

# ***LA DISCREZIONALITA' TECNICA TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO***

***«Limiti e nuove prospettive del sindacato sulla  
discrezionalità tecnica alla luce di Cons. Stato,  
sez. VI., sent. 19 luglio 2019, n. 4990»***

***Materiale didattico curato e aggiornato da:***

***Dott. Michele Magi***

*Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, Urbanistico e dell'Ambiente presso l'Università degli  
Firenze*

*Specialista in Attività Amministrative del Comune di Fiesole (FI)*

*Studi di*

# La sentenza del Cons. Stato, sez. VI., 19 luglio 2019, n. 4990

Con la sentenza n. 4990 del 19 luglio 2019 il Consiglio di Stato ha confermato la sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nei confronti dei gruppi La Roche e Novartis. Il Giudice Amministrativo, nell'accogliere la ricostruzione prospettata dall'AGCM, in particolare:

- ha riscontrato la violazione dell'art. 101 TFUE, nonché dell'art. 2 della Legge n. 287/1990 ravvisando un'intesa restrittiva della concorrenza nella forma meno esplicita delle pratiche concordate
- ha dichiarato legittime le sanzioni amministrative pecuniarie contestate, ammontanti rispettivamente a € 90.539.369 ed € 92.028.750

## La fattispecie concreta di illecito antitrust:

Il Giudice ha constatato che «attraverso incontri diretti e scambi di messaggi», è stata messa in atto una concertazione «pervasiva e continuata», contraria all'art. 101, lettera c), del TFUE, volta a ottenere una «differenziazione artificiosa» dei farmaci Avastin e Lucentis, «manipolando la percezione dei rischi dell'uso in ambito oftalmico di Avastin» (maculopatia senile).

L'intesa avrebbe «mirato a ridurre la domanda, e quindi le quantità vendute, di un prodotto meno costoso (Avastin, pari a **€ 81,64 per iniezione**) a favore del più costoso prodotto concorrente (Lucentis, inizialmente pari a **€ 1.100 ad iniezione**, e poi sceso a € 902 dal novembre 2012), attraverso il condizionamento dei soggetti responsabili delle scelte terapeutiche».

Genentech, società biotecnologica controllata del gruppo Roche, aveva elaborato i principi attivi di due diversi farmaci Avastin e Lucentis. Il primo, concesso da Genentech in licenza d'uso alla propria controllante Roche, ha ottenuto l'Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC) nel 2005 per la cura delle malattie oncologiche, mentre il secondo, rivolto al trattamento di determinate patologie oftalmiche ha ottenuto l'AIC nel 2007.

Nei due anni intercorsi fra le 2 autorizzazioni dei farmaci in questione, si era diffuso l'uso del primo di essi (Avastin) anche in ambito oftalmologico, in particolare proprio per la cura della maculopatia senile. Tale utilizzo avveniva off-label, cioè al di fuori della destinazione terapeutica che era indicata nel suddetto provvedimento autorizzatorio, nell'ambito del quadro normativo inerente tale fenomeno.

## **La fattispecie concreta di illecito antitrust:**

Nel frattempo la Genentech aveva concesso in licenza i diritti di commercializzazione esclusiva del farmaco Lucentis a Novartis.

Una volta messo in commercio quest'ultimo farmaco, l'obiettivo di massimizzare i rispettivi introiti sarebbe derivato: nel caso del gruppo Novartis, dalle vendite dirette di Lucentis e dalla partecipazione del 33% detenuta in Roche; nel caso del gruppo Roche, dalle royalties ottenute sulle stesse tramite la propria controllata Genentech.

Tale strategia sarebbe stata posta in essere «nonostante le imprese fossero consapevoli della scarsità e discutibilità dei dati sugli eventi avversi derivanti dall'uso off-label di Avastin».

*Tematiche d'interesse che emergono dalla sentenza*

- **La normativa richiamata sulla commercializzazione dei farmaci attiene al bilanciamento tra l'accesso all'assistenza sanitaria garantito nel modo più ampio possibile dalla portata precettiva dell'art. 32 della Cost. e la necessità di fare i conti con risorse scarse mantenendo la sostenibilità finanziaria dei costi del SSN.**
- **I rapporti tra diritto e tecnica e il tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione.**

### Tematiche d'interesse che emergono dalla sentenza

Il tema centrale della riflessione, infatti, è sempre quello di trovare il giusto punto di equilibrio tra il principio di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela (artt. 24, 103 e 113 Cost., artt. 6 e 13 della CEDU) da una parte e il principio di separazione dei poteri (artt. 1 e 97 Cost., con il quale tradizionalmente viene giustificata la riserva di valutazione in capo alla pubblica amministrazione) dall'altra.

