

INDIPENDENZA E CONTROLLO GIURISDIZIONALE*

Angelo Lalli

1. Ricognizione del quadro normativo. La tendenziale espansione della giurisdizione esclusiva e l'“eccezione” del Garante sulla tutela dei dati personali: l'irrelevanza della sua indipendenza sulla natura del sindacato esercitato dal giudice ordinario

L'assetto attuale della disciplina del controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti non appare ispirato da una logica unitaria.

Vi è indubbiamente una tendenziale espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cfr. ad esempio, l'art. 33, l. n. 287/1990, per l'Antitrust; l'art. 2, l. n. 481/1995 per l'AEEG; l'art. 9, d.lgs. n. 259/2003, per il Ministero e per l'AGCOM).

Resta, tuttavia, la giurisdizione ordinaria civile per le sanzioni di alcune Autorità e Ministeri competenti nei settori finanziari e dell'intermediazione (v., ad esempio, l'art. 145, d.lgs. n. 385/1993; l'art. 195, d.lgs. n. 58/1998; l'art. 10, l. n. 792/1984). L'art. 24, comma 4, della legge n.262/2005, poi, con una tecnica legislativa discutibile, dichiara che avverso gli atti adottati dalla Banca d'Italia, dalla Consob, dall'ISVAP, dalla Covip e e dall'Antitrust “può essere proposto il ricorso giurisdizionale dinanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio”. Ora, non è chiaro se tale disposizione, attesa la sua lettera, abbia la valenza di attribuire al giudice amministrativo una mera giurisdizione di legittimità, come sembra potersi affermare poiché non compare esplicitamente il riferimento alla giurisdizione esclusiva, oppure, dato che nell'elenco cui la disposizione rinvia compare l'Antitrust nei cui confronti è esplicitamente attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva dall'art.33 legge n.287/90 citato, questa debba ritenersi implicitamente estesa anche per le altre Autorità. Nel concreto, comunque il sindacato si atteggia allo stesso modo in tutti questi casi, come sindacato di legittimità e non di merito sulla discrezionalità tecnica, secondo modalità ed intensità che saranno più avanti chiarite.

Vi è, infine, il caso, che in questo quadro assume una connotazione di eccezionalità dell'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario sui provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, con ampi poteri di intervento sull'atto amministrativo stesso, anche in deroga ai tradizionali limiti stabiliti per il giudice ordinario dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n.2248 (all. E), come esplicitamente dispone l'art. 152, d.lgs. n.196/2003 e senza alcuno spazio per il giudice amministrativo.

Individuare una *ratio* di fondo in questo quadro normativo variegato non è facile.

In particolare, l'attribuzione della giurisdizione del giudice ordinario sugli atti del Garante della *privacy* non sembra possa essere spiegata solo per il fatto che, in relazione alle competenze di questo ufficio, verrebbero in causa diritti soggettivi.

E' interessante osservare che proprio in relazione al Garante della *privacy* era sorta questione se, attese le sue competenze e la natura delle situazioni giuridiche coinvolte nel loro esercizio, fosse possibile qualificare tale soggetto come vero e proprio giudice e conseguentemente il giudizio di opposizione innanzi al Tribunale ordinario avverso i suoi provvedimenti come una sorta di processo di secondo grado. La Corte di Cassazione¹ ha chiarito che, anche nell'esercizio dei poteri di altre Autorità – segnatamente l'Antitrust - possono ben venire in rilievo diritti soggettivi, ma questa

* Nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid “La riforma delle Autorità indipendenti”.

¹ Cass. 20 maggio 2002, n.7341.

circostanza non impone affatto di escluderne la natura amministrativa dell’Autorità e di qualificarla necessariamente come giudice.

La peculiare posizione di qualificata indipendenza del Garante della *privacy* rispetto agli interessi in gioco nell’esercizio delle proprie competenze, se vale a connotarlo rispetto alle amministrazioni tradizionali, non è comunque tale da consentire di considerarlo terzo ed indifferente, allo stessa stregua del giudice rispetto alla causa che è chiamato a conoscere e che, inoltre, ha il potere formale di risolvere con statuizione autoritativa soggetta al passaggio in giudicato.

Nella ricostruzione della Cassazione, dunque, l’indipendenza del Garante per la *privacy* è un carattere che lo qualifica come amministrazione, ma non gli fa perdere tale natura. La natura delle situazioni giuridiche implicate – diritti soggettivi – non appare poi determinate ai fini del discrimine della giurisdizione, posta appunto la tendenza legislativa ad estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo agli atti in genere di queste peculiari amministrazioni, anche quando, come riconosce la stessa Cassazione, coinvolgono sicuramente diritti soggettivi.

