

BIAGIO GILIBERTI

Professore straordinario di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Telematica Pegaso
bgiliberti@gop.it

L'ἐκλέγειν NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

TRA SEPARAZIONE DEI POTERI E SOVRANITÀ DELL'INDIVIDUO

THE ἐκλέγειν IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS BETWEEN SEPARATION OF POWERS AND THE SOVEREIGNTY OF THE INDIVIDUAL

SINTESI

Il saggio si propone quale compito quello di comparare sistemi normativi in materia di sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo allorché quest'ultimo sia chiamato a giudicare vicende di potere amministrativo connotate da discrezionalità (sia pura che tecnica). Si tratta di un'indagine storiografica in quanto finalizzata a rapportare le previsioni in materia di controllo delle corti amministrative rinvenibili nel vigente codice del processo amministrativo con l'impianto normativo frutto, all'unisono, della legge per l'unificazione del regno d'Italia e (primariamente) della successiva l. Crispi.

L'intento è quello di verificare quale e quanto significativa sia stata l'evoluzione della legislazione, sotto il profilo dei poteri cognitivi che di quelli decisori, prestando, al contempo, attenzione particolare all'impianto dommatico posto a supporto delle riletture volta a volta prospettate. Ciò con l'obiettivo di verificare quali siano state le evoluzioni della legislazione e quale impatto esse abbiano avuto sulle ricostruzioni teoriche del processo amministrativo.

In quest'ottica, è apparso indispensabile che la riflessione si confrontasse anche con la giurisprudenza della Corte Europea per i diritti umani ed, in particolare, con quella in materia di *full jurisdiction* che si è occupata specificatamente di processo amministrativo, sotto il profilo, per un verso, dei termini e condizioni a che il giudice abbia accesso e si formi un convincimento in merito ai fatti, per altro, dell'ampiezza dei suoi poteri di definizione del rapporto giuridico contro-verso.

L'analisi compiuta evidenzia come alle evoluzioni normative che hanno interessato il processo amministrativo non è conseguita una rivisitazione degli intendimenti teorici. Piuttosto, è stata confermata la narrazione dell'esistenza del merito amministrativo, quale porzione dell'agire immune dal potere di controllo dei giudici, inteso quale luogo oleografico inaccessibile al sindacato giurisdizionale, in cui la pubblica amministrazione si muove liberamente.

Non sembra un caso, allora, che anche la struttura del processo, sia pure assai diversa da quella originaria di puro giudizio demolitorio, continui ad incontrare

il limite della discrezionalità, nel senso che il potere del giudice di dettare la regola finale del rapporto amministrativo controverso resta confinata alle ipotesi di discrezionalità inesistente o esaurita.

Un rinnovato intendimento della centralità del ruolo della persona umana negli equilibri istituzionali tra giudici ed amministrazioni, tuttavia, sembra suscettibile di offrire prospettive in parte differenti, perché inevitabilmente valorizza la natura esecutiva sia della funzione giudiziale che di quella amministrativa, ambedue funzionali a garantire il pieno godimento dei diritti individuali.

Sotto il profilo teorico, in particolare, si rende possibile affermare che, in nome della sovranità della persona, non esistono zone dell'agire amministrativo inaccessibili al controllo dei giudici; il quale, tuttavia, per sua natura, resta un controllo giuridico, incontrando il limite dell'opinabilità.

Sotto il profilo operativo, si rende possibile pensare ad ipotesi, ulteriori rispetto all'attuale giurisdizione di merito, in cui, pur essendo l'azione amministrativa connotata da margini di discrezionalità, sia cionondimeno possibile che la regola del rapporto amministrativo controverso venga definita in giudizio.

ABSTRACT

The essay is aimed at comparing the legal frameworks of judicial control of the administrative judge on administrative discretion. It is primarily a historiographical investigation since it compares the provisions about the power of control of the administrative courts as currently regulated by the Italian code of administrative process with the legal framework resulting jointly from the law for the unification of the Kingdom of Italy and (primarily) the following so-called *legge Crispi*.

The aim of the essay is to verify what and how significant the evolution of legislation has been, both in terms of cognitive and decision-making powers, by paying attention at the same time to the theories grounding from time to time each legal framework and their impact on the administrative process.

In the light of the above, it was essential to compare the Italian legal framework with the case law of the European Court of Human Rights and, in particular, with that on full jurisdiction; the latter in fact specifically dealt with administrative process, both with regard to terms and conditions of the court's access to facts and to the extent of its powers of defining the relationship treated.

The analysis carried out shows that the evolution of the legal system affecting the administrative process has not been followed by a reassessment of the underpinning theories. Instead, there has been a confirmation of the administrative merit, as part of the actions of the public powers which are exempt from the judges' power of control.

It is not coincidence, therefore, that also the process structure, though very different from the original one essentially structured as having a pure quashing nature, continues to be restricted by the discretionary power, in the sense that the judge's power to issue the final rule of the controversial administrative relationship is restricted by the events of non-existent or exhausted discretionary power.

Yet, a new understanding of the centrality of the role of human being in the institutional balance between judges and administrations seems to be liable to offer perspectives partially different, as it inevitably enhances the executive nature of both the judicial and the administrative powers, which are both functional to ensure the full enjoyment of individual rights.

Under a theoretical viewpoint, in particular, it is possible to maintain that, in the name of the sovereignty of human being, there are not any areas of the administrative actions which are inaccessible to the judges' control; the latter, anyway, remains by its very nature a juridical control and is therefore limited every time that the disputed administration decision turns out to be simply questionable.

Under an operational viewpoint, it is possible to assume that there are further hypotheses with respect to the current jurisdiction of merit in which, though the administrative action has some discretionary power, it is however possible for the controversial administrative rule to be defined in a trial.

PAROLE CHIAVE: Discrezionalità – merito – sindacato giudiziale – accesso ai fatti – *full jurisdiction*

KEYWORDS: Discretionary power – merit – judicial control – access to facts – full jurisdiction.

INDICE: 1. Introduzione - 2. L'ἐλέγχειν amministrativo nel processo: l'evoluzione della legislazione - 2.1. Il sindacato di legittimità nella l. Crispi - 2.2. Il sindacato di legittimità e le altre possibilità processuali nel codice del processo amministrativo - 2.3. Sindacato demolitorio, accesso al fatto e giudizio sul rapporto nella giurisprudenza della Cedu - 3. L'ἐλέγχειν nel processo amministrativo: sviluppi teorici e prospettive pratiche.

1. Introduzione

Discorrere dell'ἐλέγχειν dei pubblici uffici nel processo amministrativo significa riflettere in merito alla natura e alla penetratività dei poteri di controllo dei giudici sui provvedimenti amministrativi. La questione interessa centralmente (e storicamente) il giudizio demolitorio di legittimità, sebbene – come si dirà – la costruzione di molte teorie sia stata influenzata dalla comparazione con le possibilità offerte ai giudici in sede di giurisdizione di merito.

Gli angoli di visuale da cui approcciare al tema possono essere differenti. Sovente (lo dimostra la storia delle riflessioni prodottesi in materia) tende a privilegiarsi una prospettiva eminentemente dommatica, che inquadra la problematica nel perimetro delle relazioni organizzativo-costituzionali tra individuo, amministrazione e potere giudiziario. A quest'approccio se ne affianca altro prettamente giurisprudenziale, primariamente interessato a registrare l'evoluzione dei sistemi di controllo giurisdizionali sulla discrezionalità amministrativa e sui fatti retrostanti a quelle decisioni. Si tratta, in ogni caso, di prospettive che, sebbene capaci di isolare al proprio interno questioni meno visibili da altre visuali, si presentano come necessariamente interrelate, tutte concorrendo allo studio della

questione. Di conseguenza, in questa sede, necessariamente, si proverà a dar voce a ciascuna di esse.

