

OGM e sindacato del giudice amministrativo: nota a sentenza del Consiglio Stato, Sez. III 6 febbraio 2015, n. 605

1. Il fatto ed il suo inquadramento storico -normativo. - 2. Il diritto: le conclusioni del T.A.R. Lazio ed i motivi d'appello. - 3. La decisione del Consiglio di Stato. - 4. La nozione di discrezionalità tecnica. - 5. Conclusioni in diritto.

1. - Il fatto ed il suo inquadramento storico-normativo. Il Consiglio Stato, Sez. III, con la sentenza 6 febbraio 2015, n. 605, nel respingere l'appello proposto da un imprenditore agricolo del Friuli Venezia-Giulia avverso la decisione del T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III *quater*, n. 4410, ha pronunciato circa l'infondatezza delle censure d'illegittimità articolate nei confronti del d.m. 12 luglio 2013, con il quale il Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali e con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in via cautelare e fino all'adozione delle pertinenti misure comunitarie, ha posto il divieto di coltivazione nel territorio nazionale di varietà di mais MON 810, provenienti da sementi geneticamente modificate.

Per poter apprezzare appieno i contenuti dell'arresto giurisprudenziale, occorre procedere ad una ricostruzione storico-normativa del contesto in cui si colloca la vicenda contenziosa che ci occupa.

In quest'opera giova premettere come, precedentemente all'emanazione del provvedimento limitativo della libertà d'impresa oggetto d'impugnazione, l'odierno appellante seminasse la varietà di mais OGM MON 810 sui propri terreni (nelle Province di Pordenone e di Udine), in virtù di un'autorizzazione generale alla produzione, a suo tempo rilasciata dai competenti organi comunitari all'impresa che, per prima, aveva concepito l'organismo di specie.

In particolare, su istanza di quest'ultima, la Commissione della Comunità europea (allo stato, dell'Unione europea), con la decisione 22 aprile 1998, n. 98/294/CE, in esecuzione di quanto stabilito dagli artt. da 10 a 18 della direttiva del Consiglio n. 90/220/CEE, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati (poi abrogata e contestualmente sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 marzo 2001, n. 2001/18/CE), aveva autorizzato l'immissione in commercio di granturco geneticamente modificato, del tipo *Zea mays* L. Linea MON 810.

Nel regolare il passaggio dalla precedente disciplina, in costanza della quale era stata adottata l'autorizzazione in rilievo, a quella attuale, la direttiva n. 2001/18/CE, nei 'considerando' compresi tra il n. 50 ed il n. 52, ha poi stabilito il rinnovo delle autorizzazioni esistenti, rilasciate in base alla direttiva n. 90/220/CEE, prevedendo un periodo transitorio di permanenza della validità dei titoli emessi in virtù del regime primigenio, per poi regolare in dettaglio il relativo procedimento all'art. 17, con la prescrizione secondo la quale l'interessato, nel notificare l'istanza di rinnovo all'autorità nazionale competente, tra gli altri adempimenti, si dovesse preoccupare, altresì, di allegare «qualsiasi altra nuova informazione resasi disponibile concernente i rischi per la salute umana o l'ambiente connessi al prodotto».

Nelle more dello svolgimento dell'istruttoria da parte della Commissione, investita dall'autorità nazionale, il beneficiario del titolo sottoposto a procedura di rinnovo, poteva continuare ad immettere in commercio gli OGM, alle condizioni originariamente assentite, in attesa della decisione finale.

A tali interventi di armonizzazione legislativa, condotti attraverso lo strumento della direttiva, ad opera del Parlamento europeo e del Consiglio, ha fatto seguito l'adozione del regolamento 22 settembre 2003, n. 1829, che, operando una sintesi con la disciplina contenuta nella direttiva n. 2001/18/CE attraverso la tecnica del rinvio, ha inteso comporre un quadro normativo integrato, in

sistema con le previsioni di cui al regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002, in tema di valutazione dei rischi in materia di sicurezza degli alimenti.

Sicché, gli obiettivi dichiarati all'art. 1 del regolamento n. 1829/2003 sono stati quelli di: «a) fornire la base per garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, della salute e del benessere degli animali, dell'ambiente e degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti e mangimi geneticamente modificati, garantendo nel contempo l'efficace funzionamento del mercato interno; b) istituire procedure comunitarie per l'autorizzazione e vigilanza degli alimenti e mangimi geneticamente modificati; c) stabilire norme per l'etichettatura degli alimenti e mangimi geneticamente modificati».

In particolare, il regolamento ha subordinato l'immissione in commercio di un OGM destinato all'alimentazione umana al rilascio di un'autorizzazione, resa all'esito di un procedimento (artt. 5/7) che si snoda a partire dall'autorità nazionale, preposta a ricevere la relativa domanda, per poi interessare l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), la quale fornisce un parere obbligatorio, ma non vincolante, alla Commissione, che, a sua volta, sentito il Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali (art. 35), adotta il provvedimento finale.

Anche in tale circostanza il legislatore comunitario si è preoccupato della sorte delle attività precedentemente assentite nella vigenza del pregresso regime giuridico, stabilendo che, con riferimento ai prodotti immessi sul mercato ai sensi della direttiva 90/220/CEE, gli operatori responsabili possano notificare alla Commissione la data in cui essi sono stati per la prima volta collocati nel mercato comunitario, entro il termine fissato in sei mesi dalla data di applicazione dello stesso regolamento n. 1829/2003, con l'effetto che, se verificata la compatibilità con la normativa vigente, essi vengano iscritti in apposito registro e, conseguentemente, legittimamente commercializzati (art. 20).

Di qui, i prodotti iscritti con tali modalità vengono poi assoggettati al regime dei rinnovi, sempre disciplinato dal regolamento n. 1829/2003, all'art. 23.

Sulla base del quadro normativo descritto e in particolare in applicazione del regolamento n. 1829/2003, l'impresa beneficiaria dell'originaria autorizzazione, ha, in data 11 luglio 2004, dapprima notificato alla Commissione che il mais MON 810 era un c.d. «prodotto esistente» (ai sensi dell'art. 20), acquisendo così il titolo per continuare ad immetterlo in commercio alle condizioni indicate nell'autorizzazione iniziale, in data 4 maggio 2007, successivamente chiesto il rinnovo dell'autorizzazione (in virtù della previsione dell'art. 20, par. 4).

Al momento dei fatti in causa, tale istanza pendeva senza esiti presso la Commissione, a distanza di sette anni dalla sua presentazione.

Ritornando alla ricostruzione del quadro normativo, nella considerazione che il progresso nella ricerca scientifica con riferimento al settore di riferimento è in continua evoluzione, con la conseguenza che prodotti ritenuti oggi non nocivi, possono, al contrario, rivelarsi tali in seguito, il regolamento n. 1829/2003, all'art. 34, «quando sia manifesto che prodotti autorizzati (...) possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente», fissa la facoltà di adozione di *misure d'emergenza* in conformità alle procedure previste agli artt. 53 e 54 del regolamento (CE) n. 178/2002, sopra richiamato a proposito della valutazione dei rischi in materia di sicurezza degli alimenti.

Il combinato disposto delle norme anzidette, agli Stati membri che abbiano infruttuosamente informato la Commissione circa la necessità di adottare misure urgenti, riconosce la facoltà di adottare misure cautelari provvisorie, suscettibili di conservare la loro efficacia fino all'adozione delle misure comunitarie.

È, dunque, nell'esercizio di tale potere che l'Amministrazione italiana, sulla scorta di quanto già fatto da quella francese, ha adottato il d.m. 12 luglio 2013, richiamato nell'*incipit* del presente scritto, con il quale ha posto il divieto di coltivazione in rilievo, il quale, rivelatosi produttivo di una lesione concreta, diretta ed attuale nella sfera di libertà degli imprenditori del settore, ha determinato l'insorgenza dell'odierno appellante, esperito senza successo il giudizio di prime cure.