Sull’assetto delle giurisdizioni è di recente intervenuta la Corte costituzionale (sentenze n. 204/2004 e 191/2006). Come noto, la Corte ha censurato l’adozione, da parte del legislatore ordinario del 1998-2000, *“di un’idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell’ordinamento, di un rilevante pubblico interesse”*, laddove *«è evidente che il vigente art. 103, primo comma, Cost., non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare “particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi. «Tale necessario collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall’art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»*, sicché, *«da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo [...] e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo»* (punto 3.2.) (Sent.204/2004)

Così argomentando, la Corte ha, quindi, ribadito l’autonomia e la parità della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria. La prima si radica, per dettato costituzionale inderogabile, in presenza di interessi legittimi, la seconda in presenza di diritti, ma può essere derogata appunto dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nell’esercizio di tale deroga, non è consentita l’attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per “blocchi di materie”, ma deve sempre esserci un collegamento con lo svolgimento di funzioni pubblicistiche, esercitate tramite poteri autoritativi o anche eventualmente avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici. In assenza di tale collegamento, le questioni nascenti da meri comportamenti dell’amministrazione non possono essere devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per il sol fatto che nella vicenda è implicato appunto un’amministrazione pubblica.

Ora alla luce di tali indicazioni, mentre sembrano costituzionalmente compatibili le varie ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti sopra richiamate, proprio per l’esistenza di quella connessione con la funzione pubblica e per

l'assenza di attribuzione per blocchi di materia, la giurisdizione ordinaria sul Garante della Privacy può essere considerata attualmente compatibile con la Costituzione nella misura in cui si ritenga che le questioni che possono sorgere in occasione dell'esercizio di suoi poteri attengano esclusivamente a diritti soggettivi. Tale considerazione, tuttavia, non appare del tutto scontata attesi i poteri del Garante che hanno natura autoritativa e, a volte, anche contenuto sostanzialmente normativo, rispetto ai quali non è detto che sempre e comunque si rintraccino situazioni di diritto soggettivo.

Al di là di tali aspetti, l'attribuzione della cognizione all'uno o all'altro ordine delle giurisdizioni rileva in relazione alla qualità del sindacato esercitato dai diversi giudici che è di spessore e ampiezza diversi.

Nei confronti degli atti del Garante dei dati personali, il giudice ordinario ha mostrato di esercitare una cognizione piena e di merito in unico grado, seguita dall'eventuale controllo di legittimità della Cassazione. Significative, in questo senso sono alcune pronunce² nelle quali esplicitamente si analizza il provvedimento del Garante ri-valutando *ex novo* sia il quadro giuridico della vicenda, sia i fatti storici sui quali il provvedimento è intervenuto. Il giudice ordinario mostra di esercitare una cognizione integrale della controversia e perviene alla sua completa definizione: il giudizio sugli atti del Garante si configura come un vero e proprio giudizio sul rapporto³.

La qualificata indipendenza dell'amministrazione in questo caso non ha inciso sulla natura del sindacato giurisdizionale. Il giudice rivaluta sempre e comunque l'intera fattispecie e non incontra limiti né alla cognizione, né alle sue statuizioni.

Discorso diverso deve essere svolto riguardo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle autorità indipendenti citate.

2. L'elaborazione del giudice amministrativo in ordine alla sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: accertamenti tecnici, valutazioni tecniche e valutazioni tecniche complesse. L'emersione progressiva dell'indipendenza come fattore che determina la natura del sindacato giurisdizionale. La neutralità ed il sindacato giurisdizionale

Si deve riconoscere alla giurisprudenza amministrativa il merito di aver compiuto un'importante elaborazione di rilievo sistematico in ordine alla qualità del sindacato sulle Autorità indipendenti. In particolare, assume un peculiare rilievo la giurisprudenza relativa ai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per numero e spessore argomentativo delle pronunce.

Forse non è un caso che proprio con riferimento agli atti di questa Autorità si sia posto con peculiare vigore il tema del sindacato giurisdizionale. Fin dall'inizio, le imprese soggette ai suoi poteri hanno avvertito una sorta di incompatibilità di fondo tra questi, le situazioni giuridiche soggettive connesse ed il classico sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo. In particolare, la funzione prevalente di aggiudicazione da essa esercitata e la avvertita natura di diritto soggettivo delle situazioni giuridiche soggettive connesse con l'esercizio dei poteri dell'Antitrust hanno indotto a sollevare più volte il tema della natura e dei limiti del sindacato giurisdizionale.