In tale ottica, tuttavia, pare utile assumere un approccio in parte differente rispetto a quelli finora richiamati. Ciò con l'intento essenziale di far emergere, a mezzo di un più diretto ancoraggio al dato normativo, non tanto nuove risposte, quanto differenti angolazioni, rispetto a quelle, già numerose, offerte ad oggi dalla riflessione teorica e pratica.

In particolare, nel discorrere dell'*ἐκλέγειν* dei pubblici uffici nel processo amministrativo si intendono anzitutto comparare (salvo poi risalire verso le sottese costruzioni teoriche) le previsioni in materia di controllo delle corti rinvenibili nel vigente codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) con l'impianto normativo frutto, all'unisono, della legge per l'unificazione del regno d'Italia (r.d. 20 marzo 1865, n. 2248) e (primariamente) della successiva l. Crispi (l. 31 marzo 1889, n. 5992).

L'intento è quello di verificare quale e quanto significativa sia stata l'evoluzione della legislazione. Come accennato, appare utile, peraltro, non limitarsi all'esame di questo profilo ma di verificare anche in che modo quelle norme siano state e siano interpretate, prestando attenzione particolare all'impianto dommatico posto a supporto delle riletture volta a volta prospettate. Si richiameranno, in quest'ottica, le previsioni delle normative innanzi citate, evidenziando separatamente le disposizioni che si riferiscono ai poteri cognitivi del giudice rispetto a quelle afferenti ai suoi poteri decisorii.

In quest'ottica, inoltre, appare indispensabile che la riflessione si confronti anche con la giurisprudenza della Corte Europea per i diritti umani ed, in particolare, con quella in materia di *full jurisdiction* che si è occupata specificatamente di processo amministrativo¹, sotto il profilo, per un verso, dei termini e condizioni a che il giudice abbia accesso e si formi un convincimento in merito ai fatti, per altro, dell'ampiezza dei suoi poteri di definizione del rapporto giuridico controverso.

2. L'*ἐκλέγειν* amministrativo nel processo: l'evoluzione della legislazione

Nel solco di questa impostazione, si evidenzia come in ambedue i casi (quello della legislazione vigente e quello del primigenio assetto normativo), al

¹ Sulla *full jurisdiction* non si prescinde da M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2012, nonché dagli studi condotti in materia da Francesco Goisis e, in particolare, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546.

tema del controllo giudiziale sulle decisioni amministrative in sede di giurisdizione di legittimità sono dedicate circoscritte previsioni. Si tratta, tuttavia, di disposizioni di grande impatto pratico e respiro teorico.

Quanto alla l. Crispi, vengono in rilievo essenzialmente le disposizioni di cui all'art. 3 («Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge [...]»), nonché, per quanto riguarda i poteri istruttori del giudice, l'art. 16 («Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione [...] può chiedere all'Amministrazione interessata nuovi chiarimenti o la produzione di documento o ordinare all'Amministrazione medesima di fare nuove verificazioni»). Nel seguito, come anche per le previsioni del codice del processo amministrativo, queste disposizioni dovranno essere riguardate anche alla luce di quelle volte a disciplinare la giurisdizione di merito delle corti amministrative.

Quanto al codice del processo amministrativo, occorre rifarsi all'art. 29 in materia di azione di annullamento («L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni»), all'art. 31 in materia di azioni di condanna e silenzio («Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione») nonché all'art. 34 in materie di sentenze di merito, laddove si richiamano le possibilità decisorie dell'art. 31. Inoltre, occorre richiamare le previsioni di cui agli artt. 19, 63 e 67 in materia di consulenza tecnica d'ufficio e tra queste, in particolare, le previsioni di cui all'art. 63 che estendono al processo amministrativo le previsioni del codice di procedura civile in tema di mezzi di prova e istruttoria (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento).

2.1. Il sindacato di legittimità nella l. Crispi

Come accennato, un peso concettuale relevantissimo nella ricostruzione del sistema delineato dal legislatore con la l. Crispi va ascritto non solo alle disposizioni appena richiamate ma anche all'art. 4 della medesima legge, laddove alla giurisdizione generale di legittimità vennero affiancate ipotesi specifiche in cui al giudice amministrativo si riconobbe anche il potere di decidere nel merito

le controversie sottoposte alla sua attenzione².

Sulla base del raffronto tra giurisdizione di legittimità e di merito, il ragionamento che ben presto si affermò in dottrina e giurisprudenza fu quello per cui se, nel caso della giurisdizione di merito, il legislatore aveva deciso di riconoscere limitati casi in cui al giudice spettava la cognizione completa della controversia e il potere di deciderla dettando la regola del rapporto, allora il giudizio di legittimità (delineato dall'art. 3, mediante lo scarno richiamo alle patologie dell'incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) doveva necessariamente significare qualcosa di diverso (e più limitato). Ciò sia in termini decisori che di istruzione processuale.

Quanto a quest'ultimi, la facoltà offerta al giudice amministrativo di istruire il processo in modo ben differente rispetto al rito civile (ovverossia rivolgendosi all'amministrazione la richiesta di «nuovi schiarimenti», di produrre ulteriori documenti o di svolgere «nuove verificazioni»), favorì l'affermazione di una specialità processuale amministrativa, che fu ben sintetizzata dal conio della formula «giudizio amministrativo quale giudizio sull'atto»³. Si volle intendere con questa espressione la sussistenza di una riserva di potere amministrativo nell'accertamento dei fatti, nel senso di ritenere che ai giudici di legittimità la realtà sottostante l'atto si presentasse intermediata da quest'ultimo, potendo, di conseguenza, l'istruttoria processuale venir attivata (attingendo ai peculiari strumenti istruttori innanzi richiamati) solo a fronte di un provvedimento amministrativo che lasciasse trasparire una ricostruzione dei fatti manifestamente non convincente. Nella sostanza, con l'espressione «giudizio di legittimità» si finì per intendere, anzitutto, un sistema processuale istruttorio speciale, nel quale al giudice

² La giurisdizione di merito, proprio perché volta ad ottenere un pronunciamento finale sul rapporto controverso, venne inoltre corredata dei più ampi poteri istruttori da parte dei giudici (con ciò evidenziandosi un rilevante distinguo rispetto ai giudizi di legittimità, come si è visto normata, quanto all'istruttoria processuale, dalle previsioni speciali dell'art. 16. Cfr. al riguardo art. 44 regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, c.d. testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato: «1. Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso, riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti. 2. Nei giudizi di merito il consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura»).

³ Espressione in merito alla quale molte indicazioni importanti possono ritrarsi dalla lettura di M. CLARICH, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 525 ss. Resta fondamentale, in ogni caso, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 223. Da ultimo, criticamente G. VERDE, *L'impianto del codice nella prospettiva (ancora non pienamente realizzata) della parità delle parti*, in *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, Giappichelli, 2012, p. 79.

fosse fundamentalmente preclusa la facoltà di considerare i fatti in modo difforme dagli intendimenti dell'amministrazione e, in ogni caso, nel quale la revisione di quei fatti passasse necessariamente attraverso gli schiarimenti e le verificazioni dell'amministrazione medesima (non dunque una ricostruzione propriamente terza)⁴.