La decisione dell'Amministrazione nazionale riposa su un'articolata motivazione, che si procede ad indicare partitamente.

In primo luogo, il Ministero osserva, l'obsolescenza dei criteri di fissazione dei requisiti in materia di valutazione dei rischi, utilizzati dalla direttiva 90/220/CE, in virtù della quale era stata emessa l'autorizzazione in tema, rispetto a quelli contenuti nella più recente direttiva 2001/18/CE.

Per contro, nel 2010, l'EFSA ha pubblicato nuove linee guida in materia, dando causa all'iniziativa della Commissione europea, non ancora perfezionatasi, di avviare l'*iter* di approvazione di un nuovo regolamento.

Sicché, il parere favorevole ottenuto dall'EFSA nel corso dell'istruttoria per il rinnovo del titolo (come noto, non ancora completata), non era aderente alle più recenti acquisizioni scientifiche in materia.

Sulla scorta del parere reso il giorno 8 dicembre 2011, l'EFSA ha esteso al mais MON810 le conclusioni cui era pervenuta in relazione al mais Bt11 circa l'impatto in merito all'acquisizione di resistenze da parte di parassiti ed alla mortalità delle popolazioni di lepidotteri sensibili.

L'atto impugnato ne deduce che la coltivazione del mais MON810 è chiaramente suscettibile di presentare un grave rischio per l'agrobiodiversità, osservando la sostanziale inerzia della Commissione rispetto alle evidenze cui era pervenuta l'EFSA nel parere menzionato.

A ciò si aggiunge il contenuto del dossier predisposto dal Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura (CRA), il quale ha concluso che il MON810 «avrà un impatto sugli imenotteri parassitoidi specialisti di *O. Nubilalis* (...) potrebbe modificare le popolazioni di lepidotteri non bersaglio (...) potrebbe favorire lo sviluppo di parassiti secondari, potenzialmente dannosi per le altre colture».

Infine, anche l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), il 30 aprile 2013, ha emesso un parere recante «approfondimento tecnico-scientifico relativo al mais geneticamente modificato MON810», pervenendo alla conclusione che gli studi sugli impatti ambientali relativi alla coltivazione del mais MON810 evidenziano rischi per le popolazioni di lepidotteri non target e non escludono la possibilità di impatto negativo sugli organismi acquatici sensibili alle tossine Cry1Ab.

2. - Il diritto: le conclusioni del T.A.R. Lazio ed i motivi d'appello. Nel respingere le censure articolate nel gravame, il giudice di primo grado non ha aderito alla prospettazione di parte ricorrente che aveva qualificato il provvedimento impugnato quale misura nazionale alternativa all'autorizzazione comunitaria, adottata in ragione della disciplina di diritto interno contenuta nel d.lgs. n. 212/2001, denunciandone il patente contrasto con le fonti dell'Unione europea sopra richiamate, in accordo con quanto statuito dalla Corte di giustizia, nella sentenza della IV Sezione, in data 6 settembre 2012, in causa C-36/11.

Al contrario, il T.A.R. ha ricostruito l'atto come veicolo di adozione delle misure urgenti di cui all'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 (cfr. *supra*), che la stessa Corte di giustizia ha ritenuto espressive di un potere eccezionale riconosciuto agli Stati membri dallo stesso ordinamento dell'Unione, in presenza di situazioni tipiche, quali, appunto, quelle contemplate dalla norma europea in rilievo.

Il passaggio successivo è stato quello di affermare la ricorrenza dei presupposti per l'esercizio del potere di specie, rappresentati dalla manifesta incombenza, nelle more della decisione da parte della Commissione europea, di un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente, con l'effetto di ritenere immune da vizi il provvedimento impugnato.

Verso tale decisione, in appello, sono stati indirizzati motivi di ricorso che hanno denunciato l'erronea applicazione delle sopra richiamate norme comunitarie ed il travisamento dei fatti posti alla base della decisione.

In estrema sintesi, l'appellante ha dedotto l'arbitrarietà della statuizione che, pur in presenza di un titolo amministrativo, la cui validità è puntualmente stabilita dal regolamento comunitario per l'intera durata della fase istruttoria preliminare al suo rinnovo, ha inteso ricavare dall'anzianità della

sua emanazione primigenia e dal protrarsi del detto *iter* procedimentale di conferma, argomenti per affermare la sua inidoneità a garantire i requisiti di sicurezza richiesti dalla legge.

Ciò posto, ha contestato l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto effettivamente esistente una situazione di concreto ed attuale pericolo che potesse giustificare l'adozione del divieto, travisando il contenuto dei pareri tecnici resi da più organi, così come richiamati dal provvedimento amministrativo impugnato.

3. - La decisione del Consiglio di Stato. Il giudice d'appello sgombra subito il campo da ogni questione sulla tipicità dei poteri azionati dall'Amministrazione italiana e sulla loro conformità al diritto dell'Unione, *rectius* sul loro stesso fondamento nel diritto europeo.

La norma attributiva del potere di adottare misure precauzionali urgenti è ricavabile, infatti, dal combinato disposto, in primo luogo, dell'art. 191 TFU (recante il *principio di precauzione* - puntualmente richiamato nell'*incipit* del d.m. 12 luglio 2013), nella parte in cui stabilisce che: *«le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione»*; in secondo luogo, dall'art. 34 del regolamento n. 1829/2003, che, nel porre, appunto in concreto, tale clausola di salvaguardia, statuisce che: *«quando sia manifesto che prodotti autorizzati dal presente regolamento (...) possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente (...) sono adottate misure conformemente alle procedure previste agli artt. 53 e 54 del regolamento (CE) n. 178/2002»*; infine, dall'art. 54 anzidetto, il quale prevede che: *«qualora uno Stato membro informi ufficialmente la Commissione circa la necessità di adottare misure urgenti e qualora la Commissione non abbia agito (...) lo Stato membro può adottare misure cautelari provvisorie (...) può lasciare in vigore le proprie misure cautelari provvisorie fino all'adozione delle misure comunitarie»*.

Il punto centrale del *dictum* giudiziale è, dunque, quello relativo all'accertamento in merito all'effettiva ricorrenza dei presupposti appena indicati, affinché l'Autorità nazionale potesse legittimamente esercitare i poteri interinali attribuitigli dall'ordinamento europeo, presupposti sintetizzabili nell'esistenza di un concreto rischio per la salute derivante dalla prosecuzione nella coltivazione dell'OGM.

In assenza di tale presupposto, si sarebbe avuto un patologico esercizio della funzione, dispiegata in un contesto inappropriato, con patente emersione del vizio di eccesso di potere.

Al riguardo, nell'osservare come il legislatore comunitario non abbia fissato specifiche competenze in capo a ben definiti organi circa le modalità di accertamento dell'esistenza dei presupposti *de quibus*, il Collegio ha sostanzialmente riconosciuto all'Amministrazione un'ampia flessibilità nell'individuazione dei mezzi ritenuti più appropriati in relazione al caso di specie.

Ciò premesso, il giudice ricava dallo stesso stallo procedimentale nella procedura di rinnovo del titolo, pendente presso la Commissione, un argomento in merito alla necessità di *«un approfondimento dei dubbi sull'esistenza di rischi per la salute e per l'ambiente»*.

Di qui, procede all'esame delle *«molteplici valutazioni scientifiche»*, tenute in considerazione dall'Amministrazione ai fini della decisione.

In primo luogo, richiama le conclusioni raggiunte dal Consiglio UE nella sessione «Ambiente», in data 4 dicembre 2008, in ordine alla necessità di rafforzare le procedure di valutazione del rischio ambientale degli OGM, specialmente per quanto riguarda gli impatti sugli insetti non bersaglio, la definizione degli ambienti riceventi e gli impatti a lungo termine.

