

6 SETTEMBRE 2023

Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità

di Franco Gaetano Scoca

Professore emerito di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

e Laura Lamberti

Professoressa associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*

di Franco Gaetano Scoca

Professore emerito di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

e Laura Lamberti

Professoressa associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Abstract [It]: Il saggio torna a esaminare il tema del sindacato esercitabile sulle valutazioni tecniche e quello del contemperamento tra interessi pubblici contrapposti alla luce di un recente orientamento giurisprudenziale. L'analisi ricostruisce il dibattito dottrinario e l'evoluzione compiuta in tema di effettività della tutela alla luce delle disposizioni del codice del processo amministrativo. Sulla base della teoria della “maggiore attendibilità” della tesi emergente in giudizio in caso di valutazioni tecniche, lo scritto riconosce la necessità di condividere e incoraggiare gli orientamenti giurisprudenziali che assumono approcci innovativi e convinti in ordine all'intensità e alle modalità di esercizio del sindacato in materia di discrezionalità tecnica. Particolare rilievo riconosce infine al ruolo del principio di proporzionalità quale criterio di bilanciamento tra interessi pubblici costituzionalmente garantiti ma confliggenti.

Title: Technical evaluations, protection of cultural heritage and the principle of proportionality

Abstract [En]: This paper addresses the issue of the extent of judicial review over the technical assessments and of balancing conflicting public interests starting from a recent jurisprudential orientation. The essay reconstructs the scholarly debate and the evolution made about the effectiveness of protection in the light of the provisions of the Code of Administrative Procedure. Based on the theory of “greater reliability” of the emerging thesis at trial about technical evaluations, the paper recognizes the need to share and encourage jurisprudential orientations that take innovative and persuasive approaches to the intensity and manner of exercise of review in matters of technical discretion. Finally, particular importance is accorded to the role of the principle of proportionality as a criterion for balancing constitutionally guaranteed but conflicting public interests.

Parole chiave: Discrezionalità tecnica, limiti sindacato, principio di proporzionalità, bilanciamento, interessi confliggenti

Keywords: Technical discretion, judicial review, principle of proportionality, balancing conflicting interests

Sommario: 1. Premessa. 2. Impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e croci votive. 3. Il lento progresso in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche. 4. La teoria della maggiore attendibilità della valutazione tecnica emergente in giudizio. 5. Il principio di proporzionalità quale criterio di mediazione del conflitto tra interessi confliggenti. 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il tipo di sindacato esercitabile sulle valutazioni tecniche, come il contemperamento tra interessi pubblici contrapposti, costituiscono oggetto di speculazione dottrinaria da molti anni. Essi, tuttavia, continuano ad assumere perdurante interesse in ragione della sempre maggiore presenza delle regole tecniche e

* Articolo sottoposto a referaggio. Benché questo articolo sia il frutto di una riflessione comune dei due autori, si attribuiscono a Franco G. Scoca i §§ 1, 4 e 6 mentre a Laura Lamberti i §§ 2, 3 e 5.

scientifiche nei settori più importanti dell'agire umano¹ e della crescente interconnessione tra interessi di rango costituzionale che richiedono l'individuazione di delicati punti di equilibrio. Con una sentenza² di grande interesse per svariate e interdipendenti ragioni, la VI Sezione del Consiglio di Stato, decidendo una controversia relativa alla dichiarazione di interesse culturale di un sistema di croci votive e viarie, ma anche all'installazione di impianti di energia rinnovabile attraverso l'utilizzo di pale eoliche, torna sul tema delle modalità di esercizio del sindacato giurisdizionale in materia di discrezionalità tecnica e pone il principio di proporzionalità al centro del bilanciamento tra interessi pubblici costituzionalmente garantiti ma confliggenti.

La decisione, che ha avuto alcuni precedenti nella medesima Sezione³ e si auspica diverrà la base di un formante giurisprudenziale consolidato, ribadisce la necessità di uno scrutinio estremamente puntuale per verificare la correttezza della decisione assunta sulla base di valutazioni tecniche poste dalla norma a fondamento dell'esercizio dei poteri amministrativi e affronta la complessa questione dell'eventuale prevalenza di un interesse rispetto all'altro, stabilendo la necessità di un loro temperamento alla luce del principio di proporzionalità. Nella vicenda oggetto di esame da parte del Consiglio di Stato, si fronteggiano l'interesse alla tutela del patrimonio culturale e quello alla tutela dell'ambiente. In proposito, particolarmente interessante è che la valutazione di proporzionalità venga condotta con specifico riferimento al terzo step di verifica, quello relativo alla proporzionalità in senso stretto o adeguatezza. In questo caso, inoltre, il controllo di proporzionalità attiene non solo al sacrificio che può essere imposto all'interesse privato, ma alla compressione di altro interesse pubblico, quello della tutela dell'ambiente, che viene perseguito in concorrenza con l'interesse del privato. La realizzazione dell'impianto eolico, infatti, già autorizzato ma ostacolato dai vincoli indiretti di tutela dei beni culturali, concorre a realizzare, oltre al bene della vita di tipo economico del privato, anche il bene della vita della collettività alla salubrità dell'ambiente grazie all'implementazione delle energie rinnovabili⁴. Ricostruita per rapida sintesi la

¹ A. POLICE, *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge 241 del 1990, trent'anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2021, p.364.

² Cons. Stato, VI, 23 settembre 2022, n. 8167 reperibile in <http://www.giustizia-amministrativa.it> come tutte le pronunce citate nel presente contributo.

³ Vedi *infra* nota 29.

⁴ In aderenza ai principi di sviluppo sostenibile e transizione ecologica che costituiscono obiettivi prioritari delle moderne politiche pubbliche. Di recente, in argomento, v. M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo, e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2019, p. 291 ss.; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 779 ss.; M. DELSIGNORE, *Ambiente*, in *Funzioni amministrative*, B.G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI (diretto da), *I tematici dell'Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2022, III, p. 47; G. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2015. Per l'impostazione tradizionale del tema si vedano: M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.; G. PERICU, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, I, 1987, p. 189 ss.; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016. Sia consentito rinviare anche a F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quad. reg.*, 1989, p. 533 ss.

vicenda, ci si soffermerà sul tema del sindacato giurisdizionale sulle decisioni tecnico discrezionali per verificare come la decisione costituisca piena realizzazione di quel lento ma costante progresso che porta alla pienezza del sindacato e all'effettività della tutela. Sarà inoltre esaminato il ruolo, sempre più determinante, che il principio di proporzionalità assume quale criterio di contemperamento tra interessi apparentemente inconciliabili che, grazie alla sua corretta applicazione, trovano giusta composizione.

2. Impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e croci votive

La vicenda origina dalla impugnativa di due dichiarazioni di interesse culturale, ai sensi degli artt. 10 e 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42⁵, di due sistemi di croci votive e viarie presenti in aree della regione molisana. Nelle vicinanze di tali aree, su istanza della società ricorrente in primo grado, erano state concesse due autorizzazioni uniche per la realizzazione di impianti di energia eolica. In entrambi i procedimenti autorizzatori, in sede di conferenza di servizi, la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici della Regione Molise aveva espresso parere negativo al rilascio dell'autorizzazione, lamentando intollerabili interferenze degli impianti di energia rinnovabile con la tutela di beni di interesse culturale presenti nelle relative zone. Dalla lettura degli atti processuali emerge il tentativo di radicalizzare quella che viene indicata come «una vera e propria 'guerra', ormai ultradecennale, che la Soprintendenza molisana avrebbe intrapreso contro l'energia eolica in tutto il territorio regionale. Tuttavia, sia nel giudizio di primo grado che in quello d'appello, non viene accolto il motivo fondato sull'asserito vizio di sviamento di potere consistente nel fatto che «i vincoli in questione sarebbero stati apposti dal Ministero della Cultura con l'unico intento di ostacolare la realizzazione di un impianto eolico già autorizzato proprio sulle aree poi assoggettate a vincolo». Mentre il TAR del Molise ha condiviso la doglianza fondata sul difetto di motivazione a sostegno delle due dichiarazioni di interesse culturale, il Consiglio di Stato ha riesaminato *funditus* l'intera vicenda e ha giudicato del tutto appropriata la valutazione compiuta dall'amministrazione nell'apposizione del vincolo. Nel vagliare i parametri normativi di riferimento ed il modo in cui è stata condotta l'istruttoria da parte della Soprintendenza, la VI Sezione ha fornito un'esemplare dimostrazione del tipo di sindacato che il giudice amministrativo è tenuto a realizzare rispetto alle valutazioni tecnico discrezionali dell'amministrazione. Nella decisione, infatti, si considerano gli elementi posti dalla normativa a fondamento del potere di vincolo ed il modo in cui essi sono stati verificati dalla Soprintendenza sia dal punto di vista formale che sostanziale attraverso l'esame di principi e regole della storia dell'arte coerentemente ricostruiti nella motivazione. Muovendo, invece, a considerare la doglianza relativa allo sviamento della funzione e alla sproporzione abnorme delle

⁵ G. MORBIDELLI, *Art. 10*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 133.

prescrizioni di tutela indiretta che riguardavano le aree circostanti i manufatti oggetto di vincolo (quelle sulle quali, in base all'autorizzazione rilasciata, dovrebbero essere realizzati gli impianti di energia eolica), il Consiglio di Stato, a differenza del giudice di prime cure, ha accolto il motivo d'appello incentrato sulla incomprensibilità della apposizione «di un vincolo indiretto rispetto a dei manufatti che, per la loro limitatissima consistenza, sono visibili soltanto a chi si avvicini a pochi metri di distanza, e rispetto alla cui visione non può in alcun modo incidere l'eventuale realizzazione di altri manufatti che si trovino a centinaia di metri di distanza». La sproporzione, nello specifico, avrebbe riguardato «soprattutto l'estensione del divieto di trasformazione, mediante la realizzazione di opere e palificazioni, a tutte le aree circostanti i manufatti assoggettati a vincolo diretto».