Proprio in virtù di queste sollecitazioni, il giudice amministrativo ha progressivamente elaborato un orientamento che ha innovato le modalità dello scrutinio sulla funzione

² Tribunale di Messina, Sez. I 7 novembre 2005; Cassazione, I, 18 marzo 2008, n.7261.

³ Tribunale di Roma, 12 maggio 2005 è significativo anche nei termini usati. Nella sezione della motivazione dedicata alla valutazione della legittimità del provvedimento, il giudice dopo aver ricostruito fatto e diritto della vicenda afferma: "Pienamente legittimo appare al giudicante, pertanto il comportamento tenuto dal Garante...l'unica misura opportuna per ripristinare la legalità era ed è...". Significativamente ci si esprime in termini di valutazione del *comportamento* e dell'*opportunità* della misura.

amministrativa, il quale è però rimasto espressione di una giurisdizione su ricorso, chiamata a verificare la correttezza dell'esercizio di un potere, piuttosto che la conformità al diritto oggettivo dell'intero rapporto.

La giurisprudenza relativa al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza ha elaborato un modello di sindacato valido anche per le altre autorità⁴: ecco perché è opportuno delinearne compiutamente la fisionomia. I provvedimenti dell'Autorità sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito. L'orientamento è stato esplicitamente delineato dal Consiglio di Stato nella decisione del 14 marzo 2000, n.1348, *Tekal*⁵ e poi successivamente confermato in una serie di pronunce⁶, nelle quali però l'affermazione dell'esistenza del limite alla giurisdizione non risultava ulteriormente circostanziata.

Una vera e propria elaborazione sistematica del tema si trova nella pronuncia n. 2199 del 26 febbraio 2002, *RC AUTO*⁷.

In questa decisione il Consiglio di Stato riconduce il problema del sindacato sui poteri dell'Autorità alla tematica generale del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica. Quest'ultimo, del resto, già da qualche anno, era stato oggetto di un'approfondita rimediazione. Con l'ormai nota decisione della IV Sezione, n. 601 del 9 aprile 1999⁸ era cominciata la riconsiderazione del tradizionale atteggiamento della giurisprudenza amministrativa incline ad escludere la sindacabilità in giudizio della discrezionalità tecnica⁹. La nuova riflessione chiariva che tale locuzione indica piuttosto l'evenienza in cui *“l'amministrazione per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica, cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta”*¹⁰. Questa fattispecie è, in realtà, del tutto estranea al merito amministrativo, in quanto non implica valutazioni di opportunità o ponderazione di interessi. Per tale ragione, allora, non può predicarsi in astratto alcun limite alla cognizione del giudice. La giurisprudenza è da subito ben consapevole che l'applicazione di una regola tecnica può comportare anche valutazioni opinabili, atteso il diverso grado di certezza delle scienze da applicare nei casi concreti. Tuttavia, questa circostanza non ridonda automaticamente in un limite di cognizione: si afferma, infatti, che *“la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma soltanto perché opinabile, in una questione di opportunità”*¹¹. E' interessante osservare che tale mutamento d'indirizzo avviene sulla base di un'analisi del contenuto della nozione di discrezionalità tecnica, così come essa risulta dalle norme che disegnano il rapporto tra i poteri dell'amministrazione e l'impiego della tecnica¹². Non ha, invece, rilievo in questa ricostruzione la natura della situazione giuridica implicata nella

⁴ Con riferimento alla Banca d'Italia, CdS, VI, 13 maggio 2003, n.2533; Tar, Lazio, I, 9 agosto 2005, n.6157; con riferimento all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, CdS, VI, 27 novembre 2001, n.5980; 30 agosto 2002, n.4363; con riferimento alla Consob, Tar Lazio, I, 26 novembre 2002, n.10709.

⁵ Annotata da N. Belvedere e H. Rocchio, in *Consiglio di Stato*, 2001, P.II, 2145.

⁶ Decisioni n.652, del 12 febbraio 2001, *Universal Music Italia* e altri; n.1671 del 20 marzo 2001, *Riello Bruciatori* e altri; n. 4118 del 26 luglio 2001, *Sicurezza Notturna*; n.5733 dell'8 novembre 2001, *Cooperativa Vigilanza Sardegna*.