Prende, poi, in esame le valutazioni espresse dall'EFSA, tanto nelle linee guida pubblicate nel 2010, quanto nel parere reso in data 8 dicembre 2011, concernente il mais Bt11, nel corpo del quale ha rilevato impatti in relazione all'acquisizione di resistenze da parte di parassiti e sulla mortalità delle popolazioni di lepidotteri sensibili, ed ha ritenuto che tali risultati si applichino anche al MON 810 che produce la stessa tossina Cry1Ab, raccomandando pertanto un rafforzamento delle relative misure di gestione e di sorveglianza.

Quindi, ricava ulteriori elementi dal dossier del Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura (CRA), allegato alla nota del 2 aprile 2013, recante la conclusione che il MON 810 avrà impatti sugli imenotteri parassitoidi specialisti di *O.Nubilalis*, potrebbe modificare le popolazioni di lepidotteri non bersaglio e potrebbe favorire lo sviluppo di parassiti secondari potenzialmente dannosi per le altre colture.

Infine, richiama la nota dell'ISPRA, prot. 17903, in data 30 aprile, «*Approfondimento tecnico-scientifico relativo al mais geneticamente modificato MON 810*», la quale, prendendo, altresì, spunto dal citato dossier del CRA e dai pareri fino a quel momento espressi dall'EFSA, ha concluso che gli studi sugli impatti ambientali evidenziano rischi per le popolazioni di lepidotteri non target e non escludono la possibilità di impatto negativo sugli organismi acquatici sensibili alle tossine Cry1Ab.

Sulla base della convergenza nei contenuti dei pareri anzidetti, prodotti a vario titolo da organi dotati di competenza tecnico-scientifica nel settore in rilievo, accompagnata dalla sostanziale acquiescenza espressa da parte ricorrente verso tali risultanze, non avendo quest'ultima introdotto alcun argomento utile a confutarle, il Consiglio di Stato ha ritenuto la decisione dell'Amministrazione legittimamente assunta in presenza di adeguati presupposti, idonei a configurare l'esistenza di concreti rischi per la tutela dell'ambiente e della biodiversità.

A chiusura della parte motiva, in punto di qualificazione del rischio di specie, richiama i precedenti giurisprudenziali, secondo i quali «l'applicazione del principio di precauzione postula l'esistenza di un rischio potenziale per la salute e per l'ambiente, ma non richiede l'esistenza di evidenze scientifiche consolidate sulla correlazione tra la causa, oggetto di divieto o limitazione, e gli effetti negativi che ci si prefigge di eliminare o ridurre (...) e comporta che quando non sono conosciuti con certezza i rischi connessi ad un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali».

4. - La nozione di discrezionalità tecnica. Ciò premesso, occorre concentrarsi sullo studio della norma attributiva del potere azionato dall'Amministrazione nel caso che ci occupa.

Pur collocandosi in una materia concorrente, in cui il legislatore europeo ha inteso avvalersi della potestà normativa, accentrando, peraltro, le discendenti funzioni amministrative presso le istituzioni europee, la norma *de qua*, in ossequio al principio di sussidiarietà verticale, ha rimesso alle Amministrazioni nazionali la competenza per la realizzazione d'interventi di ordine cautelare, in presenza di specifici rischi per la salute e l'ambiente, onde garantire a beni giuridici di sì alta rilevanza un'efficace tutela di prossimità che, diversamente, un sistema rigidamente accentrato non sarebbe stato in grado di assicurare.

Tale decentramento della funzione cautelare, perché, come detto, risulti dotata della massima efficacia, e la particolare sensibilità degli interessi in gioco concedono ampi spazi per affermare che all'Amministrazione nazionale sia stato attribuito un potere vincolato.

Diversamente opinando, dovremmo ritenere che, nonostante il pericolo di un concreto danno ai valori della salute e dell'ambiente, l'Amministrazione avrebbe facoltà di operare una scelta discrezionale, sino a poter giungere alla decisione di far prevalere su di essi la libertà d'impresa, nel caso di specie, quella orientata alla produzione e commercializzazione dell'OGM mais MON 810.

Tale conclusione sembra priva di fondamento, alla luce della protezione offerta a tali interessi tanto dai Trattati UE, quanto dalle Costituzioni nazionali degli Stati membri.

Se la fase della decisione è, dunque, vincolata, occorre interrogarsi sul carattere del giudizio che l'Amministrazione è chiamata a condurre sul «*manifesto (...) grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente*».

La disposizione ha recepito nel suo testo una di quelle espressioni che la più antica dottrina ha definito «*categorie*» (come ad es. la *tossicità* di talune sostanze), le quali, ai fini dell'accertamento della loro effettiva ricorrenza, richiedono lo svolgimento di «*giudizi a contenuto scientifico*», essendo escluso che, in questo caso, «*l'autorità compia valutazioni di opportunità*» ⁽¹⁾.

Come molto più avanti affermato dal Consiglio di Stato in una pronuncia ⁽²⁾ oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti, in presenza di tali forme di normazione, accade che «*la tecnica sia inserita nella struttura della norma giuridica*», ossia nelle «*disposizioni normative vi sia un richiamo per relationem a norme tecniche proprie di una certa branca delle scienze*» ⁽³⁾.

È così che il presupposto tecnico, attraverso il recepimento in diritto positivo, diviene presupposto giuridico e, in particolare, presupposto per l'esercizio del potere amministrativo.

Il punto affrontato e risolto, nel tempo, da dottrina e giurisprudenza è stato quello afferente la natura del potere attribuito all'Amministrazione, al fine di condurre l'accertamento circa l'effettiva sussistenza del presupposto di ordine tecnico.

È apparso chiaro che la nozione di discrezionalità amministrativa, quale potere di scelta all'esito di un'armonica composizione degli interessi in gioco, non fosse appropriata al fine condurre un accertamento in ordine all'esistenza o meno di fatti, attraverso l'applicazione di criteri ricavati non dal diritto, bensì da altre branche della scienza.

Ne è derivata l'elaborazione della nozione di «*discrezionalità tecnica*», che conserva, appunto, il richiamo all'elemento della discrezionalità, allo scopo non più di esprimere l'esistenza di un potere di scelta tra più soluzioni, bensì di far emergere il dato che dall'applicazione della regola scientifica non deriva necessariamente un'unica soluzione, ma una pluralità di esiti, tanto più ampia, quanto il compendio di regole proprie della disciplina di volta in volta in rilievo sia riconducibile al paradigma delle scienze esatte piuttosto che a quello delle scienze sociali ⁽⁴⁾.

In proposito giova ricordare che, relativamente al grado di «*esattezza*» della scienza di riferimento per la conduzione del giudizio sul fatto, si è registrata la posizione di quanti hanno inteso distinguere l'*accertamento tecnico* dall'esercizio della *discrezionalità tecnica*, ritenendo che la prima evenienza ricorrerebbe nel caso in cui l'esito dell'indagine svolta non possa che condurre ad un risultato unico, la seconda ove essa sia suscettibile di enucleare più risultati.

Tale concezione, che pur importanti effetti determina in punto di individuazione del giudice munito di giurisdizione (all'unicità dell'esito dell'accertamento corrisponderebbe una posizione di diritto soggettivo) ⁽⁵⁾, è destinata ad essere abbandonata, se si considera che anche le scienze c.d. esatte conoscono modelli applicativi, chiavi di elaborazione, formule teoriche, ecc., suscettibili di continuo aggiornamento nel tempo e non per forza univoci nell'*output* dell'accertamento ⁽⁶⁾.

Nondimeno, l'elaborazione della nozione di discrezionalità tecnica ha immediatamente evocato la questione del tipo di sindacato che il giudice avrebbe potuto effettuare sulle decisioni adottate dall'Amministrazione nell'esercizio di tale forma di discrezionalità.

I due corni del dilemma si sono manifestati secondo altrettante opzioni: da un lato, si è posto l'interrogativo se si dovesse trattare di un controllo *ab externo* in merito alla congruità dell'*iter* decisorio sulla base di elementi apprezzabili esteriormente, perché attinenti alla conformità dell'esercizio del potere alla norma attribuiva, dall'altro se il giudice potesse accedere direttamente al fatto per sottoporre a giudizio di falsificazione la conclusione a cui l'Amministrazione era pervenuta ⁽⁶⁾.