3. Il lento progresso in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche

In relazione al sindacato sulle decisioni fondate su valutazioni tecniche, l'approccio del Consiglio di Stato appare particolarmente convincente anche rispetto a quello condotto dal giudice di prime cure. Il TAR, infatti, accogliendo le doglianze del ricorrente, aveva riconosciuto il difetto di istruttoria e la carenza motivazionale della Soprintendenza senza entrare nello specifico delle valutazioni condotte dall'amministrazione. Il Consiglio di Stato, al contrario, si preoccupa di verificare le valutazioni in parola esprimendo un giudizio sulla loro piena coerenza rispetto a quanto specificamente richiesto dalla normativa.

Richiamata l'ontologica differenza tra le scelte politico-amministrative che si basano sulla ponderazione di interessi e le decisioni fondate su valutazioni dei fatti complessi che presuppongono conoscenze tecniche, il Collegio sottolinea la differenza che ciò comporta in ordine al sindacato su di esse esercitabile: nel primo caso «il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme» mentre nel secondo le valutazioni dei fatti complessi basate su conoscenze tecniche devono essere scrutinate «al lume del diverso e più severo parametro della 'attendibilità' tecnico-scientifica».

Noto è l'impegno che è stato profuso⁶ in ordine all'inquadramento dell'attività tecnico discrezionale della pubblica amministrazione sia sul piano sostanziale che processuale. Superata l'idea di una possibile

⁶ In termini generali e senza pretese di completezza sulla discrezionalità tecnica: V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1981, vol I, p. 237; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e Giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 1 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; Idem, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 1998, 331; F.G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 107; IDEM, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2000, p. 1045; L. BENVENUTI, *La discrezionalità e i suoi interpreti*, in ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*,

assimilazione o comunque di un avvicinamento della discrezionalità tecnica a quella amministrativa⁷ è divenuta prevalente la tesi che considera la discrezionalità tecnica estranea alla discrezionalità amministrativa⁸ se non per un'erronea identità nominalistica⁹. La presenza, nelle disposizioni normative che fondano ipotesi di discrezionalità tecnica, di concetti giuridici indeterminati che l'autorità amministrativa è chiamata ad applicare comporta la necessità che essa proceda ad un'attività di specificazione, contestualizzazione e quindi definizione dei concetti stessi che, basandosi su saperi scientifici (appartenenti alle più diverse discipline) non coinvolge valutazione e ponderazione di interessi. La complessità dei saperi implicati può determinare la difficoltà nell'identificazione di un'opzione incontrovertibile, con la possibile qualificazione del medesimo presupposto in diversi modi teoricamente attendibili. Questo però conduce la questione nell'ambito dell'opinabilità ma non dell'opportunità. Nella prima, infatti, si configura un profilo di soggettività in ordine al giudizio tecnico che concerne la qualificazione del fatto e non dell'interesse pubblico mentre, nella seconda, si rinviene una scelta tra le

Giuffrè, Milano, 2002, p. 68 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2008, p. 791; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *dir. proc. amm.*, 2011, p. 133; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte dei giudici amministrativi*, in *dir. proc. amm.*, 2013, p. 513; D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM, Pienzezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in *Judicium*, 2019; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, 749; A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021, al quale si rinvia per i numerosi contributi dei diversi autori, tra i quali in particolare M. D'ALBERTI, *Prefazione*, p. 1, B. G. MATTARELLA, *Postfazione*, p. 399 e A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, p. 5.

⁷ Pur nella consapevolezza, anche in tempi risalenti, della ontologica differenza tra valutazione tecnica e ponderazione di interessi (F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *giur. it.*, 1902) tale ambito è stato considerato storicamente riservato all'amministrazione. Ciò veniva argomentato vuoi in ragione della preminenza della p.a. rispetto ai consociati (E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *giur. it.*, 1910, IV; Id, *I limiti del sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1911) vuoi a causa del ruolo accessorio della discrezionalità tecnica rispetto alla valutazione degli interessi dalla quale derivava il carattere riservato (O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, L. Pierro, Napoli, 1912, p. 368). La conclusione per l'insindacabilità di tali giudizi viene poi affermata a maggior ragione quando prevale l'idea dell'irrelevanza della distinzione tra le due categorie e della ascrivibilità della discrezionalità tecnica all'alveo del merito amministrativo (P. Virga, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 101; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, fin dall'edizione del 1952 e da ultimo, Jovene, Napoli, 1989, p. 595). A queste tesi furono mosse accese critiche invocando il rispetto dei principi di effettività della tutela e la possibilità di condurre in relazione a tali valutazioni tecniche un sindacato non solo esterno e formale (F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 371 ss.).

⁸ L'idea dell'assoluta estraneità della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa, in ragione della mancanza di qualsiasi valutazione inerente alla ponderazione comparativa di interessi, viene sostenuta da Giannini già nel *Corso di diritto amministrativo* del 1967 e da ultimo, poi, in *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993, 55.

⁹ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, p. 56: «La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica un giudizio o volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo un giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale». Sulla contraddittorietà della nozione di discrezionalità tecnica si rinvia a F.G. SCOCA (*Valutazioni «automatiche» di titoli scientifici*, in *foro amm. cds*, 2011, 9, p. 2892) che non «riesce[e] a scacciare dalla mente è che il fantasma concettuale della discrezionalità tecnica venga evocato quando il giudice non ritenga di dover andare a fondo nell'accertamento del fatto». Sul tema cfr. anche L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 32 e da ultimo F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Enrico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, 1, 2022, il quale evidenzia la necessità di riconoscere all'elaborazione teorica di Enrico Presutti la piena consapevolezza della differenza intercorrente tra i due tipi di discrezionalità.

diverse possibili opzioni che conduca all'identificazione della migliore soluzione per la realizzazione del pubblico interesse. Tuttavia, il rilievo attribuito al profilo dell'opinabilità ha portato la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ad affermare una riserva in capo all'amministrazione¹⁰ anche in relazione alle valutazioni tecniche. Riserva che, nel caso in esame, viene invocata nell'appello proposto dal Ministero per contestare la decisione di primo grado asserendo che il TAR Molise sarebbe andato oltre i limiti del proprio sindacato scrutinando le valutazioni sottese alle dichiarazioni di interesse culturale che, essendo connotate da discrezionalità tecnica, sarebbero, in quanto tali, riservate all'amministrazione ed insindacabili in sede giudiziaria. Sul punto giova ricordare che una parte della dottrina¹¹ abbia da sempre manifestato il suo favore per una tutela piena ed effettiva in tema di valutazioni tecniche affermando la necessità della loro piena sindacabilità inerendo, esse, al fatto¹² e potendo, quindi, essere perfettamente ricostruite dal giudice. Secondo questa impostazione, di fronte ai concetti giuridici indeterminati presenti

¹⁰ Riconoscono una riserva a favore dell'amministrazione in ordine alle valutazioni tecniche: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 228 che la riconnette alla sussistenza di un interesse pubblico; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, che la lega alla soggettività assoluta e all'irripetibilità del giudizio; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, cit., p.312, p.339 ed anche p. 373, che la riconnette all'esistenza di due concorrenti fattori: l'idoneità della struttura organizzativa amministrativa e l'inequivoca indicazione da parte della legge. Per una completa ricostruzione di tali tesi definite di insindacabilità subiettiva (a differenza di quelle più risalenti classificate di insindacabilità oggettiva) unita ad una convincente ed argomentata critica cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000, p. 319 e ss. Più recentemente sempre a favore della suddetta riserva: F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., p. 791; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, cit., p. 133.

¹¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., p.107.