Quanto ai contenuti decisori, il giudizio di legittimità venne inteso (le norme d'altronde erano ben chiare da questo punto di vista) come giudizio di carattere meramente cassatorio, ovvero sia come idoneo a far ottenere al cittadino, reclamante tutela, il solo annullamento dell'atto impugnato; non già, necessariamente, la soddisfazione finale della sua pretesa mediante la definizione del rapporto controverso in giudizio. La struttura conferita in tal modo al processo evidentemente costituiva la trasposizione normativa di ben chiari intendimenti teorici in materia di separazione dei poteri⁵, che postulavano l'impossibilità per il giudice amministrativo di andare oltre il momento meramente demolitorio di stretta legalità e di dettare amministrativamente la regolamentazione della relazione controversa (che restava, dunque, nella competenza esclusiva degli uffici pubblici, finanche nei casi di attività vincolata).

Questo scenario, concettualmente molto nitido in apparenza, venne tuttavia messo alla prova dall'esplicitazione della facoltà dei giudici di sindacare l'atto impugnato non solo per i vizi di incompetenza e violazione di legge ma anche per eccesso di potere⁶.

Mediante l'eccesso di potere, infatti, la legislazione amministrativa si apriva (ratificava) ad una forma di controllo sull'esercizio dei pubblici poteri non più limitato al riscontro di illegittimità dell'atto solo formali, procedurali ed oggettive ma al corretto dispiegarsi dell'azione amministrativa da un punto di vista funzionale. In tal senso spingevano le figure (che all'eccesso di potere vennero ascritte)

⁴ Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli 2013, p. 99: «La giurisdizione di legittimità nasceva come una giurisdizione "limitata". Limitata, in primo luogo, quanto al potere di cognizione che non soltanto non poteva estendersi alle valutazioni di merito (o di opportunità) dell'Amministrazione, ma che non poteva neppure giungere sul limitare delle valutazioni tecniche. [...] Connessa alla grave limitazione dei poteri di cognizione (ed è difficile dire se presupposto o conseguenza di essi) era la corrispondente limitazione quanto a poteri istruttori del giudice amministrativo di legittimità».

⁵ Cfr. sul punto per una sintetica ma esaustiva disamina e per il corredo bibliografico F. RIMOLI, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4406; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 20 ss.; L. ROSSI, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. Dig. it.*, X, Torino, Utet, 1939, p. 100; S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1958, p. 1147; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 1994, *passim*; ID., (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XI, Torino, Utet, 1996, p. 372. Non si prescinda in ogni caso da G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 672.

⁶ Cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

dello sviamento di potere, dell'ingiustizia manifesta, dell'irragionevolezza, della disparità di trattamento e del difetto di proporzionalità. Non par dubbio oggi che riconoscere l'operatività di siffatti capitoli di illegittimità significasse conferire ai giudici il potere di sindacare i contenuti delle scelte amministrative ma questa possibilità venne concettualmente negata.

Lo sforzo prodottosi su queste previsioni, infatti, fu indirizzato verso la ricerca di una quadra volta a riconoscere un ambito di operatività all'eccesso di potere, conciliandone l'innovatività con le fondamenta del passato.

La riflessione, in particolare, venne orientata (e, a dire il vero, ha continuato ad essere orientata) da alcuni elementi empirici presenti nella normativa. Uno di questi (già richiamato) è costituito dal tipo di poteri istruttori riconosciuti in caso di giudizi di legittimità, l'altro dalla generale conformazione della legislazione amministrativa, caratterizzata dall'attribuzione ai pubblici uffici di ampissimi poteri di decisione in merito alla soluzione di problemi amministrativi concreti. Una strutturazione delle norme di tal fatta favorì l'idea che, nonostante la possibilità di denunciare in giudizio l'illegittimità per eccesso di potere, l'ordinamento reiterasse positivamente - attraverso il riconoscimento di ampi poteri discrezionali - l'ineluttabilità dell'esistenza di una riserva di competenza amministrativa in favore dei pubblici uffici. Per altro verso, la definizione di un sistema istruttorio processuale così peculiare (fondato su «schiarimenti» e «verificazioni»), limitando - per non dire precludendo - il diretto ed effettivo accesso al fatto del giudice, avvalorava l'idea dell'imperscrutabilità, ovvero della sussistenza di un'area incontrovertibile dell'agire amministrativo.

Dogmaticamente tutto ciò venne sintetizzato dall'idea che il sistema avesse quali poli di riferimento gli istituti della discrezionalità, da un lato e del merito amministrativo⁷, dall'altro. Il primo per compendiare logicamente tutto il rilevante giuridico di competenze amministrative rette da norme e principi con margini d'apprezzamento, il secondo per reiterare l'idea della sussistenza di un'area valutativa rimasta ad appannaggio esclusivo della libertà dei pubblici poteri, come tale, diversamente dalla prima, non conoscibile in giudizio. Merito quale area per le valutazioni istituzionali, di decisioni politiche, per la scelta tra soluzioni tutte legittime o come zona - storicamente residuale - lasciata alla libertà di apprezzamento della pubblica amministrazione costituiscono ricostruzioni che, pur muovendo da presupposti culturali differenti, sembrano risalire tutte all'ordine concettuale appena richiamato⁸.

⁷ Figura per il cui esame, anche storicistico, sia consentito il rinvio a B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013. Sul tema - per una prospettiva diversa - P. COTZA, *Il merito amministrativo*, Napoli, Jovene, 2012.

⁸ Teorie per l'esame delle quali valga ancora il rinvio a B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., p. 26 ss.

Quest'operazione di separazione schematica tra istituti (discrezionalità e merito) ha per certo fornito un ordine concettuale che, pur costantemente assoggettato a revisioni ed affinamenti, s'è confermato nel tempo, diffondendosi nell'utilizzo e nel lessico delle decisioni giurisprudenziali. La sua coerenza concettuale con il principio di separazione tra poteri, d'altronde appare evidente.

Come meglio apparirà anche all'esame degli sviluppi normativi, tuttavia, questa soluzione sembra costituire una rappresentazione non del tutto veritiera delle dinamiche giuridiche afferenti la discrezionalità amministrativa, perché la possibilità di praticare, mediante l'eccesso di potere, un sindacato sostanzialistico sulle scelte amministrative, non è irrilevante ed anzi sembra inconciliabile con la sussistenza di quella schematizzazione (e segnatamente del merito amministrativo, quale luogo riservato ed inaccessibile al sindacato delle corti amministrative).

Resta il fatto che questa ricostruzione, tanto normativa che dommatica, si è mantenuta sostanzialmente intatta fino alla riforma attuata con l'approvazione, nel 2010, del codice del processo amministrativo⁹, cui va ascritto il merito di aver ricondotto ad unità la disciplina dei mezzi istruttori, eliminando ogni distinzione tra le diverse giurisdizioni¹⁰. «L'articolazione della giurisdizione amministrativa in tre giurisdizioni distinte non è più rilevante ai fini della disciplina della prova dei fatti» ed anzi il codice ha fatto propria l'idea di estendere i «poteri istruttori del giudice amministrativo a tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile»¹¹.