Per lungo tempo, la risposta della dottrina e della giurisprudenza si è saldamente posizionata sul punto dell'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, con l'effetto che il giudizio dell'Amministrazione sul parametro tecnico rimaneva sottratto ad un apprezzamento diretto da parte del giudice, rimanendo esaminabile soltanto ricorrendo agli strumenti tipici della giurisdizione generale di legittimità ⁽⁷⁾.

Il momento del *revirement* tra le due opzioni interpretative si è avuto con la richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV, che, nel 1999, annullava la sentenza di primo grado, la quale, con riferimento alla reiezione di un'istanza proposta da un magistrato per vedersi riconosciuta la riconducibilità eziologica di una certa patologia al gravoso servizio prestato, aveva argomentato che «*in mancanza della possibilità di dimostrare con carattere di certezza oggettiva la causa di una "affezione a genesi multifattoriale" quale la cardiopatia ischemica, il procedimento valutativo, il cui contenuto specialistico sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, è*

correttamente motivato sul valore probabilistico di specifici “fattori di rischio” ed è immune da vizi logici».

L'occasione si è rivelata propizia per il Consiglio di Stato per dare corpo all'intento di riformare l'orientamento *«della insindacabilità della c.d. discrezionalità tecnica dell'amministrazione – assai diffuso presso il giudice amministrativo»*, ritenendo che esso *«non sembra resistere, anche alla luce di autorevole dottrina, ad una riconsiderazione dell'argomento».*

Il percorso logico-argomentativo seguito dal Collegio prende le mosse dalla fissazione della distinzione concettuale tra merito amministrativo, di cui viene confermata l'insindacabilità, in quanto *«diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato»*, e discrezionalità tecnica che, viceversa, è applicazione di *«una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta».*

È vero che il Consiglio di Stato riconosce che la norma tecnica, a seconda della sua stessa natura, può produrre risultati opinabili, ma, nello stesso tempo, precisa che *«una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità»*, non per questo trasformandosi la *«questione di fatto»* in *«questione di opportunità».*

Ad adiuvandum, la Sezione IV richiama una pronuncia della Suprema Corte di cassazione ⁽⁸⁾, in sede di riparto di giurisdizione, che ha ritenuto ben all'interno dei confini della giurisdizione di legittimità l'indagine circa l'esistenza dei presupposti di fatto del provvedimento impugnato, non traducendosi in *«diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto»*, questa si esprime di *«una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione».*

Ritenuto acclarato che la *«riserva di amministrazione»* non viene compressa dallo *«apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo»*, il passaggio successivo è quello di affermare che *«il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo».*

La conclusione è, quindi, che il giudice può sostituire le sue risultanze con quelle dell'Amministrazione, non già per *«l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici»*, bensì a causa della *«loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo».*

Poco dopo, in occasione del Convegno di Pisa e Lucca del maggio 2000, il relatore della sentenza anzidetta, nel riferire sul tema della discrezionalità tecnica, ha introdotto, nel dibattito sulla questione, gli elementi definitori di *«sindacato estrinseco»* e di *«sindacato intrinseco»*, intendendo esprimere, con il primo, il controllo formale sulla sequenza logica degli atti del procedimento e sull'armonica composizione di essi con la decisione finale, con il secondo, la verifica dell'effettiva correttezza della valutazione tecnica circa la reale esistenza del presupposto per come introdotto nel procedimento ⁽⁹⁾.

Considerato che il sindacato intrinseco doveva essere esercitato appunto sull'esatta applicazione della regola tratta dalla migliore scienza del settore, strideva l'assenza nel processo amministrativo della possibilità per il giudice di avvalersi dello strumento della consulenza tecnica per dotarsi di quelle conoscenze necessarie per pronunciare *cognita causa*.

Per il vero, la migliore dottrina, a suo tempo, aveva affermato che la stessa nozione di discrezionalità tecnica era stata concepita allo scopo di far sì che il giudice, proprio attraverso lo strumento della consulenza tecnica, potesse sottoporre al suo sindacato *«quelle zone dell'attività amministrativa dominate dai giudizi scientifici»* ⁽¹⁰⁾.

Tale vuoto nello strumentario giurisdizionale, ancor prima che la Corte costituzionale si pronunziasse sull'ordinanza con cui la stessa IV Sezione aveva sollevato la questione pregiudiziale di legittimità costituzionale delle norme che *«non consentivano al G.A., nella giurisdizione generale di legittimità, di avvalersi di consulenze tecniche per l'accesso al fatto, anche quando questo fosse altamente qualificato e complesso sul piano tecnico»*, è stato colmato da quella legge che tanto ha implementato il sistema delle tutele nel giudizio amministrativo, la n. 205 del 2000

che, all'art. 16, ha appunto dotato il giudice di un mezzo per acquisire «*le necessarie cognizioni tecniche per la valutazione dei fatti di causa risultanti dai documenti e dalle prove raccolte*»⁽¹¹⁾.

Sulla natura della consulenza tecnica d'ufficio non residuano incertezze in merito al fatto che essa non possa essere annoverata tra i mezzi di prova, non essendo preposta all'accertamento della veridicità del fatto storico, bensì alla finalità di integrare le conoscenze tecniche del giudice, in ragione dei significativi profili di tecnicismo che caratterizzano il giudizio⁽¹²⁾.

Ed appunto è in sede di passaggio dal sindacato estrinseco al sindacato intrinseco (o forte) sui provvedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica che lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio ha trovato la sua naturale applicazione⁽¹³⁾.

5. - Conclusioni in diritto. Orbene, acquisite le chiavi interpretative indispensabili per apprezzare *funditus* le questioni che la sentenza in esame solleva, si coglie *prima facie* come alla base della decisione espressa nel d.m. 12 luglio 2013, oggetto di impugnazione, vi sia appunto applicazione di discrezionalità tecnica, volta ad accertare l'effettiva ricorrenza di «*un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente*», derivante dalla produzione e dalla coltivazione del mais MON 810.

Come detto, tale nozione di ordine tecnico è stata, infatti, recepita nella norma europea, quale presupposto di ordine fattuale per l'adozione delle misure cautelari in causa.

È così, che, nel procedimento amministrativo, i Ministeri competenti hanno verificato e ritenuto sussistente tale presupposto, in termini di apprezzabile gravità, sulla scorta di pareri emessi da organi tecnici, tanto europei, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), quanto nazionali, l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA).

Sulla base della giurisprudenza oggetto dello studio sopra riportato (cfr. *supra*), sarebbe stato legittimo aspettarsi che i giudici componenti il Collegio, attraverso lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio, avessero optato per implementare le loro conoscenze⁽¹⁴⁾ nella materia dei possibili danni alla salute ed all'ambiente derivante dagli OGM, onde sottoporre a giudizio di falsificazione le conclusioni alle quali erano pervenuti l'EFSA e l'ISPRA.

In realtà, la Sezione III fonda la sua decisione sulla considerazione che è esente da vizi il provvedimento di divieto motivato sull'esistenza di pareri provenienti dai competenti organi tecnici, che propendono per l'esistenza dei presupposti di specie.

Nella sostanza, il Consiglio di Stato ha esercitato il più tipico sindacato estrinseco, limitandosi a verificare la correttezza formale dell'*iter* logico seguito dall'Amministrazione, astenendosi da qualsivoglia tentativo di accedere al fatto, secondo gli insegnamenti della sentenza n. 601 del 1999.

Il punto è chiedersi se, in sede di sindacato su provvedimenti espressivi di esercizio di discrezionalità tecnica, il giudice sia tenuto a disporre la consulenza tecnica, ovvero, in quanto *peritus peritorum*, possa farne a meno e decidere *ex se*, senza per questo esporre la sentenza a vizi.

