

AMMINISTRAZIONE, TECNICA E GIUDICE: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE¹

SIMONE TORRICELLI*

SOMMARIO: 1. Note introduttive e precisazioni terminologiche. – 2. Valutazioni tecniche e sindacato giurisdizionale. – 3. Il sindacato del giudice, tra giudizio “sì/no” e giudizio “più/meno”. – 4. Un tentativo di conclusione.

1. *Note introduttive e precisazioni terminologiche.* – Spesso l’amministrazione pubblica si trova a dover gestire la complessità tecnica. Gli esempi che si possono fare sono molti: alcuni legati a fattispecie classiche (si pensi alle valutazioni in ordine all’interesse storico-artistico che giustifica un vincolo su un bene), altri connessi con fattispecie più recenti (così per le valutazioni di impatto ambientale o per le valutazioni sulla salubrità dell’utilizzo di organismi geneticamente modificati). Per arrivare a tempi ancora più vicini, il governo della pandemia ha implicato un costante utilizzo della tecnica a supporto di scelte politiche anche drammatiche.

Alla rilevanza materiale della tematica si accompagna la sua centralità dogmatica. Chi abbia profuso i suoi sforzi nello studio del diritto amministrativo ha avuto immediatamente contezza del fatto che uno degli argomenti chiave nella costruzione sistematica del potere è legato alla distinzione tra scelta politica e scelta tecnica e che il richiamo alla tecnica non solo evoca, ma definisce e isola una categoria concettuale di fondo nel complesso mosaico delle decisioni amministrative opinabili. Su questa premessa è consueto contrapporre la discrezionalità amministrativa alla discrezionalità tecnica. L’espressione discrezionalità tecnica, tuttavia, lascia alcune perplessità sul piano sia terminologico che concettuale. L’attrazione della incertezza tecnica nell’alveo della opinabilità propria delle scelte discrezionali può infatti creare sovrapposizioni e ambiguità. Per questo, e per far risaltare il senso della

¹ Lo scritto riproduce l’intervento svolto all’incontro di anticipazione del quarto numero de *La Nuova Giuridica*, dal titolo “Riflessioni intorno a diritto e tecnica”, tenuto a Firenze il 26 ottobre 2023.

* Professore di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Firenze.

distinzione, può essere utile far ricorso ad una dicotomia più netta, che si giochi sui due poli della “discrezionalità amministrativa” e della “valutazione tecnica”.

Come noto, la discrezionalità amministrativa consiste in una ponderazione tra interessi, laddove invece chi sia chiamato a compiere una valutazione tecnica è tenuto solo all'applicazione di regole tecniche a risultato non univoco. Ciò con una precisazione, per non dimenticarsi che anche l'applicazione del diritto è scienza: quando si parla di discrezionalità tecnica — o meglio, di valutazione tecnica — ci si riferisce a una tecnica diversa rispetto a quella giuridica, che è pur sempre tecnica (la tecnica del dare attuazione alle norme, per come correttamente interpretate).

Bisogna anche aggiungere che, nel quadro complessivo dell'azione amministrativa, discrezionalità e tecnica si presentano spesso in maniera intrecciata. Da un lato, infatti, difficilmente la discrezionalità è slegata dalla risoluzione di problemi tecnici. La tecnica è lo strumento che consente a chi compie scelte politiche di avere contezza dell'esistenza di presupposti del potere da esercitare o di percepire e dunque poi valutare gli effetti che il potere produce. Ciò non esclude però che i due momenti siano concettualmente distinguibili. Dall'altro lato, non mancano casi in cui la norma attributiva del potere di scelta implica sì l'applicazione di regole tecniche, ma, di fronte all'incertezza tra le diverse soluzioni prefigurabili, statuisce che il criterio per scegliere sia comunque l'interesse pubblico, recuperando in questo modo, nel segmento finale della scelta, un profilo di discrezionalità in senso proprio. In questo caso, di cui non si darà conto in questo scritto, l'espressione “discrezionalità tecnica” sembra difficilmente rinunciabile.