Come si avrà modo di dire, la soluzione appare riflesso diretto dell'attuazione nel processo amministrativo di legittimità dei principi del giusto processo amministrativo (affermati dall'art. 111 Cost.), delle indicazioni provenienti dalla

⁹ Ciò salvo l'intervento della Corte Costituzionale (Corte Costituzionale, 10 aprile 1987, n. 146) che dichiarò illegittima la previsione di cui all'art. 44, co. 1 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato nella parte in cui, nelle controversie in materia di pubblico impiego (a quel tempo rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non prevedeva la possibilità per il giudice di avvalersi della consulenza tecnica d'ufficio. Salve altresì le riforme del 1998-2000 (e, in particolare, con la riforma della l. 205/2000) che hanno modificato il sistema istruttorio del giudice amministrativo. In particolare: (i) in caso di giurisdizione di merito, si sono mantenuti i tradizionali pieni poteri istruttori del giudizio civile, (ii) quest'ultimi, tuttavia, sono stati estesi anche alla giurisdizione esclusiva, (iii) laddove nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, l'impianto istruttorio innanzi descritto è stato confermato, ma si è riconosciuta al giudice la facoltà di disporre consulenze tecniche d'ufficio.

¹⁰ Cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 164 ss.

¹¹ Ciò ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento, sostanzialmente per l'asserita incompatibilità tra questi mezzi di prova e il carattere indisponibile dell'interesse pubblico al cui perseguimento è rivolta la pubblica amministrazione. Per un approfondito studio delle ragioni di una simile scelta legislativa e per una critica a quest'ultima, ampiamente A. CHIZZINI, L. BERTONAZZI, *L'istruttoria*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 717 ss.

giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo in tema di *full jurisdiction*¹² e al contempo della convinzione, maturata in seno alla dottrina, per cui «la corretta ricostruzione e valutazione dei fatti rappresenta una condizione generale per la “giustizia” della decisione»¹³.

2.2. Il sindacato di legittimità e le altre possibilità processuali nel codice del processo amministrativo

Seguendo l'ordine espositivo utilizzato per l'esame della l. Crispi, l'analisi del codice del processo amministrativo si focalizzerà, per un verso, sui poteri istruttori del giudice amministrativo, per altro sulle sue prerogative decisorie.

Quanto ai poteri istruttori, risulta rilevante, ai fini della ricostruzione generale del sistema, la conferma della possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio introdotta, come si è detto, con le riforme del 2000.

Su questa figura pare opportuno soffermarsi, perché attorno alla possibilità e alle modalità del suo utilizzo nei giudizi amministrativi si è concentrato molto del dibattito in ordine alla intensità del sindacato giurisdizionale. Va ricordato, innanzitutto, che l'istituto è stato ammesso ad operare nei giudizi d'annullamento in un contesto nel quale, proprio in ragione degli argomenti innanzi esposti, era diffusa l'idea che le decisioni amministrative, prese applicando saperi scientifici, fossero tendenzialmente intangibili in quanto espressione di convincimenti volti a «valutare le imprescindibili e particolari esigenze dell'amministrazione»¹⁴. Fu per questa ragione che, in una prima stagione, onde evitare che il giudice potesse sostituire con la propria una valutazione di competenza della pubblica amministrazione¹⁵, la giurisprudenza esclude che la consulenza tecnica potesse essere utilizzata per ripercorrere le valutazioni svolte dall'amministrazione (specie nel contesto dei giudizi in materia *antitrust* e sui provvedimenti della

¹² Cfr. *ex pluribus* Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2011, casi 32181/04 e 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd. V. Cyprus*: «The Court has held in a number of cases, where the court in question did not have *full jurisdiction* as such but examined the issues raised before it concerning the adjudicatory body's decision, that the judicial review in the case was sufficient and that the proceedings complied with Article 6 § of the Convention. This has been the case, for example, where upon judicial review the applicant's submissions on their merits or grounds of appeal were examined point by point, without the court having to decline jurisdiction in replying to them or in ascertaining various facts».

¹³ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 264. «D'altronde, pure è stato osservato, che la conoscenza dei fatti non può essere riservata alla pubblica amministrazione perché riservare il fatto alla pubblica amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale» (A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, *Atti del Convegno di Copanello*, a cura di F. Manganaro, A.R. Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2014, p. 264).

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 715.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 29 agosto 2002, n. 7462.

Banca d'Italia).

Questa impostazione è stata rivista nel tempo. Ciò primariamente in virtù dell'osservazione per cui¹⁶ l'orientamento appena citato «rischia di produrre un sostanziale svuotamento del dettato normativo e quindi della reale capacità incisiva della consulenza tecnica d'ufficio, quale strumento ausiliario del giudice. Infatti, il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce prim'ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta».

Si tratta di un'opinione che molto si è avvalsa di argomenti elaborati dalle corti europee. Da queste, infatti, è pervenuta l'indicazione per cui, per un verso, l'accesso del giudice ai fatti controversi non può che esser pieno¹⁷, per altro, che la possibilità per il giudice di sostituire la propria visione sui fatti controversi a quella dell'amministrazione incontra il limite dell'opinabilità¹⁸ (fino a quando il convincimento dei giudici intorno ai fatti si discosti da quello dell'amministrazione, senza tuttavia che emergano vizi certi nella posizione assunta da quest'ultima, l'atto impugnato non è riformabile, perché si versa semplicemente nel contesto delle diverse opinioni tutte plausibili e legittime).

Tende così a generalizzarsi (sebbene non manchino ancora esitazioni¹⁹), l'idea che riconosce l'attivabilità della consulenza tecnica nel giudizio generale di legittimità, ogni qual volta l'andamento del processo ne comprovi l'utilità²⁰, ovvero sia la sua rilevanza al fine di accertare la sussistenza di patologie dell'atto impugnato²¹. Ciò, tuttavia, avendo chiaro che la posizione espressa dal consu-

¹⁶ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 130.

¹⁷ Cfr. CEDU, Sez. II, 27 settembre 2011, n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

¹⁸ Sulla giurisprudenza comunitaria sul punto sia consentito ancora il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito*, cit., pp. 168 ss.

¹⁹ Ne riferisce L. GIANI, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2014, p. 391.

²⁰ Sulla utilità della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio amministrativo di legittimità, si spera di non abusare della pazienza del lettore rinviando a B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 745.

²¹ Di recente elabora questa posizione Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4505. Cfr. ancora L. GIANI, *Lo svolgimento del processo*, cit., p. 390. Resta il fatto, tuttavia, che ad onta delle riflessioni di cui si è detto, un più convinto ricorso all'istituto sconta ancora resistenze in seno alla giurisprudenza, alimentate invero dallo stesso legislatore che in seno al codice del processo amministrativo ha introdotto la disposizione per cui l'utilizzo dell'istituto è possibile solo quando risulti davvero «indispensabile» (art. 19 del c.p.a.). Ne consegue che la prospettazione

lente tecnico non può prevalere *ipso facto* su quella dell'amministrazione, dal momento che il sindacato di legittimità incontra pur sempre il limite dell'opinabile²², sicché il giudice amministrativo non può sostituire, a suo piacimento, le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica competente^{23 24}.

più convincente appare quella che riconosce al giudice la possibilità di ricorrere alle nozioni proprie della scienza tecnica, onde appurarne la corretta applicazione nel caso da decidere, sia sotto il profilo della individuazione della regola tecnica poi utilizzata, sia per ciò che attiene alle modalità con cui la stessa è stata effettivamente applicata. Ciò con il fine della ricerca di vizi dell'atto impugnato, dal momento che qualora il giudizio dell'amministrazione «risulti corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pure esso» (così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, pp. 313-314; in senso analogo, A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 599 ss.).

²² A riprova però del fermento culturale sul tema, si vadano le considerazioni di G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 659 ss.: «da consulenza tecnica non può giustificare sconfinamenti del giudice nelle valutazioni riservate all'amministrazione. Resta da capire, però, quali valutazioni tecniche si possano ritenere oggetto di una riserva. Certo è che la complessità della valutazione non dovrebbe più comportare una riserva all'amministrazione, perché la consulenza tecnica rappresenta uno strumento finalizzato proprio a garantire un accesso paritario nel processo di cognizione di regole tecniche di meno comune conoscenza e applicazione».