È noto che la scelta di avvalersi della c.t.u. è rimessa alla valutazione del giudice in relazione ai fatti in causa, così come la decisione non può tradursi nel recepimento acritico delle relative risultanze, ma deve tenerne conto comunque ai fini della formazione del suo libero convincimento⁽¹⁵⁾.

Resta il dato storico che il Collegio giudicante ha rinunciato all'utilizzo del mezzo processuale prima apprestato dalla legge 205 del 2000, oggi migrato nel codice del processo amministrativo, all'art. 67, optando per la soluzione del controllo formale del percorso decisorio seguito dall'Amministrazione.

Ne deriva l'ulteriore interrogativo in merito alla circostanza che tale scelta, pur di carattere discrezionale, non si traduca in un esito distonico rispetto all'insegnamento del grande Chiovenda, secondo il quale il processo «*deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*»⁽¹⁶⁾.

Il nodo da sciogliere è se il ricorrente nel giudizio in esame abbia ottenuto proprio tutto quello aveva diritto di conseguire con l'azione esperita e cioè se abbia goduto di una tutela pienamente ispirata al principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.⁽¹⁷⁾, ovvero se la parte resistente

abbia beneficiato di una pronuncia proveniente non da un organo giurisdizionale realmente equidistante dagli interessi in gioco, ma da quel «*giudice nell'amministrazione*» che, in ragione della sua specialità, a chi ha la ventura di confrontarsi con l'esercizio dei pubblici poteri, riconosce unicamente un sindacato sull'atto, astenendosi dal conoscere del rapporto sottostante.

Prima facie sembrerebbe fondata la seconda risposta al quesito che ci occupa, ma soltanto ad una superficiale delibazione della questione.

È, infatti, vero che il principio del giusto processo e quello di effettività della tutela hanno arricchito il novero delle azioni esperibili avanti al giudice amministrativo e l'estensione nella protezione degli interessi da questo ricavabile, ma ciò sempre nel rispetto del principio dispositivo che governa il rito.

Il processo deve dare «*tutto quello, proprio quello*» che la parte «*ha diritto di conseguire*», ma nei limiti della domanda proposta e ove accompagnata da adeguati elementi di prova.

Ebbene, nell'articolare le sue doglianze, il ricorrente ha circoscritto il *thema decidendum* all'ammissibilità dei poteri cautelari spesi dall'Amministrazione nazionale in carenza di una pronuncia sul punto da parte della Commissione europea ed in presenza di un procedimento in corso per il rinnovo dell'autorizzazione.

Sul punto dell'infondatezza dei pareri tecnici provenienti dalle Autorità competenti, egli rimette gli esiti della censura ad un difesa di stile, limitandosi ad affermare che «*non esiste alcuna prova, né alcun indizio dell'esistenza di una situazione in grado di comportare un rischio che ponga a repentaglio in modo manifesto la salute umana, quella degli animali o l'ambiente*».

Ne deriva la replica del giudice, il quale rileva che: «*l'appellante non ha confutato la rispondenza di dette considerazioni a corretti metodi scientifici, né ne ha motivatamente messo in dubbio la rilevanza nell'ambito complessivo dell'istruttoria che ha condotto all'adozione del decreto impugnato*».

In carenza di specifiche censure di ordine tecnico e, giocoforza, di elementi di prova che potessero sostenerle, la sentenza sarebbe risultata esposta al vizio di extrapetizione, se il Collegio si fosse impegnato *ex officio* in una verifica generale e diffusa degli argomenti scientifici enunciati dall'EFSA e dall'ISPRA ⁽¹⁸⁾.

Al contrario, ad un argomento formale il Consiglio di Stato ha risposto esercitando un sindacato formale sull'atto impugnato, concludendo per la legittimità di un provvedimento cautelare assunto sulla scorta di qualificati pareri tecnici, rimasti, nella sostanza, privi di puntuali doglianze.

Ne deriva la conclusione che l'evoluzione del processo amministrativo ha certamente ampliato il sistema delle tutele in misura da offrire quella protezione agli interessi di parte richiesta dalle norme costituzionali (artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.), anche attraverso l'istituto processuale della consulenza tecnica d'ufficio e la possibilità per il giudice di esercitare un sindacato intrinseco sui presupposti fattuali dell'*agere* amministrativo, ma non sino al punto da trasformare un giudizio tipicamente soggettivo, così come storicamente concepito dalla giurisprudenza, in un giudizio oggettivo, proprio perché resta sempre un onere della parte chiedere, *iuxta alligata et probata*, «*tutto quello, proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*».

Francesco Jacinto

(1) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970, 487 ss.: «nell'analizzare la discrezionalità, la dottrina si trovò di fronte a numerosi casi nei quali le norme disciplinatrici della potestà dell'amministrazione impiegano, ai fini delle qualificazioni giuridiche, delle "categorie". Per esempio (...) nella legge sanitaria (...) troviamo espressioni come "sostanze tossiche" (...) "malattie infettive e diffusive" e così via (...) Una parte della dottrina ritenne che la "discrezionalità determinata per categorie" (...) costituisse una specie di discrezionalità di minor ampiezza; un'altra parte invece ritenne che in siffatti casi non vi fosse discrezionalità vera e propria, ma una "discrezionalità tecnica", cioè una pseudodiscrezionalità, nella quale il giudizio avesse carattere scientifico (...) Il testo normativo (...) non attribuisce potestà discrezionali, e quindi esclude che l'autorità compia valutazioni di opportunità; le attribuisce invece dei giudizi a contenuto scientifico (...) Una sostanza tossica o non lo è (...) non può accadere che sia "opportuno o inopportuno considerarla tossica". Il giudizio circa la tossicità (...) deve essere dato alla competenza di un ufficio tecnico, esperto nella scienza da applicare (...) La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio».

(2) Cons. Stato, Sez. IV 9 aprile 1999, n. 601.

(3) L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV del 9 aprile 1999, n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, in www.giustamm.it: «La decisione parte dalla considerazione della necessità di realizzare un distinguo di fondo tra la valutazione dell'interesse pubblico concreto afferente al c. d. merito amministrativo riservato al dominio della P. A. e la c. d. discrezionalità tecnica, che invece ricorre quando, per provvedere su un determinato oggetto, sia necessario applicare una norma tecnica a cui una norma giuridica conferisca rilevanza (diretta o indiretta) (...) Secondo il supremo consesso, ancora, qualora: "la tecnica sia inserita nella struttura della norma giuridica", ovvero sia quando nell'ambito delle disposizioni normative vi sia un richiamo *per relationem* a norme tecniche proprie di una certa branca delle scienze, si verifica una sorta di integrazione del tessuto della disposizione che si arricchisce dei contenuti propri delle scienze richiamate, sicché: "l'applicazione di un criterio tecnico in modo inadeguato o ancora il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto" (...) Il riferimento della norma giuridica alla norma tecnica (c.d. *relatio*), in sostanza, determina una fusione dei due ordini di disciplina, sicché l'interprete è posto davanti a proposizioni normative di tipo complesso, per cui il procedimento ermeneutico non potrà non essere complesso e conferire la dovuta rilevanza agli elementi tecnici, i quali vanno considerati in rapporto alla disciplina che li regola ed al significato che assumono oggettivamente».