# Il Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: diverse teorie..

## 1. SINDACATO ESTRINSECO

Secondo un'antica dottrina, la discrezionalità tecnica non si differenzia da quella amministrativa sotto il profilo del controllo giurisdizionale: sarebbe consentito al Giudice di verificare la sussistenza del vizio di eccesso di potere soltanto nei casi più macroscopici, sotto la forma dell'errore manifesto, applicando la sensibilità dell'uomo medio (**sindacato c.d. estrinseco**), oppure ricorrendo alle figure sintomatiche utilizzate dalla giurisprudenza per il sindacato della discrezionalità pura.

- Concezione influenzata dalla primigenia struttura cassatoria del processo amministrativo che, contando su di un ridottissimo ventaglio di strumenti istruttori, non poteva che incentrare l'indagine probatoria sulle sole modalità mediante le quali era stata compiuta l'istruttoria nel procedimento amministrativo.

- Tali affermazioni sono state parzialmente superate dall'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, sviluppatosi soprattutto grazie all'introduzione nel novero dei mezzi istruttori a disposizione del G.A. della consulenza tecnica d'ufficio, ai sensi dell'art. 16 L. 21 luglio 2000, n. 205.

## Il Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: diverse teorie..

### 2. SINDACATO INTRINSECO DEBOLE

Le valutazioni connotate da discrezionalità tecnica sarebbero sindacabili dal G.A. soltanto nel caso in cui si palesino manifestamente indici sintomatici dell'eccesso di potere, quali travisamento, irragionevolezza e illogicità della procedura di valutazione, ma il tipo di sindacato che il giudice è chiamato a esercitare su tali valutazioni non è più di tipo estrinseco, ma **intrinseco**, potendo egli rivisitare in via diretta e immediata, tramite l'utilizzo degli stessi mezzi e degli stessi criteri tecnici adoperati dalla P.A., il procedimento di valutazione, in modo tale da verificarne la correttezza e l'attendibilità.

In tal modo, il sindacato giurisdizionale appare sicuramente più penetrante e rispettoso del principio di effettività di tutela del privato, ma rimane sempre un sindacato di tipo "debole", ossia limitato alla mera verifica da parte del Giudice Amministrativo della congruità delle valutazioni tecniche, facendo utilizzo dei criteri suggeriti dal C.T.U. in sede istruttoria. Nel caso in cui il Giudice accerti il cattivo esercizio del potere discrezionale tecnico, deve limitarsi ad annullare l'atto discendente dalla valutazione tecnica e demandare alla P.A. il riesercizio corretto del potere.

## Il Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: diverse teorie..

### 3. SINDACATO INTRINSECO FORTE O SOSTITUTIVO

«La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto “libero” dell’apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”». (Cons. Stato, sez. VI., 19 luglio 2019, n. 4990 par. 1.5)

# RAGIONI A SOSTEGNO DELLA TESI DEL SINDACATO SOSTITUTIVO

## LA DISTINZIONE TRA ACCERTAMENTO DEI PRESUPPOSTI E PONDERAZIONE DEGLI INTERESSI

Molte fattispecie di potere amministrativo si possono scomporre in 2 momenti ontologicamente e cronologicamente distinti: quello dell'accertamento dei **“presupposti di fatto”** e quello della **“decisione amministrativa”** vera e propria (per citare l'art. 3 della L. 241/1990). Solo in questo secondo momento si ha quel bilanciamento tra l'interesse pubblico in astratto e gli altri interessi in gioco, che porta all'identificazione dell'interesse pubblico in concreto, al cui interno risiede il nocciolo duro del merito della decisione riservato all'amministrazione.

In sostanza, la valutazione tecnica attiene alla fase prodromica a quella dell'esercizio del potere (la ponderazione degli interessi) e si risolve nell'apprezzamento e qualificazione dei fatti cui la norma fa rinvio.