⁷ Annotata in questa rivista da N. Rangone fasc. 4/2002.

⁸ Annotata, tra i molti, da A Travi, in *Foro It.*, 2001, fasc.I, Parte III, p.9.

⁹ Esempio significativo di questo atteggiamento, è la decisione della sezione VI, del 9 agosto 1986, n.630, pubblicata in *Foro it.*, 1987, Parte III, pag.11. In essa si afferma espressamente che il potere di imposizione del vincolo d'interesse artistico e letterario, in quanto si risolve nell'esercizio di attività tecnico-discrezionale rientra nel merito dell'azione amministrativa e come tale non è sindacabile da parte del giudice amministrativo.

¹⁰ decisione n. 601 del 1999, citata alla nota 5.

¹¹ decisione da ultimo citata.

¹² Secondo la classica impostazione di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, 161 e ss.

fattispecie¹³. Tale prospettiva metodologica si mantiene sostanzialmente invariata nella giurisprudenza successiva che affronta il problema in generale e in quella che lo esamina con particolare riferimento ai provvedimenti dell'Autorità¹⁴. Questo iniziale mutamento giurisprudenziale è stato poi accompagnato, e in un certo senso convalidato, da alcune innovazioni legislative che hanno inciso direttamente sul piano processuale, ma con un'evidente valenza sostanziale. Si tratta dell'introduzione della consulenza tecnica prima nella sola giurisdizione esclusiva (DLgs. 31 marzo 1998, n. 80) e poi anche nella giurisdizione generale di legittimità (Legge 21 luglio 2000, n.205).

La giurisprudenza non tarda a cogliere l'importanza di tali innovazioni e sulla base di esse consolida l'orientamento tendente ad ammettere la sindacabilità della valutazione tecnica¹⁵, a tale scopo introducendo anche una terminologia specifica. Tuttavia, la medesima giurisprudenza, allo stesso tempo, individua nel genere delle valutazioni tecniche l'esistenza di una specie che le norme sembrano tendenzialmente riservare all'Amministrazione. Così, secondo tale approccio, con *accertamento tecnico* si indica l'ipotesi in cui la conoscenza specialistica, che la norma esige di applicare nella specie, "è suscettibile di tradursi in una legge scientifica universale, caratterizzata dal requisito della certezza, nei limiti connotati alle basi epistemologiche di ogni conoscenza". In tale eventualità la cognizione del giudice non dovrebbe incontrare restrizioni di sorta. Alle *valutazioni o apprezzamenti tecnici* invece corrisponde l'ipotesi in cui la scienza o la particolare tecnica da applicare non siano assistite dalla qualità della certezza o quanto meno da quella elevata probabilità prossima alla certezza, tipica delle moderne discipline causalistiche. Anche in questi casi, "il tasso più o meno elevato di opinabilità del giudizio" non implica di per sé la circostanza che si sia in presenza di un insindacabile apprezzamento dell'interesse pubblico. Ne consegue che il sindacato del giudice può spingersi fino ad un vero e proprio controllo *intrinseco*, teso alla "verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo".

D'altro canto, l'analisi delle positive fattispecie normative mostra che possono presentarsi evenienze in cui è oggettivamente difficile distinguere i profili di mera discrezionalità tecnica, nel significato ora chiarito, da veri e propri aspetti di valutazione discrezionale nel senso classico, che devono continuare ad essere riservati all'Amministrazione. Infatti, in tali ipotesi si sarebbe in presenza di particolari competenze attribuite dalla legge all'Amministrazione per la tutela di "valori costituzionali speciali" a fronte dei quali la funzione giurisdizionale incontra dei limiti. Con tali ultime affermazioni, sembra quasi che il Consiglio di Stato avesse voluto ristabilire un ambito di valutazione esclusivamente riservata all'Amministrazione, sebbene circoscritto alle particolari ipotesi ora illustrate.

In realtà, una decisione successiva¹⁶ ha chiarito il senso di quelle affermazioni, escludendo che fosse stata reintrodotta una preclusione assoluta al controllo giurisdizionale ed affermando soltanto l'impossibilità di ammettere un sindacato con poteri sostitutivi. Secondo quest'ultimo

¹³ Nello studio del sindacato giurisdizionale sui poteri dell'Autorità valorizza la natura della situazione giuridica implicata P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità tecnica*, Padova, 2001.