(4) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 488 ss.: «(...) I giudizi di discrezionalità tecnica (...) investono oggi tutte le discipline umane (...) Quando le scienze di cui si applicano le regole danno risultati sufficientemente certi (...) i giudizi sono correlativamente certi. Ma se la materia è solo relativamente certa, o addirittura opinabile, altrettanto divengono i giudizi. Sicché se in astratto i giudizi tecnici dovrebbero essere sempre dei giudizi di esistenza, in concreto essi possono talora divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici, in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale. Tale possibilità è particolarmente evidente quando devono essere applicati canoni delle c.d. discipline non esatte, come le scienze economiche, aziendalistiche, letterarie, artistiche (...) Significa formulare dei giudizi che possono essere opinabili (...) Malgrado il carattere fortemente valutativo (...) essi rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale: abbiamo sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale. Vi è una differenza tra i giudizi tecnici valutativi e quelli solo di esistenza (...) Quanto ai secondi il giudizio tecnico e il momento decisionale sono nettamente separati (...) ruotano in ambiti diversi. Quanto ai primi invece la separazione è più una divisione ideale che reale: la connessione tra giudizio tecnico e decisione amministrativa è strettissima»; G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001, n. 2176*, in www.giustamm.it: «(...) l'accertamento demandato al giudice amministrativo riguarda fatti o situazioni suscettibili di controllo tecnico sulla base di discipline che, sia pure entro l'ampio ambito di relativismo che è connaturato ad ogni branca del sapere scientifico, può quantomeno accostarsi alle c.d. "scienze esatte". Tra queste vanno ascritte, ad esempio, la fisica, la matematica, la chimica e l'ingegneria; nonché, ma solo entro certi ambiti, la biologia e la medicina: queste ultime due partecipano talora dei connotati delle "scienze esatte", essendo passibili di apprezzamenti oggettivi, e talora, invece, di quelli delle "scienze umane", caratterizzate cioè da apprezzamenti soggettivamente condizionati e, dunque, non neutrali (...) Anche poi utilizzando la distinzione tra accertamenti (direttamente controllabili dal giudice) ed apprezzamenti (insindacabili in quanto afferenti al merito), resta ferma la relativa opinabilità di ogni giudizio tecnico-scientifico, con la conseguenza che anche per gli accertamenti tecnici, in cui vi siano misurazioni e valutazioni non si possono limitare gli strumenti istruttori di accesso al fatto e la relativa valutazione sotto il profilo tecnico da parte del giudice amministrativo».

(5) Si riteneva, infatti, che l'unicità delle soluzioni possibili e, dunque, la carenza di scelte per l'Amministrazione determinassero l'insorgenza di posizioni di diritto soggettivo.

(6) L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, cit.: «Una particolare forma di discrezionalità è la c. d. discrezionalità tecnica [12] la quale si caratterizza, per l'appunto, per la cognizione ed applicazione di discipline specialistiche dei più diversi settori del sapere umano (a seconda dei casi) e per l'assenza di scelte (in senso proprio). Segnatamente la decisione amministrativa è in funzione del perseguimento di un interesse pubblico, direttamente qualificato dalla legge, che presuppone una valutazione eminentemente tecnica e giammai una scelta (tra più interessi). In sostanza, è presente solo il momento cognitivo-valutativo e non quello volitivo; quest'ultimo, invero, appare essere qualificato dalla stessa legge, nel momento in cui essa richiede un accertamento tecnico e da questo fa discendere una chiara conseguenza giuridica, senza ulteriori intermediazioni dell'autorità amministrativa (...) Mentre, le c. d. scienze esatte sono connotate da un elevato grado di precisione, al punto che di solito esprimono 'certezze' non discutibili e 'universalità' dei risultati, le c. d. scienze inesatte sono contraddistinte dalla 'opinabilità' delle conclusioni a cui pervengono talune analisi. (...) parte della dottrina [24] ha ricavato la distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica. Mentre quest'ultima si caratterizzerebbe per la variabilità dei risultati cui può pervenire (poiché vengono utilizzate nozioni proprie delle c. d. scienze inesatte), l'accertamento tecnico si baserebbe su fatti verificabili in modo indubbio perché fondati su conoscenze e su strumenti tecnici di sicura acquisizione (c. d. scienze esatte) (...) Siffatta tesi appare oggi superata, soltanto ove si consideri come le stesse scienze esatte, alla luce di successive scoperte, abbiano rivelato la fallibilità di talune leggi ritenute fino a poco tempo prima assolutamente esatte e, poi, dimostratesi (in via sperimentale o in via astratta deduttiva o induttiva) erronee (o perlomeno imprecise) [25], mentre, al contrario, talune scienze umane o sociali (economia, sociologia, psicologia, etc.) riescono ad elaborare leggi causali assolutamente regolari e costanti che spiegano con precisione i fenomeni umani [26] (...) Sebbene l'applicazione di una norma tecnica possa comportare una valutazione degli elementi fattuali suscettibili di vario apprezzamento a causa della indeterminatezza od opinabilità propria di talune discipline specialistiche, tuttavia viene ribadita la netta distinzione tra la "opinabilità" tipica della valutazione tecnica e la "opportunità" propria della valutazione di merito. La *quaestio facti* rilevante - ribadisce la decisione - non si trasforma mai in una questione di opportunità solo per la sua opinabilità».

(6) N. PAOLANTONIO, *Ancora sul sindacato di legittimità sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in www.giustamm.it: «la connessione causale dell'evento patologico - un infarto - con la causa di servizio, evidenziando così l'inattendibilità del contrario giudizio reso dalla commissione medica: questo giudizio, quindi, viene ritenuto "falso" - nel significato reso esplicito dal linguaggio popperiano - e come tale falsificato poiché reso sulla base di un criterio scientifico non adeguato alla formulazione del parere».

(7) N. PAOLANTONIO, *Ancora sul sindacato di legittimità sulla c.d. discrezionalità tecnica*, cit.: «la tecnica di sindacato indiretta fondata sull'utilizzo di quelle macro-aggettivazioni esaltanti stati vizianti dell'atto amministrativo che, lungi dal garantire una sufficiente tutela giudiziaria, garantiscono ad un'Amministrazione maliziosa ed accorta nel celare gli illeciti un'assoluta franchigia. Infatti - a tacere che un giudizio tecnico non può essere ragionevole o irragionevole, ma solo corretto o non corretto - il provvedimento affetto da irragionevolezza non manifesta è, per la sentenza 7073, insindacabile: esso, ovviamente, è e rimane sempre irragionevole, ma il giudice amministrativo (chissà perché) non può annullarlo. Lo stesso si dica per il travisamento dei fatti, che secondo la decisione in esame deve essere "palese": se quindi l'amministrazione ha occultato i fatti per bene, il giudice deve arrestarsi alla superficie, deve astenersi dall'indagare, dall'effettuare il dovuto accertamento»; G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001, n. 2176*, cit.: «Prima della legge 205/2000, il problema della discrezionalità tecnica era affrontato dalle pronunce giurisdizionali attraverso un meccanismo che faceva leva sulla sufficienza della motivazione, ritenendo sindacabile la quantità o la qualità delle valutazioni tecnico-discrezionali solo per travisamento dei fatti assunti a presupposto delle valutazioni, o per una viziosità nell'iter logico»; P. MADDALENA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it: «Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità non erano, invece, ammissibili consulenze tecniche ed il fondamento di tale esclusione era rinvenuto nel fatto che in tali casi il giudice doveva occuparsi dell'atto, non potendo attingere direttamente la realtà senza la mediazione, il filtro, del provvedimento impugnato. In pratica, al G.A. non era consentito sovrapporre il proprio accertamento a quello dell'autorità che aveva emanato l'atto, ma solo sindacare l'attività dell'amministrazione sotto il profilo della logicità e coerenza (...) In particolare, la mancata previsione della c.t.u. nel processo amministrativo di legittimità è stata tra le cause del consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale nel senso dell'insindacabilità, se non per illogicità manifesta, errore nei presupposti di fatto e motivazione incongrua, degli apprezzamenti tecnici e, cioè, delle valutazioni svolte dalla P.A. alla stregua di regole attinte da discipline specialistiche e settoriali suscettibili di diversa interpretazione ed applicazione»; L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c. d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di*

Stato, sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa, cit.: «Secondo l'impostazione tradizionale, la discrezionalità amministrativa e quella tecnica vengono poste sullo stesso piano quanto a possibilità di tutela; ciò che muta è soltanto la tipologia di cognizione degli elementi di base, i quali, nel secondo caso, si contraddistinguono propriamente per appartenere alle discipline tecniche [15]. La considerazione di dati tecnici implica, evidentemente, un'operazione, più o meno complessa, di applicazione di un sapere specialistico, che presuppone la esatta conoscenza dei principi e dei contenuti della stessa materia tecnica di specie, onde realizzare una fedele rappresentazione e valutazione della realtà analizzata, con metodo scientifico, adoperando parametri universalmente accettati dai professionisti del campo specialistico che, di volta in volta, viene in evidenza».