²³ Questa posizione registra importanti assonanze con un filone tradizionale della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale in numerose occasioni ha reiterato il convincimento per cui i giudici devono limitarsi alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura, e di motivazione, nonché ad appurare l'esattezza materiale dei fatti sotto il profilo dell'errore manifesto (cfr. Tribunale della Comunità europea, 17 settembre 2007, Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, § 87 e ss.). Non può sottacersi, tuttavia, che – in più recenti decisioni ed almeno a partire da CGUE, 8 dicembre 2011, *KME Germany e a. c. Commissione Europea*, C-389/10, § 109 – la Corte propendeva nettamente per un vaglio più approfondito sia in fatto che in diritto; un vaglio che si ritiene possa spingersi a verificare non solo l'esattezza materiale dei fatti, ma anche la loro attendibilità, pertinenza e rilevanza rispetto alla vicenda controversa. Per la dottrina (M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 98 sarebbe possibile registrare un'evoluzione del tipo di sindacato praticato dai giudici europei da un'originaria impostazione in termini di giudizio di mera attendibilità verso un sindacato di pura condivisibilità).

²⁴ Ma si veda M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602: «Il giudice amministrativo dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un *novum iudicium* e comportandosi, dunque, come “un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall'art. 6 della Cedu”. [...] Insomma, alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla Cedu, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, al limitato sindacato di legittimità della cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità e, in realtà, sempre più, quella di un giudice d'appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato».

La ricostruzione appena operata evidenzia differenze rilevanti rispetto al regime giuridico previgente, che come si è visto si caratterizzava per la stringatezza degli strumenti istruttori e un limitato (e comunque peculiare) accesso dei giudici al fatto. Sotto il profilo dogmatico, l'innovazione è importante perché il riconoscimento della possibilità che l'istruttoria possa avvalersi della consulenza tecnica di ufficio priva la teoria del processo amministrativo quale giudizio sull'atto (già minata dagli studi sulla funzione) forse del suo più strenuo baluardo concreto. Sembra, infatti, non agevole sottrarsi alla considerazione che la riforma – ratificando la possibilità che il giudice, nei termini anzidetti, abbia una cognizione diretta dei fatti sottesi al provvedimento impugnato – favorisca il superamento dell'idea che la vicenda amministrativa controversa si presenti al giudice unicamente attraverso l'intermediazione della rappresentazione dei fatti fornita dall'amministrazione nell'atto contestato.

Nel solco di questi rilievi, sembra ora possibile soffermarsi sui poteri decisori del giudice amministrativo. Il tema chiama in causa, per un verso, condizioni e limiti entro cui alle corti amministrative è data facoltà di disporre la caducazione dell'atto impugnato, per altro, la possibilità che nel giudizio amministrativo si addivenga non solo all'annullamento dell'atto controverso ma anche alla definizione della regola del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

Prima di trattare questi temi corre l'obbligo di precisare che nel prosieguo discrezionalità tecnica e pura verranno trattate congiuntamente. Ciò in quanto, pur consapevoli delle distinzioni tra le due figure²⁵ che la teoria propone, è rilevante - ai fini di interesse - che le corti amministrative tendono ad avere in tutti e due i casi lo stesso tipo di intendimenti.

Quest'ultimi (venendo con ciò a trattare la prima questione) si sostanziano nella reiterazione in ambedue le ipotesi dell'idea dell'esistenza di un'area di merito, in ogni caso insindacabile. In sostanza, confermando l'impostazione richiamata nel precedente paragrafo, nell'ambito dei poteri amministrativi discrezionali s'è mantenuta l'idea dell'esistenza di due distinte porzioni dell'agire amministrativo: una prima (propriamente la discrezionalità), in cui operare valutazioni di interesse, retta da norme e principi giuridici, come tali verificabili da parte del giudice; una seconda (il merito amministrativo) in cui esprimere i contenuti più propriamente soggettivi dell'agire, ovverosia le libere considerazioni "politiche" (o di pubblico interesse), come tali insindacabili. E peraltro, al fine di evitare di invadere il merito amministrativo, mediante il controllo sull'utilizzo delle norme e principi giuridici propri della discrezionalità, si richiede al giudice di limitare

²⁵ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 104 ss.

l'annullamento degli atti amministrativi discrezionali solo ai casi in cui le violazioni risultassero manifeste, dunque al di là di ogni ragionevole dubbio²⁶.

Tanto riferito in ordine ai poteri cassatori del giudice amministrativo, occorre ora indugiare sui suoi poteri decisorii, sotto il profilo della possibilità di addivenire, anche in caso di discrezionalità, a pronunce che definiscano la relazione tra cittadino ed amministrazione.

Al riguardo, non pare invero potersi dubitare del fatto che le singole previsioni del codice del processo amministrativo individuino un regime peculiare per la discrezionalità amministrativa e, peraltro, che esse non pongono distinzioni ma assimilino alla discrezionalità pura quella tecnica²⁷. Il giudizio di legittimità, infatti, allorché riguardi una di queste figure, continua ad esser strutturato essenzialmente come cassatorio; trovando, così, conferma l'idea della natura tendenzialmente inesauribile del potere dei pubblici uffici.

La possibilità di ottenere condanne dell'amministrazione all'emanazione di atti, infatti, è stata espressamente confinata proprio alle ipotesi in cui risultino

²⁶ Cfr. sulla discrezionalità tecnica T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 1 dicembre 2016, n. 1825: «Il sindacato esperibile dal giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche degli organi medico-legali circa la dipendenza da causa di servizio dell'infermità denunciata dal pubblico dipendente è limitato ai profili di irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti; al giudice amministrativo spetta una valutazione esterna di congruità e sufficienza del giudizio di non dipendenza, valutazione relativa alla mera esistenza di un collegamento logico tra gli elementi accertati e le conclusioni che da essi si ritiene di trarre, laddove l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia insorta ed i fatti di servizio, in cui si sostanzia il giudizio sulla dipendenza o meno dal servizio, rappresenta un tipico esercizio di attività di merito tecnico riservato all'organo di verifica delle cause di servizio». Su quella pura T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 10 novembre 2016, n. 323: «Le scelte di pianificazione urbanistica si caratterizzano per gli ampi margini di discrezionalità di cui godono le Amministrazioni che le rendono non sindacabili in sede giurisdizionale se non in presenza di macroscopici errori, giacché costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità se non per profili di manifesta illogicità ed irragionevolezza».

²⁷ Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 13 febbraio 2013, n. 123: «Ai sensi degli artt. 31, co. 3, e 34, co. 1, lett. c), c.p.a., è inammissibile l'azione di adempimento e di condanna della p.a. al rilascio di un provvedimento connotato da profili di discrezionalità amministrativa e tecnica». Così anche T.A.R. Umbria, Sez. I, 9 luglio 2012, n. 261; Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15. Si veda altresì T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428: «Il codice del processo ha introdotto, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Infatti l'art. 34, co. 1, lett. c), infatti, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede anche l'adozione "delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio". Si configura così un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio». Cfr. altresì Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3: «Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto».

assenti margini di giudizio soggettivi (tipici di ambedue le figure di discrezionalità) non solo in astratto ma alla prova concreta dei fatti. Si pensi alle previsioni di cui all'art. 31²⁸ in tema di azione avverso il silenzio, laddove è stabilito che il giudice possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Si pensi altresì all'art. 34, co. I lett. c) che nel contesto delle sentenze di merito prevede che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo possa essere esercitata nei limiti dell'art. 31 appena richiamato²⁹. La giurisprudenza ha confermato questa prospettiva autorevolmente³⁰.