¹⁴ Si può segnalare l'incidentale qualifica come interessi legittimi delle situazioni giuridiche incise dai provvedimenti dell'Autorità, contenuta nella decisione n.4001 del 2002, *Coca cola*, citata alla nota 4, in contrasto con un *obiter dictum* della Cassazione, I Sez., sentenza del 20 maggio 2002, n.7341, pubblicata in *Foro it.*, ottobre 2002, 2680, che parla invece di diritti soggettivi.

¹⁵ Emblematica di questo momento è la decisione della V sezione del 5 marzo 2001, n.1247, nella quale si legge una sintesi dei risultati raggiunti e dei problemi aperti dal nuovo indirizzo, con riferimento alla valutazione tecnica delle offerte anomale. Le citazioni seguenti nel testo sono tratte da questa decisione.

¹⁶ Si tratta della decisione della IV Sezione, n. 5287 del 6 ottobre 2001, cui si riferiscono le citazioni nel testo, pronunciata con riferimento ad un vincolo idrogeologico.

orientamento, l'indice dell'esistenza di un potere tendenzialmente riservato all'Amministrazione risiede proprio nella stretta connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito, che si ritrova in particolare nella definizione dei c.d. *“concetti giuridici indeterminati”*. Come già avevano messo in rilievo le precedenti pronunce, si tratta di ipotesi in cui tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell'interesse pubblico vi è contestualità logica e cronologica: valutazione tecnica e ponderazione di interessi *“appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario”*.

Tale difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità e opportunità amministrativa si accentua in presenza di interessi di rango primario, che sarebbero destinati a prevalere nel bilanciamento con l'interesse del ricorrente a contestare l'atto amministrativo e per la tutela dei quali il legislatore ha previsto la competenza di particolari articolazioni dell'Amministrazione *“dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica”*. In relazione a queste ipotesi, che vengono definite *“valutazioni tecniche complesse”*, non sarebbe ammissibile un controllo giurisdizionale di *“tipo forte”*, che arrivi cioè fino alla sostituzione dell'accertamento giurisdizionale alla decisione amministrativa, ma soltanto un controllo di *“tipo debole”*, secondo il paradigma classico dell'eccesso di potere, sia pure scrutinato anche alla luce dei lumi forniti al giudice dal consulente tecnico d'ufficio.

I risultati a cui queste pronunce pervengono possono essere così sintetizzati. La presenza di una *valutazione tecnica* non implica di per sé che vi sia un regime speciale di insindacabilità. Il giudice amministrativo ha il potere di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, ivi compresi i processi conoscitivi seguiti dall'Amministrazione che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica, a tale scopo potendosi avvalere di tutte le conoscenze tecnico specialistiche, grazie alla consulenza tecnica d'ufficio. Tuttavia, a fronte di norme che implicino la definizione di concetti giuridici indeterminati, che non distinguano chiaramente il momento della valutazione tecnica da quello dell'opportunità amministrativa e che attribuiscono una competenza ad una particolare articolazione della pubblica amministrazione, caratterizzata da una peculiare qualificazione tecnica, allo scopo ultimo di dare tutela ad interessi di rilevanza primaria - *valutazioni tecniche complesse* - emerge un ambito di valutazione tendenzialmente riservato all'Amministrazione, in relazione al quale il giudice può certamente esercitare un controllo di logicità e ragionevolezza, eventualmente condotto alla luce della conoscenza tecnica, senza però mai sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione. Nei confronti delle *“valutazioni tecniche complesse”*, non sarebbe ammissibile un controllo giurisdizionale di *“tipo forte”*, che arrivi cioè fino alla sostituzione della decisione amministrativa con la decisione del giudice, ma soltanto un controllo di *“tipo debole”*, scrutinato anche alla luce dei lumi forniti al giudice dal consulente tecnico d'ufficio¹⁷. In questo contesto, l'istituto della consulenza tecnica d'ufficio trova la propria ragion d'essere ed i limiti di ammissibilità. Tale mezzo istruttorio potrà essere utilizzato anche nel sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti per l'accertamento, sotto il profilo tecnico, di un ben individuato presupposto del fatto o, comunque, potrà essere finalizzato ad ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico-specialistici (ben delimitati nel quesito) appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva difficoltà. Ciò che, invece, appare assolutamente non ammissibile è *“far ripercorrere dal consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti al sindacato giurisdizionale”*.

Questi criteri di sindacato, elaborati con riferimento a fattispecie diverse quali, ad esempio, il vincolo idrogeologico o la valutazione delle offerte anomale, vengono applicati anche al giudizio sugli atti delle autorità indipendenti.