(8) Cons. Stato, Sez. IV 9 aprile 1999, n. 601: «Ciò è confermato anche dalle acquisizioni della Corte di cassazione, secondo cui “con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, comma 3, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato” (Cass., 5 agosto 1994, n. 7261)».

(9) G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001, n. 2176*, cit.: «Un tentativo di ampliare il sindacato è nella decisione della IV sezione del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601 (in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 con note di DELSIGNORE e di LAZZARA), che fa emergere la non configurabilità dell'eccesso di giurisdizione sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito quando il giudice amministrativo sia chiamato a indagare su presupposti di fatto del provvedimento impugnato, segnando un riavvicinamento tra la posizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo (...) Poco dopo, nel Convegno di Pisa e Lucca del maggio 2000, S. Baccharini (la cui relazione ha il titolo *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80 ss., spec. 92) sottolinea che occorre distinguere tra controllo estrinseco e formale (sulla logica astratta e sui suoi procedimenti) rispetto al controllo intrinseco del criterio tecnico e della sua applicazione, esaminata dall'interno dell'approccio tecnico. Quindi nella ricostruzione di Baccharini v'è già quanto si trova applicato dalla decisione Sez. V, 1247/2001 e cioè che l'apprezzamento tecnico può avere ad oggetto tre momenti diversi: 1) il fatto; 2) il rilievo del fatto rispetto all'interesse pubblico; 3) la valutazione dell'interesse pubblico. Solo quest'ultimo attiene al merito, mentre i provvedimenti discrezionali a substrato tecnico consentono di distinguere tra i presupposti di legittimità del provvedimento amministrativo che non vanno confusi con gli elementi di opportunità. Gli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possono quindi essere sindacati (e sostituiti) con quelli del Giudice, qualora vi sia insufficienza di un criterio tecnico oppure vizio del procedimento applicativo»; P. MADDALENA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*: «C.d.S. 601/99 secondo cui la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità, non si trasforma, solo perché opinabile, in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito e, pertanto, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici deve svolgersi “non in base al mero controllo formale dell'iter logico seguito dalla P.A., ma in base alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo” (...) In definitiva, nella logica della sentenza, l'apprezzamento tecnico è finalizzato all'individuazione dei presupposti di fatto che devono sussistere perché la P.A. possa legittimamente provvedere sulla fattispecie concreta, per quanto la valutazione dei fatti possa presentarsi come una delle diverse possibili, in conseguenza dell'idoneità dei criteri tecnici utilizzati a prestarsi ad applicazioni differenziate (...) Infatti, in primo luogo la c.t.u. può essere ammessa, ricorrendone i presupposti, solo per verificare la corretta applicazione di regole e discipline tecniche richieste dalla legge o dalla fattispecie concreta, in quanto attinente all'accertamento dei fatti da sussumere dalla P.A. ai fini del provvedimento da adottare, mentre l'apprezzamento ulteriore, attinente al valore del fatto descritto dalla norma, da individuare e considerare nel contemperamento degli interessi coinvolti nella vicenda deliberativa, attiene al merito e necessariamente sfugge al diretto controllo del giudice»; L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c. d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, cit.: «Il potere di accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento impugnato costituisce un aspetto essenziale della giurisdizione di legittimità del G. A. e non può essere limitato dalla presenza di regole tecniche [41] (...) in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto, soprattutto se involgenti giudizi tecnici (e non scelte), deve ritenersi “ragionevole” la sindacabilità da parte del giudice (...) Stando così le cose, l'assunto tradizionale che vuole ricondurre, pure *ac simpliciter*, l'attività valutativa tecnica alla c.d. discrezionalità amministrativa appare senz'altro erronea e basata su un equivoco di fondo: l'assimilazione della opinabilità di alcune proposizioni scientifiche, che determinerebbero taluni esiti incerti, all'incertezza e variabilità consustanziale delle scelte insite nella discrezionalità. Al contrario - come si vedrà meglio nel prosieguo - il ricorso alle cognizioni tecniche viene effettuato dal legislatore per attingere maggiori certezze derivanti dall'utilizzo di regolarità ontologiche, di probabilità, statistiche o basate su un'accurata e scientifica riflessione teorica [16], piuttosto che affidare tutto alla mera scelta dell'operatore pubblico (ispirata da non meglio

precisate regole di buona amministrazione) (...) Segnatamente, la discrezionalità amministrativa è, per così dire, di tipo intuitivo e particolare e confina con la valutazione politica; mentre, la discrezionalità tecnica è rigorosa e generale ovvero si poggia su assunti teoricamente o sperimentalmente comprovati e generalizzati (...) Tuttavia, la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 [36] sembra aver profondamente innovato sul punto, in quanto riconosce, *expressis verbis* - in sintonia con quanto sostenuto dalla dottrina più evoluta [37] - la possibilità di un sindacato che si spinga fino alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il duplice profilo della correttezza del criterio tecnico individuato e della correttezza del procedimento applicativo seguito dalla autorità per l'applicazione dello stesso (...) In tal modo si è inteso superare la tralozia tesi [38] fondata sul riscontro estrinseco volto a sanzionare soltanto la presenza di macroscopici errori o di manifeste illogicità, sotto il profilo dell'eccesso di potere».

(10) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 489: «La nozione di discrezionalità tecnica è sorta soprattutto per ragioni processuali: si volle che il giudice ordinario, se del caso mediante perizia (oggi consulenza tecnica) potesse sindacare quelle zone dell'attività amministrativa dominate dai giudizi scientifici e non dai giudizi di opportunità. La giurisprudenza, accolta la nozione, la ha però applicata in modo diseguale (...)».

(11) F.G. COCA, *Consulenza tecnica d'ufficio*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA - V. LOPILATO, Milano, 2011, 563: «la consulenza tecnica d'ufficio è stata ammessa nel processo amministrativo con l'art. 16 della legge n. 205 del 2000, quando ormai il modello processuale si era da tempo orientato verso uno schema di processo decisamente dispositivo. Per alcuni anni il giudice amministrativo non ha fatto ricorso alla consulenza tecnica con sufficiente frequenza, da un lato convinto che fosse un fuor d'opera far verificare da tecnici indipendenti ed imparziali le scelte tecniche effettuate dall'amministrazione, e per lunghissimo tempo ritenute ad essa riservate»; P. MADDALENA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, cit.: «Con la più volte citata legge 205/2000, la consulenza tecnica è stata, infine, introdotta in via generale e per ogni tipo di controversia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo. Si è così consentito il ricorso alla c.t.u. in tutte le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del G.A. senza distinzione delle situazioni soggettive fatte valere e del tipo di giudizio instaurato, ma, soprattutto, si è consentito l'accertamento diretto dei fatti di causa, mediante il ricorso alla consulenza tecnica, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità. Il legislatore ha così anticipato la decisione della Corte costituzionale auspicata dalla IV Sez del Consiglio di Stato. Con l'ordinanza 2292/2000, infatti, il C.d.S., facendo propri i principi sulla sindacabilità giurisdizionale dei giudizi tecnici della P.A. espressi dalla medesima IV Sez nella menzionata sent. 601/99, e sul rilievo che "il giudizio di legittimità sull'atto amministrativo si va trasformando in giudizio di piena giurisdizione, atto cioè a tutelare diritti ed interessi in relazione alla situazione fatta valere... e che il giudice amministrativo, per poter assolvere le sue funzioni, deve conoscere al meglio le fattispecie", aveva sollevato questione di legittimità, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., delle norme che non consentivano al G.A., nella giurisdizione generale di legittimità, di avvalersi di consulenze tecniche per l'accesso al fatto, anche quando questo fosse altamente qualificato e complesso sul piano tecnico».