Volendo sintetizzare in punti nodali quanto emerso dall'esame del codice del processo amministrativo può dirsi per un verso, che si registra un cospicuo incremento dell'effettività della tutela offerta al cittadino in virtù del potenziamento degli strumenti istruttori e della maturazione in seno alla magistratura di una maggiore confidenza in ordine alle finalità ed ai limiti della consulenza tecnica d'ufficio; per altro, che il passaggio dall'originario impianto della l. Crispi al

²⁸ Sulla norma in esame cfr. G.F. NICODEMO, *Commento all'art. 31*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Protto, 2013, Roma, Dike, pp. 380 ss. Non si pre-scinda da F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, 2013, Roma, Dike, pp. 517 ss.; V. PARISIO, *L'azione avverso il silenzio*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 675 ss. Si veggia altresì L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 422.

²⁹ Sulla norma in esame in dottrina cfr. A. STORTO, *Commento all'art. 34*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., p. 379.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15: «Il codice del processo amministrativo, dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di con danno idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; ha dunque ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni, aggiungendo alla tutela di annullamento l'azione di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30 c.p.a.); l'azione dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, co. 4, c.p.a.); in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, co. da 1 a 3, c.p.a.); in presenza di un provvedimento espresso di rigetto, e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, e ciò alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, co. 1, c.p.a., che fa riferimento all'azione di condanna senza la tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a., ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio».

nuovo codice non ha portato ad una rivisitazione degli intendimenti in tema di giudizio cassatorio, che è rimasto ancorato – specie nella rappresentazione giurisprudenziale – alla distinzione tra discrezionalità (sindacabile) e merito (insindacabile); per altro ancora, che il processo amministrativo, pur evidenziando un ampliamento del novero delle azioni esperibili, non ha smarrito le sembianze fondamentali di giudizio caducatorio, perché le azioni di condanna, pur ammissibili, sono state confinate dal legislatore alle sole ipotesi di vicende a discrezionalità inesistente in principio o esaurita nei fatti.

2.3. Sindacato demolitorio, accesso al fatto e giudizio sul rapporto nella giurisprudenza della Cedu

Come indicato in premessa, occorre rapportare le considerazioni appena svolte in merito alle possibilità istruttorie e decisorie offerte dal codice del processo amministrativo con le molte, importanti indicazioni che emergono dalla giurisprudenza della Corte Europea per i diritti dell'uomo in materia di *full jurisdiction*.

Non è questa ovviamente la sede per un'analisi estesa; cionondimeno appare possibile, oltre che di massima utilità, isolare alcuni principi e tendenze che in quella giurisprudenza si rinvergono.

Può dirsi allora che la principale e maggiormente reiterata affermazione in materia di *full jurisdiction*, consista nella necessità che al giudice nazionale sia riconosciuto il potere di dar corso ad un'analisi *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto portati alla sua attenzione, senza che detto giudice debba declinare la propria giurisdizione in quanto vincolato agli accertamenti compiuti dall'amministrazione nel corso del procedimento³¹. Viene, in tal modo contestata in radice la possibilità che all'amministrazione possa riconoscersi un potere di imporre il proprio *ipse dixit*³² senza che un giudice possa rivedere il contenuto della scelta sotto il profilo della corretta ricostruzione e valutazione dei fatti, in

³¹ Cfr. CEDU, 21 luglio 2011, casi 32181/04, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, § 157: «where the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6». Questa prospettiva si esplicita in maniera ancor più evidente in altre decisioni della Corte, fino all'affermazione nitida per cui un sistema giudiziario nazionale, ai fini del rispetto dei parametri di *full jurisdiction*, deve avere «the power to quash in all respect, on questions of fact and law, the decision of the body below» (così CEDU, 23 ottobre 1995, caso 15523/89, *Schmautzer v. Austria*, § 36).

³² Cfr. CEDU, 31 luglio 2008, caso 72034/01 *Družstevni záložna Pria and Others v. The Czech Republic*, § 111.

rapporto con le regole di diritto pertinenti³³. Questa giurisprudenza è stata letta dalla dottrina, che maggiormente si è occupata di *full jurisdiction*, quale riconoscimento di un potere pienamente sostitutivo in capo ai giudici nazionali, sia sotto il profilo della ricostruzione dei fatti (che non sconterebbe alcuna deferenza rispetto a quella operata dalle amministrazioni), sia sotto il profilo dell'interpretazione ed applicazione delle regole di diritto³⁴. Ciò, in particolare, quando nel processo si sia riscontrata la violazione delle regole del procedimento poste a garanzia del contraddittorio e del principio di parità delle parti. In una visione unitaria di procedimento e processo, in particolare, si postula che il processo debba restituire al cittadino ciò che il procedimento gli ha negato, fino a concepire il processo quale luogo finale di definizione della regola del rapporto amministrativo controverso³⁵.

Questa impostazione, molto radicale e innovativa, almeno stando ai tradizionali parametri, innanzi citati, della giurisprudenza nazionale (in ciò del tutto vicina a quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea), pare incontrare, nelle stesse decisioni della CEDU, due limitazioni.

Con motivazioni che appaiono molto simili all'idea di merito amministrativo dell'esperienza dommatica e giurisprudenziale nazionale, anche in seno alla Corte Europea si rinviene il convincimento per cui l'istituto della *full jurisdiction* ha funzione ed essenza prettamente giuridica, sicché esso legittima - ed anzi, nei termini anzidetti, impone - al giudice nazionale di condurre una verifica giuridica sui fatti (esaustività, pertinenza e appropriatezza della loro ricostruzione) e sul diritto (correttezza dell'interpretazione datane dall'amministrazione), per come applicato dall'amministrazione. La *full jurisdiction*, però, non può essere intesa come strumento per una mera sostituzione del giudice all'amministrazione, allorché le censure non presentino i connotati di contestazioni giuridiche (in fatto o diritto), risolvendosi in una mera sostituzione dei convincimenti del giudice a quelli dell'amministrazione basati su convinzioni soggettive, non ancorate

³³ Cfr. CEDU, 10 luglio 1998, casi 20390/92 and 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, § 77.

³⁴ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 68: «Tuttavia, con riferimento alle sanzioni amministrative ricadenti nella nozione di «accusa penale» ai sensi della CEDU, un'ampia giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo pare orientata a sostenere che solo un sindacato giurisdizionale pienamente sostitutivo, in qualunque modo poi incidente sull'azione amministrativa (ossia in via direttamente sostitutiva, ovvero operante attraverso un effettivo vincolo confirmatorio) possa assicurare, sia pure *ex post* e in via eventuale, che la decisione sanzionatoria sia assunta nel rispetto delle garanzie CEDU».

³⁵ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 68: «In altri termini, l'idea della sostituzione *ex post* implica, si direbbe necessariamente, la possibilità di un vero e proprio riesercizio del potere, in modo da assicurare che i diritti procedurali siano rispettati in una fase che, per quanto successiva, sia davvero quella di assunzione della decisione».

all'applicazione del diritto³⁶. Questa posizione si collega a quella che esclude un potere di revisione da parte dei giudici in caso di decisioni amministrative direttamente coinvolgenti il principio di sovranità popolare³⁷.

