii*) alle Autorità amministrative indipendenti, con riferimento al giudizio sull'attività specialistica da esse posta in essere [par. successivo].

[Sul sindacato sulle valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti si v. cap. 23, par. 9.1].

4.1. Sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti

Le regole sin qui esposte sono state applicate, con alcuni adattamenti, anche nell'ambito del sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità amministrative indipendenti.

Il settore di maggiore rilevanza, anche per la presenza di orientamenti consolidati della giurisprudenza amministrativa, è quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato [cap. 23]. Ad esso si farà di seguito riferimento, anche se si tratta di affermazioni suscettibili di applicazione generalizzata alle altre Autorità. Si tenga conto,

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, in materia di potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore degli impegni proposti delle imprese ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990 [cap. 23, par. 9.1.1].

²¹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 132.

inoltre, che il normale modo di svolgimento dell'attività delle Autorità è mediante provvedimenti amministrativi [cap. 6, par. 24].

Le ragioni della peculiarità dell'ambito in esame sono di carattere oggettivo e soggettivo.

In relazione alle prime, esse sono state ravvisate nella particolare complessità della valutazione tecnica richiesta all'amministrazione che applica scienze inesatte e opinabili. Si pensi alla nozione di mercato rilevante che è il presupposto indeclinabile per stabilire se una determinata intesa tra operatori economici violi o meno la concorrenza.

In relazione alle seconde, esse sono state individuate nella particolare composizione e qualificazione tecnica dell'Autorità, nonché nell'esercizio di poteri neutrali²².

È evidente come il primo aspetto possa ricorrere anche in altri settori, mentre il secondo aspetto sia proprio del solo settore in esame.

Lo svolgimento del sindacato sulle valutazioni tecniche viene suddiviso in quattro fasi distinte: *i*) accertamento dei fatti; *ii*) contestualizzazione della norma che, facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati, necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito; *iii*) raffronto tra i fatti accertati e il parametro normativo individuato così come contestualizzato; *iv*) applicazione delle sanzioni²³.

In relazione a ciascuna di tali fasi il sindacato è modulato in modo diverso.

L'accertamento dell'elemento del fatto è pieno. La verifica degli altri elementi deve avvenire con un sindacato intrinseco nel senso che occorre utilizzare il sapere specialistico, anche mediante il ricorso a consulenze o verificazioni tecniche, non essendo possibile, tuttavia, sostituire la valutazione opinabile dell'Autorità, svolta in attuazione del concetto giuridico indeterminato, con la valutazione giudiziale.

Parte della dottrina ha messo in rilievo come, soprattutto nel settore della tutela della concorrenza, non sia sempre agevole distinguere la fase dell'accertamento dei fatti da quello della verifica delle valutazioni tecniche opinabili. Si osserva, infatti, come, a rigore, nell'ambito dell'accertamento dei fatti dovrebbe rientrare anche l'attestazione di una posizione dominante di una determinata impresa sul mercato. La giurisprudenza amministrativa, però, considera questo aspetto come espressione di un giudizio tecnico discrezionale²⁴.

La successiva giurisprudenza amministrativa, al fine di evitare che l'espressione "sindacato debole" potesse indurre a ritenere che il sindacato giurisdizionale non fosse conforme ai principi, anche di matrice europea, di effettività della tutela, ha preferito, come già esposto in generale con riferimento alle valutazioni tecniche, non utilizzare più tale espressione²⁵.

²² La qualificazione di "potere neutrale" è stata, di recente, posta in dubbio dalla giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sia «portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato» [Corte cost. n. 13 del 2019, si v. cap. 6, par. 23].

²³ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

²⁴ R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 154.

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

In tale ottica, si afferma costantemente che occorre adottare una soluzione di equilibrio tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità. In questa ottica, il giudice amministrativo ha il potere di sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi per evitare una indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato²⁶.

Nelle più recenti sentenze il Consiglio di Stato ha affermato che può essere svolto soltanto quello che viene definito «*sindacato di attendibilità*» e «*non sostitutivo*»: «*l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quello per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (...) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (...) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto*»²⁷.

Anche la Corte di Cassazione ha affermato che in materia antitrust il sindacato giurisdizionale deve essere «*limitato alla verifica della non esorbitanza dai (...) margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante*»²⁸. Se, infatti, il sindacato giurisdizionale potesse «*spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità garante*» ciò «*significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita*».

Nello specifico settore della tutela della concorrenza, si è posta la questione relativa alla valenza del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, in attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, che contiene norme relative al risarcimento del danno per violazione della concorrenza. L'analisi di tale decreto verrà svolta oltre [cap. 23, par. 9.2]. In questa sede occorre soffermarsi sulla portata dell'art. 7 il quale dispone che: *i) ai fini dell'azione per il risarcimento del danno innanzi al giudice civile «si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (...) non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»; ii) «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per*

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

²⁸ Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

giudicare la legittimità della decisione medesima»; iii) il vincolo per il giudice civile riguarda «*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*».

La norma riportata distingue le seguenti fasi di accertamento.

Il procedimento che si svolge innanzi all'Autorità amministrativa indipendente che si conclude con un provvedimento non oggetto di contestazione giudiziale e, dunque, divenuto definitivo.

Il processo eventuale (anche se frequente) che si svolge davanti al giudice amministrativo avente ad oggetto il suddetto provvedimento ai fini del suo annullamento e che si conclude con sentenza definitiva.

Il processo eventuale che si svolge davanti al giudice civile per il risarcimento del danno da violazione della concorrenza.

In tale contesto le questioni controverse, strettamente connesse, sono due.

La prima riguarda il vincolo per il giudice civile derivante dall'accertamento in sede amministrativo e/o giudiziale.

Tale questione sarà esaminata in altra parte del testo [cap. 23, par. 9.2]. In questa sede, è sufficiente rilevare come la norma in esame contempra un vincolo che attiene soltanto alla «*natura della violazione, alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale e non anche al nesso di causalità e all'esistenza del danno*».

La seconda questione, connessa alla prima, attiene alle modalità del sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica nel settore della discrezionalità.

La norma in esame si presta a due contrapposte letture²⁹.

La prima lettura, valorizzando il dato letterale, potrebbe indurre a ritenere che il sindacato del giudice amministrativo non si possa estendere ai profili tecnici che presentino un oggettivo margine di opinabilità. Se si seguisse tale interpretazione il giudice amministrativo non potrebbe effettuare il sindacato sulle questioni opinabili e, quindi, l'intera sfera delle valutazioni tecnico-economiche si sottrarrebbe al vaglio giurisdizionale. Ne deriverebbe il contrasto sia con i principi di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost., sia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost, in quanto il giudice amministrativo, in tutti gli altri processi di sua competenza, continuerebbe a svolgere un sindacato sulla discrezionalità tecnica mediante l'esame del rapporto controverso e della fondatezza della pretesa.

È stata proposta, pertanto, in giurisprudenza³⁰ e in dottrina³¹, una interpretazione costituzionalmente orientata della norma nel senso che si tratta di una mera imprecisione linguistica che non incide sul modello del sindacato giurisdizionale. Del resto, la stessa norma prevede che «*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*».

²⁹ Tali letture sono riportate da F. Cintioli, *Orizzonte della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, 2019, Torino, 136 ss.

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019, cit.

³¹ F. Cintioli, *Orizzonte della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 137.