¹² In termini generali sull'importanza della ricostruzione del fatto nell'ambito del processo amministrativo si veda G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2003. L'autonoma cognizione dei fatti da parte del giudice amministrativo e la sindacabilità della discrezionalità tecnica sono state sempre intimamente connesse. Il percorso verso l'adeguamento del sistema probatorio alle esigenze di una tutela piena ed effettiva ha compiuto un passo in avanti con l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo. Per un commento agli artt. 63 e ss. si veda F. G. SCOCA, *Art. 63*, in A. QUARANTA V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo, commentario al D. Lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 535. Sul punto cfr. L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. Amm.*, 3, 2014, p. 538 la quale, riferendosi alla previsione codicistica dell'istruzione probatoria, rileva come essa «sembrerebbe (e la formula dubitativa è d'obbligo a causa dell'applicazione che essa continua ad avere nelle sedi processuali) aver definitivamente consacrato quel pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo che da tempo veniva invocato dalla dottrina proprio nella richiamata prospettiva della garanzia di una piena tutela delle situazioni soggettive direttamente o indirettamente coinvolte da quel determinato esercizio di potere». Viene, tuttavia, immediatamente sottolineato come tale pienezza di tutela, riconosciuta nella regolazione dei principi, non è garantita in sede di applicazione processuale a causa del persistere, da parte del giudice amministrativo di «quella deferenza» nei confronti dell'accertamento del fatto condotto dall'amministrazione, in concreto ritenuta titolare di quel complesso di conoscenze, di quell'*expertise*, che induce a non dubitare delle sue operazioni di accertamento del fatto, così sottratte, nella maggior parte dei casi dietro il baluardo dell'apprezzamento dell'interesse e dell'opinabilità del criterio applicato, al sindacato diretto, riproponendo, soprattutto nelle ipotesi di pseudo-discrezionalità, gli schemi propri di una verifica esterna dell'azione dell'amministrazione condotta facendo ricorso ai criteri della logica formale propri del sindacato estrinseco». Nello stesso senso A. TRAVI, *Giurisdizione e Amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 8, il quale rileva come «nell'esperienza comune della giurisprudenza, la ricostruzione dei fatti prospettata dall'amministrazione è spesso accompagnata da un'attendibilità privilegiata: all'amministrazione si crede di più, anche se essa sia parte in causa e anche se il principio del giusto processo esige la parità delle parti».

nelle norme di riferimento, il giudice è chiamato anch'egli alla loro qualificazione e specificazione ed il suo sindacato non deve arrestarsi ad una mera verifica di congruità o non illogicità delle valutazioni operate dall'amministrazione. Come chiarito, si tratta di un'attività che non impinge una valutazione o comparazione di interessi, che non attiene al merito amministrativo, unico ambito legittimamente riservato all'amministrazione¹³. La convinzione della mancanza di un ancoraggio al diritto positivo della riserva, in favore dell'amministrazione, dei giudizi tecnico valutativi porta ad affermare la necessità di riconoscere che il principio di effettività della tutela, costituzionalmente garantito, imponga la possibilità di sindacare pienamente le valutazioni tecniche ancorché opinabili inerendo esse all'accertamento dei fatti e ad esortare il giudice amministrativo ad abbandonare atteggiamenti deferenti¹⁴.

Il primo passo compiuto è stato la fuoriuscita delle valutazioni tecniche dall'alveo del merito insindacabile a favore della loro riconduzione alla generale categoria della discrezionalità. In questo modo, in ordine ad esse, il giudice poteva operare l'ordinario sindacato di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere. Numerose erano le voci¹⁵ che segnalavano il chiaro errore di fondo, nell'impostazione della questione ma è solo con la nota sentenza Cons. Stato, IV, 9 aprile, 1999 n. 601¹⁶ che si è affermata l'innegabile e risolvibile differenza tra opportunità ed opinabilità e si è aperta la strada alla corretta ricostruzione del problema anche da parte del giudice amministrativo. Questi si è quindi posto il diverso tema di quale intensità potesse avere il suo sindacato su scelte che non consistano nella valutazione comparativa di

¹³ Sul tipo di sindacato esercitabile sui giudizi tecnici si veda: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 371 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1986; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *dir. pubbl.*, 2, 2004, p. 440; IDEM., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 2019, 5-6; S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 349 ss; F. GOISIS, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e amministrazione*, n. 2, 2018, p. 199 ss; M. CROCE, *Il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche ambientali: tra attività conoscitiva e rappresentazione degli interessi*, in www.rqda.eu, n. 2, 2019, p. 46; nonché gli autori citati nella nota successiva.

¹⁴ «Ogni area di apprezzamento tecnico, che sia riservata all'amministrazione, e non sia quindi verificabile in giudizio, comporta una lesione (o una compressione) del principio di piena e generale tutela giurisdizionale, fissato in via di principio dall'art. 24, e ribadito, con riferimento puntuale all'azione delle amministrazioni pubbliche, dall'art. 113 della Costituzione» (F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1066). In questo senso, pur nella necessaria varietà di ricostruzioni, si vedano: G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1589; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *dir. amm.*, 1996, p. 486; Id., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., p. 319; L. R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 251 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit. 439; Id., *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 304.

¹⁵ Per tutti cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 431.

¹⁶ Cons. Stato, IV, 9 aprile, 1999 n. 601 in *Gior. dir. amm.*, 1999, p.1179 con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e limiti del controllo giurisdizionale*, ma anche in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182 con note di DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*.

interessi. Anche in relazione a tale aspetto la giurisprudenza amministrativa, grazie allo stimolo specifico derivante dallo scrutinio degli atti delle amministrazioni indipendenti e dalle sollecitazioni della dottrina¹⁷, ha compiuto significativi progressi nella direzione della pienezza ed effettività della tutela. Superati infatti i primi approcci che esercitando un sindacato «debole»¹⁸, arrestavano lo scrutinio alla verifica della logicità, congruità, ragionevolezza, corretta motivazione ed istruzione del provvedimento, si è giunti a riconoscere la necessità di operare un sindacato che, «accertando in modo pieno i fatti e verificando il processo valutativo svolto dall'Autorità in base alle regole tecniche, a loro volta scrutinate, incontra l'unico limite nell'impossibilità di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio di un potere ad essa riservato»¹⁹. Con specifico riguardo alla possibilità, per il giudice, di assumere a fondamento della propria decisione una tesi diversa rispetto a quella dell'autorità, derivante dalle risultanze del processo, per lungo tempo è prevalso un approccio di assoluta deferenza nei confronti del ruolo dell'autorità amministrativa²⁰. Pur nella consapevolezza che questo limite ha incontrato e incontra condivisione nella dottrina che, nella varietà delle ricostruzioni, costantemente lo ha riaffermato²¹, si deve ribadire la necessità di rivendicare al giudice la possibilità di disattendere le valutazioni di ordine tecnico dell'amministrazione non solo quando esse non siano convincenti²² ma anche quando non siano le più convincenti. Ciò in quanto la possibilità che prevalga il convincimento che il giudice si è formato alla luce del contraddittorio processuale e

¹⁷ Sulla necessità di uno scrutinio approfondito in tema di valutazioni tecnico discrezionali, con riguardo specifico agli atti delle autorità amministrative indipendenti in ragione della loro eccentrica collocazione istituzionale, cfr. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997, p. 251 e più recentemente F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in questa rivista, n. 12, 2019, 26; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 329 e ss., sia consentito rinviare anche a L. LAMBERTI, *Effettività della tutela e sindacato giurisdizionale sugli atti sanzionatori delle autorità indipendenti*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 2899.

¹⁸ Cons. Stato, VI, 18 giugno 2002, n. 5156.

¹⁹ Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, p. 6. Su tale linea Cons. Stato, VI, 20 febbraio 2008, n. 597 ove espressamente si afferma che il sindacato operato dal giudice amministrativo è «un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito sia stato correttamente esercitato».

²⁰ Isolate pronunce in passato hanno riconosciuto tale possibilità più nelle affermazioni di principio che nella effettiva realizzazione: Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2007, n. 515, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 632; Cons. Stato, VI, 17 dicembre 2007, n. 6469, in *Foro amm. Cons. St.*, 2007, p. 3510. La giurisprudenza prevalente, al contrario, si è consolidata nell'escludere la possibilità di spingersi a valutare una tesi diversa qualora quella assunta dall'amministrazione abbia superato il vaglio dell'attendibilità fatta eccezione per Cons. Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4990 sulla quale cfr. nota 26. In dottrina da ultimo R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 414-415; L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, *ivi*, 2019, 189 e ss.

²¹ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Giuffrè, Milano, 2005; D. DE PRETIS, voce *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, Giuffrè, Milano p. 6179; G. MORBIDELLI, *Della necessaria distinzione tra accertamento dei fatti e giudizio di attendibilità*, in *www.giustamm.it*, 2015.

²² A. TRAVI, *Giurisdizione e Amministrazione*, cit., p. 9.

dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio²³, rispetto alla tesi dell'amministrazione, non è altro che una possibile «fisiologica» conclusione connessa alla pienezza del suo sindacato²⁴. Si giunge, così, al cuore del problema e cioè alla temuta possibilità della sostituzione del giudice all'amministrazione, questione da sempre dibattuta²⁵ e che involge il tema della separazione dei poteri. Occorre tuttavia segnalare che spesso l'opinabilità²⁶ lungi dall'essere verificata in relazione al singolo caso concreto, venga invocata dalla giurisprudenza come pregiudiziale barriera, come limite insuperabile, sul cuiuscio il sindacato giurisdizionale si doveva arrestare. Approccio che si deve fermamente contestare in ragione del fatto che il giudice ha la possibilità, nel giudizio, di operare quel confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, introdotte dall'eventuale consulenza tecnica d'ufficio²⁷, o da lui stesso elaborate in relazione a ciascun specifico aspetto della questione. Ciò gli consente di ricostruire completamente ed autonomamente i fatti e di esprimersi verificando che la tesi posta a base della decisione dell'autorità sia appunto non solo convincente ma accertando che essa risulti «la più convincente tra quelle presenti in

²³ F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, cit., p. 278.