Un'ultima precisazione. Il fatto di frammentare il tema dell'incertezza per riportarlo a due categorie generali e di ritenere che la distinzione tra l'una categoria e l'altra categoria dipenda dal fatto che la discrezionalità presuppone un bilanciamento di interessi, assente nell'altro caso, non significa postulare che la valutazione tecnica non incida sugli interessi. Al contrario: vi incide e a volte anche pesantemente, come può incidere anche pesantemente sugli interessi qualsiasi valutazione e qualsiasi scelta amministrativa. La differenza risiede invece nel fatto che la discrezionalità implica una scelta che viene fatta sulla base della prerogativa politica di decidere quanto soddisfare ciascun interesse a detrimento degli altri interessi che sono coinvolti in quella fattispecie. Questo non è vero per la valutazione tecnica, in cui viceversa il decisore è chiamato a soddisfare nella misura massima possibile il quadro degli interessi in gioco, ovviamente nel rispetto dei vincoli ordinamentali e delle direttive politiche che eventualmente identificano quali sono gli interessi rilevanti e qual è l'ordine di priorità tra gli uni e gli altri. In altre parole, la misura dell'impatto sugli interessi nella valutazione tecnica non è nella disponibilità del valutatore, come è invece nella disponibilità

del titolare di un potere discrezionale. L'impatto sugli interessi nella valutazione tecnica non è il criterio della scelta ma è la sua ricaduta.

2. *Valutazioni tecniche e sindacato giurisdizionale.* – Le premesse poste sono irrinunciabili per impostare il tema del rapporto tra valutazione tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice. È solo affrontando questo rapporto, d'altra parte, che si può stabilire se l'amministrazione sia dotata, nell'ordinamento, di un potere tecnico. Affermare che il giudice può intervenire con il proprio sindacato, sostituendo la scelta che l'amministrazione compie quando valuta tecnicamente, implica escludere che essa sia titolare di un potere. Viceversa, ritenere che vi siano dei limiti al tipo di sindacato che il giudice in questo caso svolge vuol dire ritagliare nell'attività tecnica che l'amministrazione pone in essere uno spazio di autoritarietà.

Rispetto alle valutazioni puramente discrezionali, emerge nella scelta un merito politico che per definizione è riservato all'amministrazione, espressione di un potere distinto da quello giurisdizionale. Il sindacato giurisdizionale sulla scelta discrezionale è quindi plasmato da un lato dall'operare del principio della separazione dei poteri, dall'altro dal difetto di legittimazione del giudice, non inserito nel circuito della rappresentatività: dal convergere di questi fattori deriva che il giudice non può sostituirsi all'amministrazione allorché questa si trovi a compiere delle scelte politiche. Quando invece la scelta è puramente tecnica, perché non ci sono interessi da ponderare, questi limiti non operano di per sé e il problema del sindacato va impostato in un'altra maniera, andando a cercare parametri diversi.

La posizione della giurisprudenza sulla intensità del sindacato si è evoluta nel tempo. Sino a tutti gli anni '90, il giudice amministrativo ha seguito un orientamento fortemente deferente, limitando il suo intervento ai soli casi in cui la scelta tecnica che l'amministrazione avesse compiuto fosse inattendibile agli occhi di un profano. Una posizione, questa, che limitava fortemente e senza un convincente motivo teorico il sindacato del giudice, proteggendo oltremodo la sfera dell'amministrazione. È alla fine di quel decennio che il Consiglio di Stato ha definito un nuovo standard che va oltre quello della abnormità macroscopica, ritenendo che il giudice possa andare a verificare l'attendibilità della scelta tecnica sulla base di un giudizio condotto applicando i necessari criteri tecnici ad opera di un soggetto esperto (Cons. stato, sez. IV, 4 aprile 1999, n. 601). Il cambiamento è sostanziale, ma il sindacato non assume comunque carattere sostitutivo e non interferisce sul giudizio che l'amministrazione compie in ordine alla scelta migliore tra più soluzioni attendibili. La stessa giurisprudenza ha continuato a parlare di un «sindacato debole», con una espressione invero discutibile. Il sindacato (che è una proiezione della protezione giurisdizionale accordata agli interessi protetti) non è mai debole o forte; esso deve semplicemente essere

commisurato alla consistenza della situazione soggettiva. La misura dell'intervento giurisdizionale insomma riflette la misura della pretesa che una situazione soggettiva protetta consente di avanzare nei confronti dell'amministrazione, né più, né meno, pena la violazione del diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita o la perdita del carattere soggettivo che la Costituzione ha impresso al processo amministrativo.