# **RAGIONI A SOSTEGNO DELLA TESI DEL SINDACATO SOSTITUTIVO**

## **LA GIURIDICIZZAZIONE DELLE NORME TECNICHE**

Questa concezione si innesta sulla la teoria dei concetti giuridici indeterminati, accolta per la prima volta dal Consiglio di Stato con la sentenza 601/1999, secondo cui il sindacato su nozioni tecniche richiamate da norme giuridiche si risolve in una questione di interpretazione delle norme giuridiche stesse (nelle quali le norme tecniche vengono ad essere “incorporate” e quindi “giuridicizzate”), attività affidata dal Costituente, in ultima battuta, al potere giudiziario.

## OBIEZIONE: L'AMMINISTRAZIONE E' IL SOGGETTO PIU' IDONEO A COPMPIERE LE VALUTAZIONI TECNICHE IN QUANTO INSERITO NEL CIRCUITO DEMOCRATICO

Tesi del Prof. Carlo Marzuoli: la pubblica amministrazione sarebbe più idonea del giudice a scegliere tra diverse soluzioni opinabili, in quanto tale tipologia di scelta non può che basarsi su valori e solo la pubblica amministrazione ne è portatrice, in quanto espressione indiretta della sovranità popolare.

Qualora invece fosse il giudice a decidere, a prevalere sarebbero i valori del ceto professionale cui appartiene il tecnico.

A tale autorevole ricostruzione può tuttavia obbiettarsi che **non tutta la pubblica amministrazione è riconducibile al principio di legittimazione popolare** – è proprio il caso delle autorità amministrative indipendenti.

Inoltre, se si accoglie la ricostruzione secondo cui una valutazione tecnica è davvero cosa distinta da una ponderazione del pubblico interesse, allora essa deve essere compiuta sulla base del solo sapere specialistico, senza che rilevino i valori di stampo democratico.

## LA PECULIARE NATURA DEL POTERE SANZIONATORIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Un altro elemento fortemente enfatizzato dalla sentenza 4990/2019 consiste nella considerazione che le sanzioni amministrative in senso stretto sono inflitte nell'esercizio di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi. Sul piano funzionale, si tratta infatti di un potere equivalente a quello del giudice penale.

Sul parallelismo tra diritto criminale e potere amministrativo sanzionatorio cfr. **C. eur. dir. uomo, Seconda Sezione, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010 in relazione all'art. 6 CEDU.**

Anche autorevole dottrina penalistica (Prof. Mantovani) parlando del generale sistema del diritto punitivo vi ricomprende il «diritto punitivo amministrativo» o, «con denominazione già in uso, diritto penale amministrativo» (F. Mantovani, *Diritto Penale - parte generale*, 2<sup>a</sup> Edizione, CEDAM, Padova 1988, p. 929).

## **LA PECULIARE NATURA DEL POTERE SANZIONATORIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

Anche la legge generale in materia sanzioni amministrative del 24 novembre 1981, n. 689 (direttamente applicabile, nei limiti della compatibilità, al procedimento sanzionatorio del caso in esame) detta una serie di principi chiaramente ispirati alla materia penale.

Se si accetta anche questa ricostruzione, l'accertamento degli illeciti e l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, ivi compresi i compiti di vigilanza delle Autorità Amministrative Indipendenti devono essere configurati come attività di accertamento della corretta applicazione delle norme di legge, con la produzione delle quali il legislatore ha già definito il bilanciamento tra gli interessi ad esse sottesi.

## **ECCEZIONI AL SINDACATO SOSTITUTIVO?**

La sostituibilità delle valutazioni tecniche ad opera del Giudice Amministrativo dovrebbe in sostanza diventare la regola, con la sola eccezione dell'irripetibilità delle prove orali degli esami e concorsi pubblici, in adesione alle osservazioni del Prof. Cerulli Irelli, secondo cui tali fattispecie sono strutturalmente irripetibili perché irripetibile è l'episodio della vita cui sono connesse.

Oggi, tuttavia, con gli esami e i concorsi interamente svolti mediante strumenti informatici o digitali, anche questo limite potrebbe essere rimesso in discussione (si vedano gli artt. 247 e ss. del D.L. 34/2020 c.d. Rilancio).

## **UNA QUESTIONE ANCORA APERTA**

**Sarà davvero questa la nuova frontiera su cui si muoverà il giudice amministrativo nei confronti della c.d. discrezionalità tecnica delle PP.AA.?**

**Ai posteri l'ardua sentenza..**

**Grazie per l'attenzione**