(12) F.G. COCA, *Consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 563 ss.: «V'è concordia tra civilprocessualisti e studiosi del processo amministrativo nell'escludere che la consulenza tecnica possa essere qualificata come mezzo di prova (...) La consulenza tecnica non mira ad accertare la storicità (o la verità) dei fatti, ma serve per fornire al giudice le cognizioni tecniche che risultino necessarie per la decisione della controversia. È stato opportunamente osservato che il consulente tecnico "integra l'attività del giudice offrendogli le necessarie cognizioni tecniche per la valutazione dei fatti di causa risultanti dai documenti e dalle prove raccolte (...)» (...) È stato opportunamente ancora posto in rilievo che "nella consulenza tecnica si ricrea la struttura dialettica del processo perché vi è un consulente tecnico d'ufficio che integra le cognizioni del giudice ed i consulenti tecnici di parte che integrano le cognizioni delle parti"; e ciò a ragione del fatto che "non è possibile controllare il corretto uso delle cognizioni tecniche se non attraverso un altro soggetto che abbia, a sua volta, le stesse cognizioni tecniche»; P. MADDALENA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, cit.: «la figura del consulente tecnico (...) può essere nominato dal giudice quando, per la risoluzione della controversia o per il compimento di singoli atti, egli ritenga opportuno e/o necessario acquisire nozioni della scienza, della tecnica o dell'arte delle quali è sfornito o insufficientemente munito. Dunque, la figura del consulente tecnico è quella dell'ausiliario, del collaboratore del giudice, chiamato a consigliarlo in virtù della propria esperienza tecnica, in quelle materie che il giudice stesso non è tenuto a conoscere: il suo compito è di accertare i fatti di causa e di dare gli opportuni chiarimenti tecnici (...) Ma l'aver proposto, come ha fatto il C.d.S. nella citata sentenza, un sindacato intrinseco e cioè un controllo in cui il giudice si vale di cognizioni specialistiche, ha finito col riproporre il problema delle effettive possibilità che ha il giudice, nel processo, di venire in possesso di quelle nozioni scientifiche che non appartengono all'esperienza dell'uomo medio o al suo personale patrimonio culturale. Oltre questi limiti, infatti, solo la consulenza tecnica consente al giudice di accertare se si siano realizzati i presupposti di fatto che giustificano l'esercizio del potere, quando tali presupposti siano delineati dalle norme attraverso l'utilizzo di criteri tecnici complessi (...) la c.t. , invece, si sostanzia non tanto in un accertamento, quanto in una valutazione tecnica di determinate situazioni da

utilizzare ai fini della decisione della controversia, ed introduce un apprezzamento da effettuare con l'impiego di regole specialistiche al fine di acclarare eventuali errori tecnici compiuti dalla P.A.».

(13) F.G. SCOCA, *Consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 563 ss.: «L'aumento progressivo delle ricorso alla consulenza tecnica si è avuto parallelamente al progressivo approfondimento del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica, con il passaggio (per usare una terminologia imprecisa ma efficace) dal sindacato debole al sindacato forte, fino ad affermare il sindacato pieno sulle scelte tecniche effettuate dall'amministrazione. Tuttavia, ancora attualmente, il giudice amministrativo non ricorre con facilità alla consulenza tecnica, soprattutto quando le conoscenze tecniche o scientifiche da impiegare per la soluzione dei profili tecnici della controversia siano opinabili o le valutazioni siano rimesse alla sensibilità dell'esperto (...) L'evoluzione del tipo (o della misura) del sindacato sulle scelte tecniche dell'amministrazione è particolarmente evidente nelle controversie relative agli atti delle autorità indipendenti»; G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001 n. 2176*, cit.: «La c.t.u., all'indomani della legge 205/2000, consente - soprattutto in determinati ambiti altamente tecnologici - di censurare in sede giurisdizionale il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti, per falsità dei presupposti, per difetto di istruttoria, per irrazionalità della scelta tecnica operata dall'amministrazione (vizi la cui prospettabilità è garantita dall'art. 113, comma 2 Cost.), ricorrendo a mezzi istruttori che disaggregano i profili tecnici dall'esercizio del potere amministrativo (...) Quindi, il giudice amministrativo deve avere strumenti istruttori adeguati per sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche svolte dall'amministrazione, al fine di vagliarne la correttezza e, quindi, di poter annullare l'atto impugnato se il giudizio tecnico dell'amministrazione risulti inattendibile o anche solo scarsamente verosimile».

(14) L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c. d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, cit.: «La consulenza tecnica [44] rappresenta quell'indispensabile mezzo di accertamento delle nozioni tecniche che, nel processo, ha la funzione di fornire al giudice quelle conoscenze di cui egli non è fornito professionalmente. Tale strumento è ordinariamente presente nella procedura dei processi civili, penali e, ora, anche amministrativi, poiché indispensabile per realizzare una corretta valutazione dei dati tecnici, che soltanto un soggetto dotato di una comprovata competenza professionale (il consulente tecnico) può assicurare [45]. Dunque, la consulenza tecnica è oramai divenuta uno strumento di acquisizione della prova utilizzabile dal giudice amministrativo in tutti i casi in cui risulti necessario per acquisire e valutare, alla stregua delle scienze tecniche e specialistiche, gli elementi che devono essere vagliati per giungere alla decisione del ricorso proposto. Naturalmente, le risultanze della consulenza tecnica devono essere apprese dal giudice e calate, per così dire, nel giudizio amministrativo, in modo conforme alle peculiarità proprie di siffatto giudizio. Più che mai nel nostro caso il giudice (amministrativo) è il *peritus peritorum*, nel senso che il pronunciamento del consulente potrà essere, motivatamente, riconsiderato dallo stesso giudice».

(15) P. MADDALENA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, cit.: «quella di avvalersi di c.t.u. è una scelta riservata alla discrezionalità del giudice, che deve determinare caso per caso se e perché ritenga necessaria e rilevante ai fini della decisione la collaborazione di un consulente di particolare competenza tecnica, circoscrivendone anche il campo d'azione attraverso la formulazione di quesiti. Come precisato da C.d.S. 5287/2001, poi, la c.t.u. non può supplire l'onere della parte di allegare i fatti e di introdurli nel processo (...) Perciò il giudice "(...) proprio perché dominus della qualificazione del fatto, non può limitarsi a recepire acriticamente le risultanze della c.t.u. ma è sempre tenuto ad un'autonoma rielaborazione del fatto anche "alla luce" dei dati tecnico scientifici offerti dal c.t.u.»».

(16) G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, I, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965, 81.

(17) A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 45 «lo schema di cui sopra deve essere riformulato in questi termini: a) la tutela degli interessi individuali protetti costituisce il valore essenziale della Costituzione (art. 24); b) essa si realizza nel giusto processo (contraddittorio, parità, terzietà, imparzialità); c) gli interessi protetti si collocano, in virtù della legge, su un piano sostanziale processuale di parità (art. 111, comma 2); d) tale qualità è coessenziale alla terzietà -imparzialità (oggettiva) del giudice; e) la terzietà -imparzialità è garantita dall'autonomia e dalla indipendenza; f) il giudizio (art. 24) corrisponde a funzione giurisdizionale, giurisdizione, giustizia; g) la funzione giurisdizionale è (solo) quella esercitata dalle magistrature ordinarie previste dalla Costituzione e connotate dalle garanzie relative».

(18) G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V – Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001, n. 2176*, cit.: «La decisione 1247/2001 contiene anche un riferimento alla Corte di Lussemburgo, che nella decisione sul caso Upjohn (Corte giust. CE, 21 gennaio 1999, in causa C-120/97, in *Giur.it.*, 1999, 833, con nota di PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*), sottolinea che il diritto comunitario non impone agli Stati membri di prevedere che i giudici nazionali sostituiscano la loro valutazione degli elementi di fatto a quella delle autorità nazionali».