²⁴ IDEM, *Op. e loc. cit.* In questo senso A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., p. 443; R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *giur. comm.*, 2003, 2, p. 170; L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto*, cit., p. 535, E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2014, p. 703; Idem, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 41.

²⁵ Per una completa ricostruzione del tema cfr. F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, cit., e da ultimo F. SAIITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti...*, cit., 797, il quale rileva come «in definitiva, il problema della sostituibilità del giudice attiene più che altro alle sue limitate competenze cognitive, al possesso di un bagaglio di conoscenze tecnico-scientifiche quasi sempre insufficiente per sindacare le scelte dell'amministrazione» e ricorda le parole di Antonio Romano Tassone che sul tema evidenziava come «la qualità complessiva del contesto cognitivo da cui promana la decisione amministrativa e ancora di più, la constatazione che tale qualità non possa essere migliorata in sede di giudizio» finisce per risultare ciò che «realmente osta, *au fond*, alla 'sostituzione' della scelta dell'amministrazione con quella del giudice».

²⁶ Sul punto si veda L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto*, cit., p. 540 che evidenzia come quando ricorre l'opinabilità «l'eventuale rivalutazione del fatto da parte del giudice amministrativo viene vista come una inaccettabile sostituzione del giudice amministrativo al momento della volizione dell'amministrazione, con conseguente limitazione del sindacato entro i tradizionali confini del sindacato estrinseco e, quindi, anche dell'apparato probatorio utilizzabile».

²⁷ M. A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 12, 2008, p. 3533, la quale ricorda che «l'indirizzo favorevole alla sua introduzione generalizzata anche nel processo amministrativo trae origine dalla sentenza n. 601 del 1999 con la quale il Consiglio di Stato ha ammesso la sindacabilità da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti tecnico-discrezionali, palesando così la necessità di apprestare idonei strumenti istruttori (...) una volta venuta meno l'equiparazione tra la discrezionalità tecnica e il merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. non è più circoscritto al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma può estendersi alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche eseguite per valutarne la correttezza, sia in sia in ordine al criterio tecnico utilizzato che al procedimento applicativo».

giudizio»²⁸, ricostruzione che, tuttavia, non ha ancora avuto accoglimento in giurisprudenza se non in un *obiter dictum* della medesima Sezione del Consiglio di Stato in tema di sanzioni antitrust²⁹.

²⁸ F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit., p. 279. In senso concorde cfr.: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in www.ius-publicum.com, dicembre 2014, p. 7; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2014, p. 703; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, p. 561; R. GIOVAGNOLI, *Judicial Review of Antitrust Decisions*, in *Italian Antitrust Review: Q&A*, 1, 2015, p. 144; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.com, 2017, p. 11; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per 'i soli motivi inerenti alla giurisdizione' e ricorso per 'violazione di legge')*, in *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, p. 41; R. CHIEPPA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 386. La stessa si ritrova anche nel documento dell'Ufficio Studi massimario e formazione, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti* in www.giustizia-amministrativa.com. Nello stesso senso, in termini generali rispetto alle valutazioni tecniche, E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 193 il quale afferma che «il sindacato del giudice non può escludersi in presenza di un provvedimento amministrativo applicativo di un parametro tecnico opinabile che fa parte della fattispecie normativa, da applicare al caso concreto.» Esattamente come l'amministrazione che, in casi del genere, non compie alcuna ponderazione di interessi e quindi alcuna valutazione di merito, limitandosi ad un'attività di interpretazione del dato normativo, anche il giudice non fa altro che accertare il fatto valutando il dato tecnico richiamato nella norma. Per queste ragioni «non si può affermare [pertanto] che il giudice vada ad esprimere un giudizio riservato al potere amministrativo».

²⁹ La sentenza del Consiglio di Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4990 interveniva sulla controversia relativa alle sanzioni irrogate dall'AGCM, nei confronti delle case farmaceutiche Hoffmann-La Roche e Novartis e le corrispondenti filiali italiane, per la violazione dell'art. 101 TFUE. La decisione ha definito la complessa questione sorta nel 2014 con l'accertamento, da parte dell'AGCM, di un'intesa restrittiva della concorrenza, con la quale le case farmaceutiche avrebbero concertato la surrettizia differenziazione dei due farmaci, Avastin e Lucentis, al fine di favorire le vendite del primo rispetto al secondo. Diffusosi l'uso *off label* in ambito oftalmico, con inserimento per un certo periodo nella lista 165, del farmaco Lucentis, nato ed autorizzato dall'AIFA per uso antitumorale, le aziende farmaceutiche avrebbero concordemente deciso di enfatizzare gli effetti collaterali di tale utilizzo al fine di scoraggiare l'acquisto e il relativo uso *off label* del Lucentis, più economico, rispetto all'Avastin, ma dotato di autorizzazione all'immissione in commercio in relazione alle indicazioni terapeutiche delle patologie oftalmiche. La sentenza ripercorre le vicende storico fattuali del caso e le prove prodotte e contestate dalle parti, con una precisa disamina di tutti gli elementi coinvolti e concludendo con un *decisum* che condivide la ricostruzione posta dall'AGCM alla base della sua decisione sanzionatoria. Pur non richiedendolo la vicenda oggetto di scrutinio, che si conclude con la riconosciuta prevalenza della tesi assunta dall'Autorità quale presupposto per la specificazione del parametro normativo ai fini dell'irrogazione della sanzione, questa sentenza reca un'importante chiarificazione in ordine al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni *antitrust*. Il Collegio muove a considerare *funditus* i termini del problema e ad operare la fondamentale distinzione tra le ipotesi in cui il legislatore (non potendo prevedere e graduare l'atteggiarsi delle interazioni tra i soggetti coinvolti nell'agire amministrativo ed il graduarsi dei relativi interessi) non individuando una conclusione predefinita, rimette all'autorità amministrativa l'identificazione dell'interesse pubblico concreto da realizzare, e la diversa circostanza in cui l'assetto delle relazioni e degli interessi è, al contrario, stabilito dalla norma. In tal caso le condotte anticoncorrenziali sono definite mediante il riferimento ad elementi descrittivi che, nonostante la complessità e l'eventuale opinabilità, assumono «la dimensione oggettiva di 'fatto storico' accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto 'mediato' dall'apprezzamento dell'Autorità». Per questa ragione si giunge alla conseguenza che «la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del 'mercato rilevante') è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa» che può determinare il profilarsi dell'opinabilità delle diverse tesi scrutinate ma rispetto alle quali «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile) » con la conclusione che «al sindacato (non sostitutivo) di 'attendibilità' va, dunque, sostituito un sindacato pieno di 'maggiore attendibilità'». Coerentemente con quanto sostenuto dalla migliore dottrina, il Collegio esclude che il discorso possa essere correttamente impostato facendo riferimento ad un controllo sostitutivo. Ciò in quanto, in questo caso, non sussistono i limiti alla cognizione connaturati al sindacato sull'esercizio del potere, ed il giudice può quindi accedere alla diretta verifica della corrispondenza della condotta oggetto di sanzione alla fattispecie astratta che la prevede.

4. La teoria della maggiore attendibilità della valutazione tecnica emergente in giudizio

Questa tesi, specificamente elaborata in relazione al sindacato relativo alle sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è suscettibile di applicazione generale in ordine al sindacato sulle valutazioni tecniche e trova una rinnovata conferma nella decisione richiamata sotto una duplice prospettiva. Sia perché la VI Sezione ha concretamente verificato l'attendibilità della valutazione compiuta dall'amministrazione, sia perché i giudici hanno espressamente riconosciuto la possibilità, per l'interessato, non solo di invocare il rispetto delle garanzie formali e procedurali che assicurano tutela alla propria posizione giuridica (e la verifica degli indici di eccesso di potere) ma anche di «contestare *ab intrinseco* il nucleo dell'apprezzamento complesso» con la necessità, in questo caso, di «metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica»³⁰. Poiché il ricorrente non ha operato tale contestazione è risultata correttamente prevalente la qualificazione del fatto operata dall'organo amministrativo cui la normativa attribuisce la competenza in ordine all'apposizione del vincolo³¹. Sul punto il Consiglio di Stato ha espressamente rilevato come, in tale circostanza, non si stia garantendo all'amministrazione «un privilegio di insindacabilità che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo» ma si stia semplicemente dando seguito «sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione».

Così, con riguardo alla dichiarazione di interesse culturale, il Collegio ha richiamato il disposto normativo di cui agli artt. 10, comma 3, lettera a), e 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 che demanda ai competenti organi del Ministero della Cultura il compito di «accertare la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante»³². Come

³⁰ Punto 1.1 della motivazione.