Col tempo, anche la giurisprudenza ha cambiato il proprio lessico, affermando di voler compiere un sindacato pieno, senza però intensificare in concreto il proprio sindacato, sempre svolto sulla falsariga della verifica di attendibilità. Un'eccezione, che ha dato origine ad un dibattito vivace, si è apparentemente avuta quando, nel 2019, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non limitarsi a verificare se la scelta che era stata fatta fosse una scelta semplicemente attendibile, per spingersi ad un controllo in ordine alla maggiore attendibilità: si è chiesto, il giudice, se l'esito della valutazione compiuta dall'amministrazione fosse più attendibile rispetto ad altre scelte che in astratto avrebbero potuto essere fatte (Cons. stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990). Difficile comprendere quale sia la portata effettiva di questa decisione, anche per la particolarità del caso che riguardava provvedimenti di natura sanzionatoria. Per quanto di fatto essa non abbia avuto seguito, offre però l'occasione di alcune riflessioni.

3. *Il sindacato del giudice, tra giudizio "sì/no" e giudizio "più/meno"*. – Quando il giudice decide se una scelta è attendibile, è chiamato a svolgere un giudizio a esito "sì/no", «è attendibile» o «non è attendibile», e quindi stabilisce, attraverso questo metro, se la scelta tecnica compiuta si colloca nell'ambito del tecnicamente possibile. In un giudizio comparativo, il giudice sarebbe chiamato a fare qualcosa di diverso: compiere un giudizio "più/meno". In questo secondo caso, posto che tutte le soluzioni adottate sono soluzioni tecnicamente plausibili, egli dovrebbe valutare quale tra di esse sia anche la più attendibile in una situazione di incertezza. Questa è la premessa di una riflessione da condurre spostando i termini normali con cui si affronta questa questione, e, in particolare, spostando l'attenzione dal profilo dell'opinabilità della valutazione tecnica, che l'amministrazione pone in essere nello svolgere la funzione amministrativa, al profilo dell'opinabilità della valutazione tecnica che il giudice compie nell'esercitare il sindacato giurisdizionale (che, a ben vedere, può essere considerato un problema ancora più delicato rispetto all'altro). La trama del ragionamento può essere tessuta intorno a due elementi.

Il primo elemento. Allo stato della giurisprudenza, è certamente ammissibile che il giudice sindachi una scelta tecnica compiendo a sua volta una valutazione a esito non univoco. È ovvio, perché la stessa valutazione "sì/no" legata all'attendibilità non è una valutazione univoca. Per altro verso, non è certamente ammissibile (spostandosi all'altro estremo) che un giudice vada a stabilire quale è

la scelta migliore per poi sanzionare e censurare qualsiasi scelta che non corrisponda a quella che lui considera tale: ciò implicherebbe l'appropriazione di una funzione non sua. Tra questi due estremi, occorre tracciare il limite di ciò che è ammissibile e ciò che non lo è.

Tra un giudizio “sì/no”, di mera attendibilità, e un giudizio “più/meno”, comparativo, sulla diversa attendibilità delle soluzioni possibili, non ci sono differenze strutturali. Non può dirsi che in un caso vi sarebbe un'invasione del merito amministrativo e nell'altro no: per ammettere tanto l'uno quanto l'altro occorre ammettere che il giudice possa compiere valutazioni che sono di per sé opinabili e imporle all'amministrazione. Cambia, però, l'ampiezza e dunque il grado di opinabilità della valutazione del giudice, che, se si ritiene si spinga sino al giudizio “più/meno”, è un grado di opinabilità che si amplifica. Questo è un primo dato che puntella il ragionamento.