¹⁷ Le espressioni tra virgolette che precedono sono tratte dalla citata decisione n. 5287 del 2001.

Diversa è, invece, l'ampiezza del sindacato giurisdizionale con riferimento alle sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità. In questo caso, la testé riconosciuta natura “debole” del sindacato giurisdizionale cede il passo al controllo di tipo “forte”, nel senso sopra richiamato. Il Consiglio di Stato afferma, infatti, che *“la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 della Costituzione)”*.

Dunque, i punti fermi stabiliti da questo orientamento possono essere così sintetizzati: non esiste più alcuna preclusione per il giudice amministrativo ad accedere direttamente al fatto oggetto del giudizio; non vi sono preclusioni a che il giudice conosca anche della valutazione tecnica dell'amministrazione e la sottoponga a controllo alla stregua dei parametri tecnici, eventualmente illustrati dal consulente tecnico; solo, in presenza delle valutazioni tecniche complesse, pur essendo possibile un sindacato sulla correttezza tecnica della stessa e, dunque, pur essendo possibile l'accertamento del vizio di legittimità della valutazione amministrativa per difformità dal parametro tecnico, il giudice non può sostituire con la sua pronuncia l'accertamento amministrativo; infine, con riferimento all'irrogazione della sanzione pecuniaria, tale potere sostitutivo sussiste, potendo il giudice modificare in tutto e per tutto la decisione amministrativa sul punto.

Sia avendo riferimento agli atti diversi dalle sanzioni, sia guardando a queste ultime, siamo evidentemente in presenza di un sindacato ormai lontano dal classico modello di controllo giudiziale di legittimità sull'attività amministrativa, dotato di una particolare intensità, ma che pur sempre riconosce l'esistenza di un limite.

E' importante osservare che secondo questa ricostruzione l'intensità del sindacato varia a seconda del tipo di potere esercitato¹⁸: nel caso del potere sanzionatorio è pieno, sugli altri poteri, conosce i limiti segnalati.

L'orientamento in esame è stato confermato dalla giurisprudenza successiva. In particolare, si è chiarito che con l'espressione *“sindacato debole”* si è inteso solo significare un limite alla statuizione finale del giudice, il quale dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'autorità in base a regole tecniche anch'esse sindacabili, se ritiene le valutazioni dell'autorità corrette, ragionevoli proporzionate ed attendibili non deve spingersi oltre e sostituire le proprie autonome scelte opinabili a quelle dell'amministrazione che è titolare del potere. Con riferimento alle sanzioni pecuniarie viene poi ribadito che il sindacato si atteggia in modo diverso, potendo spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'autorità anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione¹⁹.

Si deve sottolineare che le ragioni del limite al sindacato del giudice – inteso come limite alla statuizione - sono individuate non solo nella struttura logica della norma attributiva della competenza – concetto giuridico indeterminato e sovrapposizione tra opinabilità tecnica e opportunità amministrativa – ma anche nella particolare modalità di tutela dell'interesse coinvolto scelta dal legislatore. *“L'indice dell'assenza del potere sostitutivo del giudice deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 della Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e*

¹⁸ La motivazione pone espressamente su piani diversi *“le sanzioni di carattere ripristinatorio (diffida) [che] conseguono necessariamente all'accertamento dell'infrazione, [e] le sanzioni pecuniarie [che] vengono applicate dall'Autorità in presenza dell'elemento della gravità dell'infrazione (art. 15, comma, 1, della legge n. 287/90)”* le prime sarebbero espressione di discrezionalità tecnica le seconde invece sono espressione di un potere di natura essenzialmente punitiva di fronte al quale esiste il diritto del privato e dunque il sindacato pieno del giudice, come chiarito nel testo, CdS n.2199/02.

¹⁹ CdS, VI, 2 marzo 2004, n.926.

qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza” CdS, VI, n.2199/02.