Infine, è frequente l'affermazione per cui una volta accertata la sussistenza di capitoli di illegittimità di un provvedimento amministrativo, a garantire la *full jurisdiction* non è indispensabile che il rapporto amministrativo venga definito in giudizio, essendo ritenuto appropriata anche una soluzione che riaffidi l'esercizio del potere all'amministrazione³⁸.

3. *Ἐκλέγειν* nel processo amministrativo: sviluppi teorici e prospettive pratiche

Come appena evidenziato, alle evoluzioni normative che hanno interessato il processo amministrativo specie per ciò che attiene ai poteri istruttori del giudice non è conseguita una rivisitazione degli intendimenti teorici. Piuttosto, è stata confermata la narrazione dell'esistenza del merito amministrativo, quale porzione dell'agire immune dal potere di controllo dei giudici. Nonostante l'evidente rafforzamento della penetratività dei controlli giudiziali, la necessità di riconoscere all'amministrazione il potere di assumere decisioni insindacabili continua ad essere intesa quale luogo oleografico (il merito) inaccessibile al controllo giurisdizionale, in cui la pubblica amministrazione si muove irrelata. Come pur si è detto, mediante questo impianto teorico si è creduto di trovare la quadra dommatica nelle relazioni tra poteri dello Stato³⁹.

³⁶ Cfr. CEDU, 26 giugno 1986, casi 8543/79, 8674/79, 8675/79, *Van Marle and others v. the Netherlands*: «An assessment of this kind, evaluating knowledge and experience for carrying on a profession under a particular title, is akin to a school or university examination and is so far removed from the exercise of the normal judicial function that the safeguards in Article 6 cannot be taken as covering resultant disagreements».

³⁷ Per una disamina critica di questa posizione e per l'ampio corredo giurisprudenziale, si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 210 ss.

³⁸ Cfr. CEDU, 28 maggio 2002, 35605/97, *Kingsley v. the United Kingdom*: «The Court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power to quash the impugned decision, and that either the decision will then be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body. Thus where, as here, complaint is made of a lack of impartiality on the part of the decision-making body, the concept of 'full jurisdiction' implies that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability to quash the impugned decision and to remit the case for a new decision by an impartial body».

³⁹ Ciò nonostante il fatto che, pur non rinunciando al merito amministrativo, la dottrina non avesse mancato di porre in luce che il sindacato sugli atti amministrativi svolto per principi (in particolare, di ragionevolezza e proporzionalità) implica la possibilità di operare un tipo di

In realtà, quest'impegno ricostruttivo pare essersi dedicato al tentativo di render coerenti due mondi paralleli, che risultano - a ben vedere - inconciliabili. All'edificazione dommatica di un'area inaccessibile, infatti, ha continuato a fare da contraltare la facoltà di sindacare le decisioni amministrative discrezionali nei contenuti (ovverosia proprio invadendo quell'area - il merito - che si sarebbe voluto lasciare invalicabile); con ciò rendendosi chiaro che non esiste un'area insindacabile e che i contenuti delle scelte amministrative sono tutti scrutinabili. Di qui l'impossibilità di ritenere realmente compiuta l'operazione di isolamento, in favore dell'amministrazione, di una zona franca ed originaria (il merito amministrativo) nella quale poter esprimersi sostanzialmente irrelata⁴⁰.

Cionondimeno le ragioni di quelle impostazioni meritano di essere meglio scrutinate, per l'importanza del loro lascito culturale, per l'incidenza storica sulla normazione, per verificare se, ed in che misura, ricostruzioni parzialmente differenti possano offrire rappresentazioni più veritiere dei rapporti tra cittadino ed amministrazione.

Si può osservare allora che, con le raffigurazioni del merito innanzi richiamate (e l'impianto normativo delineato con la l. Crispi), la separazione dei poteri ha lasciato il perimetro delle mere raffigurazioni di principio per calarsi nel contesto delle effettive dinamiche tecnico-giuridiche tra amministrazione e sue corti giurisprudenziali. Il bilanciamento tra questi due poteri, tuttavia, è avvenuto sostanzialmente attribuendo ad entrambi originaria natura sovrana e, soprattutto, ritenendo che la definizione dei termini del loro rapporto (mediante il riconoscimento in favore dell'amministrazione di uno spazio esente da sovrapposizioni giudiziali) fosse di per se soddisfattiva delle istanze di tutela del cittadino e, nel corso dell'evoluzione, perfettamente coerente con la collocazione istituzionale

controllo che di necessità finisce per aver ingresso nell'intimo contenuto delle decisioni amministrative, per giungere, dunque, proprio fino al merito (cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 165).

⁴⁰ Si può peraltro rilevare che il sindacato per principi - per quanto oggi sempre più convincentemente praticato - non sia nuovo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi, che sin dagli albori si sono riconosciuti il potere di annullare provvedimenti amministrativi illegittimi per violazione di principi (primo fra tutti la ragionevolezza). Cfr. A. PIRAS, (*voce* *Invaldità c) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 606: «Nel 1870 era già universalmente accettato il principio che la questione della legittimità del provvedimento "non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla "giustizia" e quindi dal "merito" dei provvedimenti. Il ricorso all'idea di giustizia, il riferimento ai principi che debbono regolare e regolano l'attività delle autorità amministrative, furono il mezzo tecnico del quale la giurisprudenza si servì per giungere a valutare, oltre che la conformità dell'atto al modello legale, la "legittimità intrinseca" dei provvedimenti. In un parere reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato in data 15 novembre 1884 si può leggere una completa esposizione dei principi che hanno guidato la giurisprudenza a ritenere compreso nella propria competenza di legittimità anche «il riesame di quelle questioni sostanziali che si riferiscono alla "giustizia" dei provvedimenti».

di quest'ultimo nell'ambito della Costituzione. La ricostruzione dell'interesse del cittadino nelle vicende amministrative quale posizione occasionalmente protetta ha, in altri termini, influenzato anche questa riflessione (non solo quella in materia di interesse legittimo)⁴¹.

L'idea di un'amministrazione originaria, tuttavia, ha avuto quale conseguenza l'affermazione, solo incerta e dubbiosa, dell'amministrare quale esecuzione. Il principio di legalità ne ha in tal modo sofferto, non solo nella propria dimensione culturale. La legislazione, infatti, ha realizzato quest'impostazione. Lo dimostrano le originarie caratteristiche del processo innanzi compendiate, le quali, rendendo peculiare il rapporto tra fatto controverso e giudice, hanno fornito la cifra reale di quell'impianto teorico nelle vicende amministrative concrete. Inoltre, il richiamato equilibrio tra poteri dello Stato, impostato quale questione di bilanciamenti istituzionali, ha, per un verso, indebolito la matrice garantista dello stesso principio di separazione, per altro, offuscato il valore costituzionale dell'individuo e la sua valenza ricostruttiva del sistema amministrativo.

Viceversa, appare evidente che, recuperando all'individuo la dovuta centralità costituzionale, si possano conseguire alcuni risultati non secondari. Anzitutto, diviene possibile fornire un radicamento costituzionale all'eccesso di potere, che può essere inteso quale strumento di garanzia per il cittadino, perché funzionale ad ancorare le decisioni dei pubblici poteri non solo alla legalità formale ma alla legalità sostanziale (operazione tanto più virtuosa sol che si consideri che quest'ultima è ordine giuridico della società⁴²). Allo stesso tempo, si smentisce l'idea dell'esistenza di un'area libera ed imperscrutabile ad esclusivo appannaggio dell'amministrazione, essendo il suo intero agire intessuto di norme sostanziali, che la sovranità dell'individuo – a presidio della quale esse sono sorte – reclama di assegnare al controllo giudiziale. Si valorizza, in tal modo, anzitutto culturalmente, il principio di legalità, rendendosi meglio evidente che – anche

⁴¹ Sulla parabola dell'interesse legittimo cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850.