Si segnala che recentissimamente il Consiglio di Stato è tornato a giudicare in materia di valutazioni tecniche in tema di beni culturali riguardo ad un'autorizzazione alla libera circolazione del bene (Cons. Stato, VI, 9 maggio 2023 n. 4686 in <http://giustizjainsieme.it> con nota di A. CIOFFI). In tale ultima sentenza, che pure si può apprezzare per la profondità di analisi condotte in merito alla decisione della Soprintendenza, questo passaggio, che costituisce il fulcro della decisione relativa alle croci votive molisane e da cui emerge una piena consapevolezza rispetto alla teoria della «maggiore attendibilità», viene ripreso ma non completamente. Si legge infatti che «è ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali “strumentali” e gli indici di eccesso di potere – contestare anche il nucleo intimo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione sia scientificamente inaccettabile (corsivo nostro)» cosa completamente diversa dalla conclusione originaria del periodo ripreso dalla pronuncia esaminata nel testo in cui si legge: «è ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare *ab intrinseco* il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica».

³¹ La mancanza di una specifica contestazione tecnica dei parametri e criteri utilizzati dalla Soprintendenza è stata verificata da ultimo anche in relazione ad una pronuncia della IV Sezione in tema di autorizzazione paesaggistica. Cfr. Cons. Stato, 21 marzo 2023, n. 2836.

³² Nella motivazione della sentenza espressamente si rileva come questo comporti che «il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione. L'esigenza di oggettività e uniformità di valutazione dei tecnici del settore (storici dell'arte,

riconosciuto dalla migliore dottrina³³, le valutazioni operate in tema di vincoli a tutela dei beni culturali, nonostante «il carattere fortemente valutativo» che le connota, sono da ascrivere alla categoria degli apprezzamenti tecnici riconducibili alle scienze umanistiche come l'architettura, la storia dell'arte o l'archeologia, che, in quanto *soft sciences*³⁴ si caratterizzano per un minor grado di esattezza. Questo profilo, tuttavia, è del tutto ininfluenza quanto alla loro riconducibilità alla categoria dei giudizi tecnici, ontologicamente diversi rispetto alle valutazioni che presuppongono comparazione di interessi e quindi valutazioni di opportunità. Se è vero che l'opinabilità di tali valutazioni (e la conseguente possibilità di più ricostruzioni teoricamente attendibili) assume una connotazione estremamente accentuata, è vero anche che questo non dovrebbe condurre a considerarle riservate all'amministrazione e incontestabili se non nei limiti dell'irragionevolezza o dell'esorbitante incongruità. Come dimostra la vicenda oggetto di commento, in questo modo, le posizioni giuridiche soggettive sulle quali tali valutazioni impattano resterebbero totalmente prive di tutela. Tuttavia, un'analisi della giurisprudenza in tema di dichiarazioni di interesse culturale (e paesaggistico) fa emergere una marcata deferenza del giudice amministrativo rispetto alle decisioni delle Soprintendenze³⁵. Nell'ambito di un consolidato formante giurisprudenziale³⁶, gli unici spazi per un sindacato maggiormente penetrante sono stati ricavati facendo riferimento ad una macroscopica sproporzione o irragionevolezza della decisione ovvero sindacando insufficiente il suo apparato motivazionale per accedere in questo modo ad una valutazione della sua sostanza.

Rispetto a questa impostazione questo diverso orientamento appare di particolare interesse poiché, pur concludendosi con la condivisione della valutazione operata dalla Soprintendenza, la sua legittimità viene confermata al concorrere di due presupposti: la completa verifica del percorso logico argomentativo posto al suo fondamento e la mancanza di una diversa tesi fondata su evidenze dirette a confutare, alla luce delle medesime scienze umanistiche, la valutazione stessa. A differenza del giudice di primo grado che aveva escluso la sufficienza dell'istruttoria e della motivazione del provvedimento di apposizione del

antropologi, architetti, urbanisti al servizio della pubblica amministrazione) non può non risentire del predetto limite epistemologico» Punto 1.1 della parte in diritto.

³³ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 489.

³⁴ Così identificate per differenza rispetto alle hard science. Sul tema cfr. F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 685 ss; P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e sviluppo: la via italiana della tutela*, in <http://Giustamm.it>, 2015; G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 3, 2016; M. BRAY, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti in materia di beni culturali e paesaggio*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., 149.

³⁵ Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2015, n. 4747 per la quale: «La valutazione in ordine all'esistenza di un interesse culturale (artistico, storico, archeologico o etnoantropologico) particolarmente importante, tale da giustificare l'imposizione del relativo vincolo ai sensi degli art. 13 comma 1 e 10 comma 3 lett. a) d.l.g. n. 42 del 2004, è prerogativa esclusiva dell'Amministrazione preposta alla gestione del vincolo e può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta».

³⁶ Cons. Stato, VI, 16 gennaio 2017, n. 105; Cons. Stato, VI, 18 luglio 2019, n. 5042; Cons. Stato, VI, 17 marzo 2020, n. 1903; Cons. Stato, VI, 14 giugno 2017, n. 2920.

vincolo³⁷, il Consiglio di Stato muove dal presupposto che la dichiarazione di interesse culturale deve basarsi su un apparato motivazionale convincente e documentato che, pur dovendo riferirsi a criteri generali e predeterminati, non può prescindere da valutazioni operate caso per caso e fondate sulla maggiore o minore valorizzazione di alcuni parametri rispetto ad altri. Per questo la VI Sezione conduce un'accurata verifica di tutti gli elementi conoscitivi di natura storica, etnoantropologica e fotografica utilizzati dalla Soprintendenza per (decidere di) porre il vincolo, rilevando che «si tratta di argomenti e testimonianze da cui è possibile desumere come, nel contesto molisano, le croci votive e viarie costituissero beni oggetto di conoscenza e di consuetudine percettiva all'interno delle comunità che, provvedendo alla loro manutenzione, ne hanno garantito sino ad oggi la sopravvivenza». L'articolata e dettagliata motivazione della sentenza testimonia in maniera paradigmatica (e con fare quasi didascalico) la puntualità del sindacato condotto dal giudice. Riportando interi stralci della relazione tecnica, il giudice dimostra di aver verificato l'attendibilità e il gradiente di approfondimento condotto dall'amministrazione giungendo a condividere sul piano tecnico le conclusioni della Soprintendenza³⁸. Tuttavia, ciò che più rileva, ai fini della riflessione che si conduce, è il rilievo che non siano stati offerti al Collegio «elementi idonei a smentire la ricostruzione storica ed etnoantropologica [così] operata dall'Amministrazione» attraverso il quale il Consiglio di Stato richiama la regola della maggiore attendibilità circa il sindacato sulle valutazioni tecniche. Esso, infatti, non si è limitato a verificare l'attendibilità dell'operazione valutativa condotta dall'amministrazione, entrando *in subiecta materia*, ma ha anche accertato che le prove a corredo della suddetta valutazione non fossero state confutate dalla controparte, ammettendo, nel caso in cui questo fosse invece avvenuto, che nessun ostacolo connesso ad un presunto primato dell'amministrazione avrebbe ostacolato la preferenza per una più convincente ricostruzione.

5. Il principio di proporzionalità quale criterio di mediazione tra interessi confliggenti

Chiarita la necessità, per il giudice amministrativo, di sottoporre ad un vaglio estremamente rigoroso e tecnicamente puntuale le decisioni assunte sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha esaminato l'intricata vicenda che sottende l'intera questione e che riguarda la difficoltà di considerare completamente prevalente un interesse pubblico, quello alla tutela del patrimonio culturale, rispetto ad altro parimenti rilevante e costituzionalmente garantito come quello alla tutela

³⁷ Basandosi esclusivamente sulla mancata verifica di tutti i parametri definiti dal Ministero in una nota del marzo 2009 e assunti come tassativi.