Il tema della connessione tra sindacato giurisdizionale e indipendenza viene poi esplicitamente affrontato dal Consiglio di Stato²⁰, il quale nel confermare le caratteristiche del sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti, ulteriormente precisa che le stesse acquistano una *speciale rilevanza* a proposito delle *valutazioni tecniche complesse* svolte dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Queste ultime, si caratterizzerebbero per il fatto che *“la valutazione dell’interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata, considerando il modo in cui la legge ha configurato l’Autorità, i suoi poteri ed i suoi provvedimenti, al di fuori del circuito dell’indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell’esercizio di poteri neutrali”*. Con tale scelta legislativa, ritengono i Supremi Giudici amministrativi, si è inteso predisporre *“una speciale garanzia per le situazioni soggettive costituzionalmente garantite, connesse con la tutela della concorrenza...Tale garanzia, voluta dal Legislatore, caratterizza anche la fase della tutela giurisdizionale e dei relativi accertamenti, ed essa viene assicurata attraverso un sindacato giurisdizionale realizzato nelle forme del controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza, anche sotto il profilo del rispetto delle regole tecniche, e dei presupposti di fatto posti a fondamento della valutazione”*.

In sostanza, ciò che emerge è che il limite al sindacato del giudice nei confronti dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza risiede, oltre che nel fatto che si è in presenza di *“valutazioni tecniche complesse”*, secondo il significato specifico sopra chiarito, nella circostanza che queste ultime sono svolte *al di fuori del circuito dell’indirizzo politico*²¹ e nell’esercizio di *poteri neutrali*.

E’ la prima volta che il giudice amministrativo nel qualificare le funzioni dell’Autorità si esprime in termini di esercizio di *“potere neutrale”* e, per tale ragione, il suo impiego non si presta a letture univoche. Del resto, si tratta di un’espressione assai suggestiva che richiama tematiche generali relative a modelli di organizzazione dello Stato, sorti in epoche e luoghi differenti e non sempre rispondenti alle medesime esigenze²².

L’espressione è suggestiva, ma anche problematica, proprio nel momento in cui la pronuncia individua in tale *neutralità* una ragione specifica del limite al sindacato del giudice. Non è esplicitato, infatti, il motivo per cui la *speciale garanzia* attribuita dalla legge alle situazioni giuridiche, costituzionalmente protette, connesse con la tutela della concorrenza e consistente nell’aver sottratto chi se ne occupa al circuito dell’indirizzo politico implichi anche che il giudice, istituzionalmente competente a dare tutela alle situazioni giuridiche soggettive, debba limitarsi. In fondo, anche il giudice è sottratto a tale circuito, essendo egli soggetto soltanto alla legge.

Un’ipotesi ricostruttiva può allora essere così delineata. Il significato della neutralità non si esaurisce soltanto nell’estraneità rispetto al circuito dell’indirizzo politico. Esso deve essere connotato con il necessario riferimento al fatto che il potere dell’Autorità si caratterizza non tanto per la gestione e cura concreta di interessi pubblici, secondo il modulo classico dell’attività

²⁰ CdS, VI, 1 ottobre 2002, n.5156.

²¹ Con tali affermazioni il Consiglio di Stato implicitamente, ma inequivocabilmente, muta il proprio indirizzo, espresso in sede consultiva, secondo cui, pur godendo l’Autorità di ampi margini di indipendenza nei confronti dell’Esecutivo, comunque non era da considerare *“avuls[a] dall’indirizzo politico espresso dagli organi ordinari nelle forme previste dalla Costituzione (art.94 e 95 della Costituzione), secondo i raccordi procedurali stabiliti dalla legge n.287/90”* (CdS, I Sezione, n.988/97).

²² Una panoramica generale può leggersi in, M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; un approfondito approccio comparatistico, con riferimento all’esperienza statunitense delle *independent regulatory commissions*, si trova in L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell’ordinamento U.S.A.*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1997.

amministrativa, quanto per la valutazione di fattispecie concrete alla stregua di parametri fissati dalla legge, secondo lo schema logico del sillogismo giudiziario. In questo quadro, la neutralità del potere deriva allora sia dalla posizione istituzionale dell’Autorità, sia dal tipo e dalle modalità di esercizio delle sue competenze.

Il potere neutrale dell’Autorità si sostanzia nella formulazione di giudizi, sulla base di concetti giuridici indeterminati, la cui definizione nel caso concreto è dalla legge rimessa alla sua *expertise*. A fronte dell’esercizio di un simile potere, il giudice non può interferire, sovrapponendo integralmente la propria valutazione del caso concreto a quella formulata dall’Autorità. In altre parole, la legge determina la regola ed i criteri applicativi, ma ne delega la definizione ultima nelle concrete fattispecie ad un’amministrazione, con le caratteristiche d’indipendenza e qualificazione tecnica più volte richiamate. Ne consegue che il giudice non può che limitarsi ad esercitare su tale particolare attività d’individuazione del precetto nel caso concreto un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza, per il resto dovendo egli stesso riconoscere il qualificato giudizio tecnico-neutrale dell’Autorità.