Il secondo elemento. I limiti del sindacato giurisdizionale si definiscono in funzione della necessità che il giudice non travalichi il merito amministrativo, nel rispetto del principio di separazione dei poteri. Questo però non è l'unico aspetto da considerare. Nel quadro di un rapporto tra poteri dello Stato, amministrazione e giudice, ciascuno dei quali ha una propria legittimazione istituzionale, si può anche ritenere che il sindacato non si debba spingere oltre il punto in cui il giudice che lo effettua possa dirsi più legittimato dell'amministrazione a imporre al sistema e alle persone delle valutazioni ad esito incerto.

La legittimazione del giudice è una legittimazione tecnica che dipende dalla regola costituzionale della selezione per concorso, alla luce della quale svolge una funzione di garante della tutela dei diritti e degli interessi. È il sapere tecnico, che la procedura selettiva permette di presumere, a fondare il suo ruolo. Quando il sapere in gioco non è però quello che gli appartiene, la questione della sua legittimazione non si può dare per scontata. Né la si può risolvere, se non con un eccesso di formalismo, affermando che il giudice può avvalersi di un consulente tecnico, perché la sua ignoranza tecnica non gli permette di svolgere di regola un controllo effettivo sul consulente. Neanche si può risolvere la questione richiamando la prerogativa del giudice di disporre una verifica, rimettendo la questione ad un'altra amministrazione pubblica: perché mai dovrebbe essere un fattore legittimante, il fatto che il giudice che ignora decida della legittimità di un atto sulla scorta di una valutazione tecnica incerta affidata in giudizio ad una amministrazione diversa da quella che aveva la competenza a farla?

4. *Un tentativo di conclusione.* – Allora, per riprendere un discorso qui contratto al massimo, ciò che emerge è che tra questo giudizio “sì/no” e un eventuale giudizio “più/meno” vi è un passaggio che, se non stravolge la fisionomia del rapporto tra giudice e amministrazione, cambia qualitativamente il rapporto tra giudice e ausiliario tecnico, sia esso il consulente o il verificatore,

marginalizzando il giudice oltre i limiti in cui la sua decisione possa essere considerata consapevole e sorretta da una base legittimante. Il fatto che nell'ordinamento si stia dando un'importanza crescente all'adeguatezza tecnica dell'amministrazione, il fatto che si trovino nell'amministrazione delle forme nuove di legittimazione che stanno nel procedimento, nel dibattito procedimentale, nel contraddittorio, conferma la conclusione per cui proprio l'amministrazione sia la sede più idonea a dirimere in via definitiva l'incertezza che viene da una valutazione tecnica, almeno nei limiti nei quali la valutazione tecnica possa dirsi almeno attendibile.

In conclusione, si può ritenere che la valutazione che sconfinata nell'inattendibilità sia una valutazione giuridicamente insopportabile, con un grado di disvalore che giustifica un intervento giurisdizionale. In questo caso il giudice non può rinunciare al suo ruolo di chiusura dell'ordinamento, e il fatto che egli intervenga sulla base di un giudizio a sua volta non univoco, condizionato dal ruolo dei suoi ausiliari, risulta un elemento alla fine recessivo. Il giudice esprime un'esigenza di sistema che porta ad espungere un fatto incerto – la valutazione che egli, supportato dal suo ausiliario, giudica inattendibile – il cui disvalore è però certo, perché, se la valutazione è inattendibile, allora è certamente da espungere.

Il rispetto del limite dell'attendibilità sulla base della valutazione del giudice ad opera dell'amministrazione ha come conseguenza quella di ricondurre l'opzione che l'amministrazione ha scelto al mondo del giuridicamente possibile. La valutazione giudicata attendibile è accettabile ancorché possa non essere la più attendibile, perché il grado di disvalore dell'eventuale minore attendibilità che sfugge al sindacato può essere tollerato dall'ordinamento, soprattutto di fronte al rischio che altrimenti la scelta ultima finisca con il dipendere in concreto da un soggetto che si colloca al di fuori del circuito della legittimazione istituzionale. Per una volta, insomma, la giurisprudenza sembra aver trovato un assetto di cui è bene non auspicare, almeno in termini generali, modifiche o evoluzioni.