³⁸ La motivazione della sentenza chiarisce che «l'approfondimento critico sulle croci votive e viarie è stato condotto nel rispetto di alcuni dei principali criteri ministeriali di valutazione, e segnatamente: la 'collocazione storica e cronologica del bene', la 'comprensione filologica delle vicende e delle trasformazioni subite dal bene stesso dal momento della sua origine ad oggi', la 'collocazione storico-territoriale', la «definizione dell'attuale consistenza materiale, in termini di materiali e tecniche costruttive ma anche per il relativo stato di conservazione».

dell'ambiente. Nel vagliare l'asserito sviamento della funzione e la sproporzione abnorme delle prescrizioni di tutela indiretta riguardanti le aree circostanti ai manufatti oggetto di vincolo³⁹, la VI Sezione ha condiviso la difficoltà di comprendere prescrizioni estremamente stringenti rispetto a beni culturali, le croci votive e viarie, che per la loro limitata grandezza, possono essere apprezzate soltanto da vicino non potendo in alcun modo un impianto di pale eoliche, realizzato a considerevole distanza, pregiudicarne o anche solo limitarne la visione. Anche in questo caso il giudice ha esaminato puntualmente sia le prescrizioni indicate nel vincolo indiretto che le ragioni poste a loro fondamento confutandole *ab imis*. Occorre sul punto riferirsi alle disposizioni ordinamentali di cui all'art. 45 del Codice dei beni culturali⁴⁰ in tema di vincoli indiretti la cui funzione è tutelare le condizioni di contesto dei luoghi in cui i beni culturali furono concepiti e realizzati. Si tratta di un regime giuridico volto a tutelare le zone limitrofe al bene culturale proprio perché la «cornice ambientale che lo circonda è in grado di influire sull'aspetto esteriore e sulla capacità di tramandare il 'valore tipico' di cui è portatrice ogni testimonianza materiale avente valore di civiltà». L'art. 45 prevede la facoltà, per l'amministrazione «di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro». Proprio in relazione al modo in cui la Soprintendenza ha esercitato questa facoltà, e alle valutazioni tecniche che sorreggono l'ampiezza e la severità delle prescrizioni del vincolo indiretto, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha operato uno stringente sindacato alla luce del principio di proporzionalità che viene in questo caso applicato quale strumento per realizzare quel «continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali» che, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, costituisce regola irrinunciabile negli ordinamenti moderni che si caratterizzano per la pluralità degli interessi costituzionalmente garantiti. Richiamando i principi espressi dalla Consulta nella sentenza sul caso ILVA, si afferma l'impossibilità di teorizzare una assoluta prevalenza di taluni interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, rispetto ad altri non potendo, per la loro concorrente primarietà, essere gli uni radicalmente compressi a vantaggio degli altri. Nel contesto dei processi decisionali pubblici, connotati da una sempre maggiore complessità, si impone la necessità che tali interessi vengano considerati in chiave di sistema e non in un'ottica «totalizzante» che li ponga, a seconda dei casi, al vertice di un'ideale gerarchia. La necessità del bilanciamento tra diritti costituzionali nasce dall'esistenza di un

³⁹ Prescrizioni che dispongono il divieto di trasformazione, in via temporanea e permanente, dell'aspetto dei luoghi, il mantenimento dell'uso agricolo del suolo, il divieto di apertura di cave e di realizzazione di condotte per impianti industriali e civili oltre che «la realizzazione di palificazioni, sia se articolate su elementi puntuali, sia se articolate in sistemi a rete».

⁴⁰ A. CROSETTI, *Art. 45*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 726.

conflitto, potenziale o reale, tra principi o diritti di pari rango che non possano essere soddisfatti contemporaneamente⁴¹.

Le premesse maggiori di questo ragionamento trovano coerente sviluppo attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità che, inteso come raffronto tra grandezze di due o più elementi funzionalmente legati al fine di un loro reciproco bilanciamento⁴², nasce nell'esperienza delle scienze matematiche ed ha informato, poi, i diversi campi del sapere⁴³. In ambito giuridico, aldilà delle forme prodromiche riconducibili alle riflessioni aristoteliche sulla giustizia⁴⁴, il principio si è affermato, con compiute teorizzazioni, in ambito penalistico⁴⁵ per poi interessare i diversi rami del diritto. La sua centralità si deve al rilievo che esso ha assunto nel contesto dell'Unione Europea quale principio di rango costituzionale e, in ragione del fenomeno della circolarità⁴⁶, all'importanza acquisita nei singoli Stati membri. Nel nostro ordinamento, in base al principio di preminenza del diritto europeo⁴⁷ e agli espressi richiami normativi, è divenuto riferimento per il legislatore, canone di azione per la pubblica amministrazione e parametro per il sindacato giurisdizionale.

⁴¹ Come autorevolmente chiarito in dottrina (R. ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, vol. 10, p. 97), la comprensione della dinamica che sottende il bilanciamento degli interessi presuppone la distinzione tra regole e principi. Mentre nell'ipotesi in cui emerga un conflitto tra due regole la soluzione dell'antinomia è necessariamente binaria in quanto l'unica possibilità consiste nel disapplicare la norma che si assume incompatibile con l'ordinamento a vantaggio dell'applicazione dell'altra; nel caso in cui a confliggere siano principi generali sia l'amministrazione che il giudice devono procedere al loro bilanciamento. Poiché la differenza tra regole e principi ha natura sostanziale, mentre per la risoluzione dei conflitti tra regole occorre applicare il metodo sillogistico, per il conflitto tra principi occorre fare riferimento ad un'operazione di bilanciamento. A differenza delle regole, che sono norme il cui contenuto prescrittivo ha valore assoluto comportando l'imposizione di imperativi assoluti, i principi sono «norme di ottimizzazione, caratterizzate come tali perché possono essere osservate in misura differenziata e perché la misura del loro adempimento dipende non soltanto dalle possibilità reali, ma anche da quelle giuridiche, le quali vengono essenzialmente determinate, oltre che da regole, anche da principi controversi».

⁴² Ricorda l'origine latina del termine proporzione G. MONTEDORO, *Il Giudice e l'economia*, Luiss University Press, Roma, 2015, p. 231, riferendosi alla locuzione «*pro portione*», 'secondo la porzione' coniato probabilmente da Cicerone per tradurre il greco *αναλογικα*. Quanto ai termini utilizzati in Germania, in ambito costituzionalistico ed amministrativo, cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 22.

⁴³ Sul punto A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Verona, 1998, p. 2, il quale definisce il concetto di proporzionalità come «universale e poliedrico» che «attraversandola trasversalmente, trova applicazione in quasi tutti i settori della scienza. Proprio in ragione della sua versatilità, la proporzionalità evoca e porta con sé, nel bagaglio del proprio patrimonio genetico, fattori evidenziatisi in vari campi della scienza». Per il rilievo della proporzionalità nei vari ambiti della scienza anche in chiave storica: N. LACEY, *The Metaphor of Proportionality*, in *J.L. & Society*, 1, 2016, p. 27 ss.

⁴⁴ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Libro V, Cap. 3, p. 1131, nella trad. italiana di C. MAZZARELLI, Rusconi Libri, Milano, 1993, p. 195.

⁴⁵ Per una prima compiuta teorizzazione del principio di proporzionalità riguardo la correlazione tra pena e reato commesso occorre fare riferimento all'opera di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1773, ed. a cura di F. VENTURI.

⁴⁶ Sul tema cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 147.

⁴⁷ D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 93.

Per la verità in ambito amministrativo, l'interesse per il principio di proporzionalità, è giunto con un certo ritardo rispetto ad altri Paesi europei⁴⁸, essendo stato per lungo tempo affrontato nelle trattazioni dedicate ai principi dell'azione amministrativa, come specificazione del più generale principio di ragionevolezza⁴⁹. Più di recente, anche grazie ad indagini condotte in ottica di teoria generale⁵⁰, l'interesse per l'argomento si è rivitalizzato⁵¹ con particolare riguardo alla sua differenza rispetto al principio di ragionevolezza ed al rigore della sua applicazione attraverso la dinamica dei tre *step* di verifica. Occorre ricordare che l'origine del principio di proporzionalità, nella primigenia formulazione di autolimita all'azione dello Stato, viene ricondotta al Diritto di Polizia tedesco ed al notissimo caso Kreuzberg del 1882⁵² nel quale si afferma che la compressione della sfera giuridica dei singoli deve essere realizzata attraverso il mezzo meno invasivo e senza superare quanto sia strettamente necessario per il perseguimento della pubblica finalità. È in questo ambito che, nell'approfondimento della consistenza e degli elementi costitutivi del principio, sono stati identificati i tre profili (corrispondenti ai tre stadi successivi di verifica) che devono sussistere perché il principio di proporzionalità, in relazione ad una determinata decisione dell'autorità, possa dirsi rispettato: l'idoneità (*Geeignetheit*), intesa come capacità del mezzo prescelto al raggiungimento dello

⁴⁸ J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of neutrality in European administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, p. 53. A parte due approfonditi studi monografici D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, e A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., risalenti alla fine del secolo scorso.

⁴⁹ Quanto alla differenza tra ragionevolezza e proporzionalità è stato correttamente evidenziato l'uso spesso equivalente che viene realizzato delle due espressioni riconducibile da un lato alla poliedricità di significati che il concetto di ragionevolezza può assumere e dall'altro all'utilizzo sostanzialmente atecnico che viene fatto del concetto di proporzionalità (F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. mm.*, 2, 2016, p. 362) sovente utilizzato per indicare la qualità del risultato che si vuole ottenere e cioè una decisione proporzionata, ragionevole e spesso anche equa (per il rapporto tra proporzionalità ed equità in diritto amministrativo cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 205 ss.). È tuttavia necessario far emergere il carattere peculiare e specifico della proporzionalità che riguarda la sua accezione tecnica caratterizzata ontologicamente dal procedimento attraverso il quale il suo rispetto può dirsi realizzato. Il principio in parola, cioè, può considerarsi rispettato solo quando sia correttamente operata la verifica trifasica che si è descritta cosa che viene realizzata nella sentenza che si commenta rendendola meritevole di specifica attenzione.