E’ dubbio se tale ultima affermazione sulla neutralità come carattere diverso dalla indipendenza possa essere estesa anche ad altre Autorità, specialmente quelle cui la legge attribuisce mediante norme di mera competenza il compito di regolare interi settori, individuando gli scopi generici della regolazione e non indicando il criterio per stabilire la ponderazione tra i vari interessi pubblici e privati coinvolti.

In conclusione, emerge da quanto detto una chiara indicazione della giurisprudenza del giudice amministrativo nel senso di stabilire un rapporto stretto tra la posizione di indipendenza – o addirittura di neutralità – e la qualità del sindacato giurisdizionale. Questo si configura come un sindacato di legittimità penetrante, sostanzialmente più intenso dal classico sindacato del giudice amministrativo, ma comunque sempre espressione di una giurisdizione di controllo e non di una giurisdizione sul rapporto.

3. Considerazioni finali

Le considerazioni che precedono hanno messo in luce un assetto articolato del controllo giurisdizionale sulle autorità indipendenti. Vi sono due modelli di sindacato a seconda di quale sia il giudice chiamato ad esercitare la giurisdizione. Il giudice ordinario esercita una piena cognizione, non incontra limiti nelle sue statuizioni e non sembra che il dato dell’indipendenza possa influire sulle caratteristiche del sindacato. Il giudice amministrativo, invece, esercita una giurisdizione su ricorso: controlla l’esercizio della funzione pubblica. I confini di questa giurisdizione sono stati sempre più ampliati nel corso del tempo; resta, tuttavia, il limite alla statuizione che non può mai essere sostitutiva della decisione amministrativa: nel concreto tale confine è piuttosto labile e comunque difficilmente controllabile. Il giudice amministrativo, inoltre, riconosce una peculiare valenza all’indipendenza dell’amministrazione soggetta a sindacato giurisdizionale. La peculiare indipendenza richiede, in questa visione, un sindacato giurisdizionale rispettoso della posizione istituzionale.

Questo assetto complessivo non è spiegabile semplicemente in termini di diversità delle situazioni giuridiche soggettive implicate. L’espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata limitata solo marginalmente dalla Corte costituzionale, con la conseguenza che su vasti settori nei quali intervengono le amministrazioni indipendenti, anche in presenza di diritti soggettivi, il sindacato giurisdizionale si atteggia secondo le predette modalità.

Emerge da questa ricostruzione che il criterio della situazione giuridica soggettiva implicata in realtà non appare più decisivo per dirimere la giurisdizione e soprattutto per individuare anche il tipo di sindacato giurisdizionale più adatto.

Indipendentemente dal problema dell'attualità e della coerenza del riparto di giurisdizioni, che meriterebbe ben altra trattazione e che comunque pregiudica, come abbiamo visto, anche il tema più ristretto del sindacato sulle autorità indipendenti, occorre osservare che l'intuizione del giudice amministrativo sopra ricordata andrebbe forse attentamente considerata e dovrebbe essere ulteriormente sviluppata. In particolare, nel momento in cui la legge affida a queste autorità, dotate appunto di una peculiare posizione nell'ordinamento, il compito di regolare i settori sottoposti alla propria vigilanza, il controllo giudiziario non può spingersi fino a sostituire integralmente la decisione dell'amministrazione. Deve trattarsi di un controllo di legittimità il cui oggetto resta il modo di esercizio della funzione, sebbene condotto alla luce degli strumenti più sofisticati che la giurisprudenza stessa ha elaborato. Altrimenti, il ruolo della giurisdizione rischia di esorbitare dai limiti istituzionali, con il compimento da parte del giudice di scelte di merito che la legge vuole siano riservate a queste particolari amministrazioni, a ciò istituite.

Diversamente, nel caso in cui tali amministrazioni agiscono per decidere questioni concrete alla luce di parametri legali prefissati. In questo caso, indipendentemente dal plesso giudiziario chiamato ad esercitare la giurisdizione, il sindacato deve essere pieno: l'indipendenza dell'amministrazione non può mai giustificare nessuna preclusione alla tutela dei diritti.

A tali esiti auspicabili non sembra sia opportuno pervenire mediante interventi normativi. E' più opportuno lasciare che la giurisprudenza o meglio le giurisprudenze si assestino progressivamente anche grazie al dibattito scientifico.