⁵⁰ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità, profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁵¹ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano, 2008; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 389; A. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in <http://revus.revues.org/2783>, 22, 2014; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, cit., p. 361; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023.

⁵² *ProVG*, 14 giugno 1882, in *ProVGE*, 9, p. 353. La questione atteneva alla comminazione della sanzione di chiusura dell'attività di uno spaccio che, privo di specifica autorizzazione per la vendita degli alcolici, aveva ciononostante proceduto alla loro distribuzione incorrendo in tale 'eccessiva' misura da parte dell'autorità amministrativa. La giurisprudenza successiva si è dedicata alla specificazione del relativo principio ed alla sua riconduzione ad istituto generale del diritto amministrativo e successivamente del diritto pubblico tedesco in termini generali. Sul punto, anche per i diffusi riferimenti giurisprudenziali, si veda D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 13. L'A., nel ricostruire le origini tedesche del principio di proporzionalità, richiama la nota formula di Fleiner, la cui citazione è immancabile nelle trattazioni sul principio di proporzionalità, per la quale: «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni» (F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tubingen, Mohr, 8ª ed., 1928, p. 404).

scopo; la necessità (Erforderlichkeit) intesa come non sostituibilità del mezzo utilizzato a favore di uno diverso, altrettanto idoneo, ma che incida meno negativamente nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti; la proporzionalità in senso stretto o adeguatezza (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) che, come si vedrà, è il parametro di più difficile e quindi di più rara applicazione con riguardo alla fase di sindacato da parte del giudice, consistente nella verifica che la misura scelta non sia eccessiva quanto all'impatto nella sfera dei soggetti coinvolti o comunque determinante un sacrificio per loro intollerabile⁵³. In relazione a tale profilo emerge inequivocabilmente la necessità di comparare scopi da perseguire e mezzi per perseguirli. Così, se è vero che dinanzi ad un interesse pubblico di indubbia importanza possano ritenersi accettabili interventi che determinino compressioni significative della sfera giuridica dei soggetti incisi, è vero anche che se il mezzo prescelto, pur essendo idoneo e non sostituibile con misure meno invasive, appaia intollerabile per i destinatari, l'interesse pubblico da perseguire possa essere considerato recessivo. La pubblica amministrazione, quindi, nel caso in cui la valutazione sull'adeguatezza abbia esito negativo, dovrà astenersi dall'intervenire, rinunciando al perseguimento dello scopo poiché il mezzo per realizzarlo determina un sacrificio eccessivo per la sfera dei destinatari. La corretta applicazione del principio di proporzionalità consente di individuare il giusto punto di equilibrio tra compressione della sfera dei soggetti privati e perseguimento dell'interesse pubblico, tra autorità e libertà, costituendo canone fondamentale per l'esercizio legittimo della discrezionalità e consentendo al giudice, nel momento della sua verifica, un sindacato estremamente incisivo⁵⁴.

Nella vicenda che vede contrapporsi le pale eoliche alle croci votive, una volta verificata l'impossibilità di ritenere risolta a monte, dalla previsione legislativa attributiva del potere, la prevalenza del perseguimento

⁵³ Sull'applicazione, nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale, dei tre parametri cfr. ancora D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit.; l'a. evidenzia, rispetto all'idoneità, come la Corte «fa[ccia] riferimento ad una valutazione *ex ante*, in rapporto alla quale viene riconosciuta anche la possibilità di un errore nella valutazione circa il possibile sviluppo futuro degli eventi per cui una valutazione che non possa qualificarsi come inadatta sulla base di una valutazione *ex ante* non potrà venire giudicata tale neppure qualora si constati, sulla base di una valutazione *ex post* che essa non ha favorito né può più favorire il raggiungimento del risultato sperato» (p. 16). Con specifico riferimento alla necessità, che naturalmente viene in rilievo solo ove sussistano altri mezzi idonei a raggiungere il risultato atteso o da perseguire, «la giurisprudenza nega la sussistenza del requisito della necessità soltanto ove sia possibile stabilire, con un esame *ex ante* la utilizzabilità di un altro mezzo egualmente efficace, ma meno incisivo; oppure qualora si riveli, da un esame *ex post*, che il mezzo prescelto sia troppo fortemente restrittivo ove rapportato ad altri» (p. 39). Quanto al parametro della proporzionalità in senso stretto, emerso, diversamente dai precedenti, solo dopo la fine dello Stato nazionalsocialista, si rileva come la giurisprudenza abbia immediatamente evidenziato che «la valutazione comparativa, è necessariamente influenzata, nel suo esito finale, dall'incisività dell'intervento lesivo programmato: quanto più sensibilmente si ritiene di dover intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'intervento generale della collettività che con tale intervento si vuole perseguire».

⁵⁴ Per questa ragione, anche in Germania, ove è nato ed è stato elaborato nella sua forma più rigorosa, la dottrina ha avvertito il rischio, nell'esercizio del sindacato giurisdizionale, di sconfinamento in ambiti riservati dell'azione amministrativa. Sul punto si vedano le riflessioni di E. BUOSO, *Il dialogo tra le corti in Europa e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, in M. BIANCHINI e G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, CEDAM, Padova, 2013, p. 413, secondo la quale «nonostante la letteratura scientifica tedesca sia caratterizzata da un atteggiamento di diffuso consenso nei confronti dell'ampiezza del sindacato dei giudici amministrativi, tra gli aspetti che più spesso vengono censurati si trova proprio il principio di proporzionalità».

di un interesse pubblico rispetto al sacrificio imposto agli altri interessi, privati e pubblici, con esso configgenti, i giudici di palazzo Spada hanno richiamato la necessità di verificare se sia stato violato il canone dell'adeguatezza riconoscendo che il peso della scelta adottata dall'amministrazione effettivamente gravava in maniera eccessiva e intollerabile sugli interessi contrapposti.

Il suddetto principio di adeguatezza è stato invocato, inoltre, in combinazione con quello di integrazione delle tutele⁵⁵, la cui applicazione comporta che le politiche pubbliche, dirette alla promozione dello sviluppo sostenibile, si coordinino e compatibilizzino con la tutela dell'ambiente⁵⁶ portando i giudici a concludere che «se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo. (...) La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio richiede di abbandonare il modello delle 'tutele parallele' degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali». Questo consente di rilevare che la decisione relativa al vincolo indiretto si fonda pregiudizialmente su una valutazione tecnica sulla valenza culturale meritevole di tutela nelle aree oggetto di intervento (che non impinge alcuna valutazione comparativa di interessi e/o bilanciamento) e per questo integralmente scrutinabile dal giudice alla luce del medesimo parametro storico artistico con applicazione della regola della "maggiore attendibilità" nell'ipotesi di giudizio opinabile. A differenza di quanto accade per le sanzioni antitrust, in ordine alle quali una volta appurato l'illecito concorrenziale non c'è margine di valutazione circa l'irrogazione della sanzione, l'apposizione del vincolo, proprio a causa della necessità che la Soprintendenza, nella sua adozione, rispetti i principi di proporzionalità e integrazione delle tutele comporta il bisogno di considerare il quadro degli interessi pubblici e privati coinvolti. Il rispetto di questi canoni, cioè, impone all'amministrazione di non limitarsi ad una decisione binaria connessa all'esito binario della valutazione tecnica, ma di farsi carico, nell'esercizio del suo agire, sia di verificare di aver adottato un mezzo idoneo, non sostituibile e comunque non intollerabile rispetto agli interessi coinvolti (proporzionalità), sia di aver utilizzato un mezzo che integri le diverse discipline incidenti sull'uso del territorio. Per questo la decisione è da ascrivere ad una ipotesi di discrezionalità mista in ordine alla quale, tuttavia, non si deve ipotizzare un arretramento del giudice amministrativo in ordine

⁵⁵ Disciplinato nel TFUE all'art. 11 e nel Codice dell'Ambiente all'art. art. 3-quater. In quest'ultimo, tuttavia, solo con una formulazione ellittica che lo sottintende.

⁵⁶ Sul punto la sentenza chiarisce che «il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive – rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo».

al sindacato esercitabile⁵⁷. I canoni d'azione della proporzionalità e integrazione delle tutele, rappresentando strumenti di garanzia per gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'agire dell'amministrazione procedente, costituiscono i parametri alla luce dei quali il giudice esercita il suo sindacato assicurando il rispetto dell'effettività della tutela. Guardando alla natura e alla consistenza di tali interessi nella vicenda che si esamina è possibile verificare come si sia verificata una situazione divenuta ricorrente e già oggetto di riflessione dottrina⁵⁸. Sempre più spesso, infatti, il giudice amministrativo è chiamato a pronunciarsi sul conflitto creatosi tra interessi di natura pubblicistica⁵⁹ secondo una dinamica un po' diversa rispetto a quella che tradizionalmente sottende il processo amministrativo, in cui la pronuncia riguarda il conflitto tra interesse privato da un lato e interesse pubblico, o interessi pubblici, dall'altro. Naturalmente ciò comporta una significativa tensione tra l'esigenza di trovare una composizione equilibrata tra gli interessi pubblici che si fronteggiano e la natura soggettiva della giurisdizione esercitata, in cui il principio della domanda costituisce cardine essenziale⁶⁰. Poiché le norme che sovrintendono l'esercizio del potere pubblico sono sempre orientate al perseguimento dell'interesse cui sono preordinate, nell'ipotesi in cui gli interessi siano numerosi e in conflitto tra loro, e una reale composizione non sia avvenuta nelle sedi deputate, il sindacato per eccesso di potere, con specifico riferimento al parametro della proporzionalità, costituisce l'unica e irrinunciabile strada per considerare gli interessi coinvolti e fornire una risposta di giustizia. La corretta applicazione del principio di proporzionalità è divenuta quindi decisiva nella dinamica di composizione delle differenti posizioni giuridiche soggettive pubbliche.

Nella pronuncia richiamata il giudice amministrativo ha valutato come inadeguata la decisione della Soprintendenza, annullandola, e ha quindi ristabilito l'equilibrio tra interessi pubblici in conflitto. La corretta applicazione del principio di proporzionalità, che costituisce la modalità più avanzata per

⁵⁷ Sulla necessità di operare una distinzione in relazione al nucleo tecnico sindacabile, in tema di decisioni in materia ambientale cfr. F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, III, p. 15.

⁵⁸ M. R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2020, pag. 207. In termini generali sul tema cfr. F. FRANCIOSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁵⁹ M. R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, cit., pag. 209 secondo il quale questa tendenza discende da una pluralità di cause, tra le quali emergono sicuramente «1) il moltiplicarsi dei centri di imputazione di interessi pubblici; 2) la multiforme quanto differenziata possibile conformazione di relazioni tra situazioni soggettive pubbliche (fonte naturalmente di possibili contrasti). Il complesso coacervo di queste condizioni dà così vita ad un'ampia casistica che rende tutt'altro che eccezionali i casi di conflitto tra titolari di interessi pubblici, portato quasi necessario di un ordinamento a struttura pluralista, nel quale non solo ciascun soggetto istituzionale pubblico ma anche ciascuna comunità può legittimamente vantare un proprio interesse differenziato, non coincidente e comunque neanche facilmente coniugabile con interessi di eguale natura».

⁶⁰ IDEM, op. e loc. cit., rileva che sempre più spesso proprio il riferimento al principio di proporzionalità e adeguatezza «prefigurano o giustificano un sindacato non dissimile dall'esercizio di una vera e propria funzione di mediazione. Insomma, parrebbe profilarsi un compito di certo estraneo al suo tradizionale sindacato, che lo attirerebbe, a mo' di sirena, verso ambiti inesplorati di misurazione fra poteri, su cammini incerti e scivolosi».

sindacare la discrezionalità amministrativa⁶¹ secondo la lente del vizio di eccesso di potere, consente non solo di verificare il «bilanciamento qualitativo degli interessi o, per meglio dire, la plausibilità e giustificabilità di tale bilanciamento» ma, dal punto di vista quantitativo, di accertare che la decisione sia corretta in relazione «alla misura dell'esercizio del potere»⁶².

Per la verità nella ricostruzione delle vicende processuali non emerge una chiara invocazione, da parte dell'amministrazione comunale, alla tutela dell'interesse pubblico all'ambiente⁶³. Questo, tuttavia, non porta ad escludere che il giudice, nel sindacare la vicenda fosse tenuto a ricostruirla alla luce del quadro normativo di riferimento. Muovendo dalla tutela dell'interesse economico del ricorrente alla realizzazione dell'impianto di produzione dell'energia alternativa, il giudice amministrativo ha realizzato la migliore applicazione della giurisdizione soggettiva, riconoscendo la possibilità, anzi la necessità, di tutelare anche l'interesse generale alla salubrità dell'ambiente. La definitiva impossibilità di utilizzare il territorio circostante le croci votive, in modo particolare rispetto alla realizzazione di impianti di produzione di energia eolica, costituisce palese dimostrazione della sproporzione in senso stretto della decisione della Soprintendenza poiché, come si legge in motivazione, «l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone».

6. Considerazioni conclusive

L'orientamento richiamato offre l'occasione per formulare alcune riflessioni conclusive sull'evoluzione che il sindacato del giudice amministrativo ha compiuto nel corso del tempo. Così, a distanza di molti anni (ventitré) dalle riflessioni condotte in merito alla discrezionalità nel pensiero di Giannini, in cui, con evidente eccessivo ottimismo, veniva rilevato che la battaglia sferrata da una parte della dottrina a favore della piena sindacabilità delle valutazioni tecniche cominciava a dare i suoi frutti, è gioco forza ammettere che i progressi realizzati dalla giurisprudenza maggioritaria continuano ad essere del tutto insoddisfacenti. Le sentenze del giudice amministrativo, nella stragrande maggioranza dei casi e in totale assenza di un

⁶¹ Per una ricostruzione della discrezionalità che, grazie al riferimento all'ottimalità sociale, ricomprende in sé anche la questione della proporzionalità della decisione cfr. A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2022, 87.

⁶² A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto Pubblico*, V, Milano, 2006, p. 4646. Sul tema si vedano le efficaci conclusioni di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 207.

⁶³ Nella sentenza del TAR Umbria, con riferimento al rigetto dell'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione, viene richiamato lo specifico interesse del Comune di Tufara alla percezione del canone derivante dall'installazione dell'impianto di energia eolica senza, tuttavia, alcun riferimento all'eventuale invocazione della tutela dell'interesse alla salubrità dell'ambiente da parte del Comune stesso.

fondamento di diritto positivo, riconoscono in favore dell'amministrazione una riserva in relazione ai giudizi tecnico-valutativi nonostante l'evidente contrasto con il principio di pienezza della tutela giurisdizionale, fissato in via generale dall'art. 24 della Costituzione, e ribadito, con riferimento puntuale all'azione delle amministrazioni pubbliche, dall'art. 113. Mentre è abitudine abbastanza diffusa affermare, più nelle dichiarazioni di principio che nella concreta applicazione, che le valutazioni tecniche debbano essere pienamente (e doverosamente) sindacabili in sede giurisdizionale, perché riguardano l'accertamento dei fatti, i timidi riconoscimenti riscontrabili nel corso del tempo non hanno generato un formante giurisprudenziale consolidato, tanto che l'approccio più tradizionale è stato anche legislativamente positivizzato nella (criticata) disposizione relativa al *private enforcement antitrust* di cui all'art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Per questo è necessario incoraggiare le voci, convinte ma isolate, come quella della pronuncia richiamata, affinché ciò che risultava chiaro molti anni orsono, divenga al più presto non revocabile in dubbio. Queste conclusioni appaiono viepiù condivisibili se si considerano i progressi che il giudice amministrativo ha compiuto in ordine alla sindacabilità della discrezionalità amministrativa che pure emergono dalla motivazione della sentenza. Pur muovendo dall'incontrovertibile presupposto che qualora occorra operare una ponderazione di interessi in conflitto e un loro bilanciamento, il primato e la relativa riserva spettino all'amministrazione cui è affidato istituzionalmente questo compito, bisogna riconoscere che l'applicazione rigorosa dei principi di proporzionalità in senso stretto e di integrazione delle tutele consentono al giudice amministrativo di verificare nell'intimo la decisione assunta dall'amministrazione. Questi può giungere ad annullarla nel caso in cui il sacrificio imposto ai consociati appaia intollerabile, in termini assoluti, o incompatibile con l'applicazione di regole preposte alla tutela di altri valori costituzionali, in termini specifici. I limiti al pieno sindacato dei fatti, che in numerosi ambiti viene ribadito invocando l'esistenza di margini di opinabilità, appaiono inconciliabili con questo deciso progresso nella verifica dell'agire discrezionalmente legittimo dell'amministrazione. Resta infine da ribadire che la piena scrutinabilità delle valutazioni tecniche opinabili alla luce della tesi maggiormente attendibile emergente in giudizio e la prevalenza del convincimento del giudice, raggiunto a seguito del contraddittorio processuale e del contributo tecnico dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio (con l'ausilio dei tecnici di parte), sulla tesi elaborata dall'amministrazione, e portata in giudizio come tesi di una delle parti processuali, non è altro che la conclusione fisiologica del sindacato effettivo che il giudice amministrativo deve condurre affinché esso possa essere considerato rispettoso dei principi costituzionali. Come già detto, non venendo in rilievo profili attinenti alla ponderazione degli interessi, l'esclusione della possibilità di considerare prevalente la tesi maggiormente attendibile rispetto a quella proposta dall'amministrazione in ordine alle valutazioni tecniche, cosa che nulla ha a che vedere con l'esercizio di poteri di merito, si



può spiegare soltanto ipotizzando una limitazione dei poteri di cognizione del giudice, al quale sarebbe negato di accertare fino in fondo, e con tutte le conseguenze che ne derivano, quale delle parti abbia ragione e quale abbia torto, ossia gli sarebbe impedito di risolvere completamente sia la *quaestio juris* sia la *questio facti*. Ma questo è fuori dal sistema del codice del processo amministrativo.