⁴² Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 319: «Nella prospettiva che qui si intende proporre, invece, l'appartenenza della sovranità al popolo si esprime sia con la legittimazione democratica dell'autorità, sia — come dimostrano i diritti fondamentali — trattenendosi nel perimetro della sovranità popolare, senza articolarsi in forme istituzionali ed esprimendosi con l'esercizio delle libertà e dei diritti che la Costituzione stessa «riconosce» e non crea; esiste — dunque — un ordine giuridico fondato sulla sovranità delle persone, che la Costituzione riconosce. Ne discendono due conseguenze significative: anzitutto, sarà in quest'ordine giuridico che andranno cercati i significati delle clausole generali (il contenuto concreto di ragionevolezza, buona fede, equità, etc., deve essere cercato nell'ordine giuridico della società, in comportamenti consolidati e riconoscibili tanto da divenire regola)».

quando assegnataria di norme discrezionali – l'amministrare è esecuzione giuridica, perché l'azione dei pubblici uffici è costituzionalmente funzionalizzata alla realizzazione del pieno godimento dei diritti individuali e collettivi, anche mediante l'applicazione delle norme generate dalla comunità⁴³. «I poteri pubblici, quindi, (i) sorgono dalla volontà del popolo sovrano, (ii) sono limitati e impegnati dall'ordine giuridico della società e (iii) si organizzano ed agiscono in funzione dell'assicurare il godimento dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili»⁴⁴.

Logico corollario di tutto ciò è che, non rivenendosi un'area riservata, non sembra possibile ritagliare per il merito amministrativo uno spazio operativo plausibile, né riconoscergli valenza ricostruttiva di istituto giuridico. Riconoscere l'operatività del sindacato sostanziale sulle scelte amministrative (l'eccesso di potere), affermare che il controllo di legittimità è, alla luce dell'ordine giuridico della società, controllo sui contenuti, significa anche riconoscere ed affermare che allorquando il provvedimento amministrativo sia uscito indenne dalle operazioni di controllo, esso è semplicemente legittimo e non anche insindacabile.

Quanto affermato, tuttavia, se inevitabilmente conduce ad una rivisitazione dei tradizionali intendimenti teorici in tema di discrezionalità amministrativa, non deve condurre all'errore di ritenere, per ciò solo, risolto anche il tema dell'intensità del controllo praticabile dai giudici sugli atti amministrativi discrezionali. Dalla possibilità di operare un sindacato sui contenuti delle scelte discrezionali, infatti, non sembra discendere di necessità che i giudici possano indiscriminatamente sostituirsi all'amministrazione, affermando la propria prospettiva nel caso di divergenze di opinioni.

Nessun indicatore, infatti, sembra suffragare l'idea che il convincimento del giudice intorno alla questione amministrativa controversa abbia un valore superiore a quello dell'amministrazione. Ciò deve dirsi anche alla luce della giurisprudenza, innanzi richiamata, della CEDU, dalla quale, se emerge con certezza il ripudio di ogni forma di *ipse dixit* delle amministrazioni e la necessità di un sindacato *point by point* in fatto e in diritto, sembra anche emergere – sia pur con le dovute cautele, volte ad evitare elusioni – l'idea che il sindacato sostitutivo può essere pieno in quanto giuridico ma non va inteso quale forma di sostituzione dei gradimenti del giudice a quelli dell'amministrazione. Ciò specie considerando

⁴³ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 320: «l'autorità apparirà legittima solo in tanto in quanto sia funzionale ad assicurare il pieno godimento dei diritti delle persone, sicché l'interesse pubblico non è il frutto di una volizione dell'autorità, ma è parte — esplicita o anche solo implicita — della protasi della disposizione da applicare».

⁴⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 324.

che, secondo giurisprudenza innanzi richiamata, consono alla nozione di *full jurisdiction* può essere ritenuto quel sistema processuale nazionale che, riscontrate illegittimità di provvedimento amministrativo, ne disponga la caducazione ma rimetta all'amministrazione la riedizione del potere per la definizione della regola del caso concreto. Questa visione, invero, sembra assai prossima all'idea per cui il giudice, nel contesto dei giudizi di legittimità, continua ad esercire una competenza di sindacato giuridico, non un generale potere di revisione. Al giudice, in altri termini, non pare attribuito il compito di operare come superiore gerarchico, come tale competente a riedire il potere alla luce dei suoi soli convincimenti; piuttosto, alle corti spetta di decidere secondo diritto, verificando la legittimità della decisione amministrativa, mediante un giudizio normativo sulla corretta ricostruzione dei fatti, sull'applicazione del diritto e sulla qualità giuridica della ponderazioni tra interessi svolte dall'amministrazione.

Da ciò consegue che, nell'ambito dei giudizi di legittimità (indifferentemente se su atti vincolati, espressione di discrezionalità pura o tecnica), l'annullamento dell'atto impugnato postula necessariamente l'individuazione di capitoli di illegittimità (violazione di legge, incompetenza e eccesso di potere); quest'ultima – a propria volta – necessita che il rapporto tra azione amministrativa e norme di riferimento abbia valicato la soglia dell'opinabilità⁴⁵, al di sotto della quale non può darsi illegittimità ma differenti opinioni, tutte legittime (perché espressione del pluralismo sociale)⁴⁶.

Questa prospettiva si ricollega al tema, in precedenza già considerato, dei poteri decisorii del giudice amministrativo, sotto il profilo non della loro invasività cassatoria ma della loro attitudine a definire in giudizio la regolamentazione degli interessi tra cittadino ed amministrazione. Nell'impianto complessivo voluto dal legislatore, come si è visto, non pare si sia deciso di sancire la generale e indiscriminata evoluzione del processo amministrativo di legittimità da giudizio cassatorio a giudizio sul rapporto (per tale intendendosi quello istituzionalmente

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925: «Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'A.G.C.M. esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio; pertanto, deve valutare i fatti, onde accertare se la ricostruzione di essi operata dall'A.G.C.M. sia immune da travisamenti e vizi logici e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. In tale verifica, il sindacato del giudice è pieno, nel senso che il giudice controlla l'analisi compiuta dall'Autorità per verificarne la correttezza. Peraltro, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'A.G.C.M. nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge».

⁴⁶ Temi sui quali si è più approfonditamente provato a ragionare in B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057.

deputato a produrre sempre la regolamentazione definitiva della relazione inter-soggettiva controversa (come in caso di giurisdizione sul merito)⁴⁷.

Sebbene non manchino argomentate critiche da parte della dottrina⁴⁸, essa sembra in realtà sostanzialmente conforme anche alle indicazioni provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale maturata in tema di art. 6 della Cedu. Come si è detto, l'idea rinvenibile in seno alla Corte europea dei diritti umani, infatti, se per certo sembra imporre il principio della pienezza della cognizione, tant'è che si parla di sindacato *point by point*⁴⁹, non pare anche comportare il corollario per

⁴⁷ Ma si veda G. VERDE, *L'impianto del codice nella prospettiva (non ancora realizzata) della parità delle parti*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 78, secondo cui quello in esame costituisce uno dei momenti meno convincenti del codice del processo amministrativo: «La verità è che la disciplina processuale sconta, anche nel Codice, l'avvertita differenza, sul piano sostanziale, della Pubblica Amministrazione rispetto alle altre parti. [...] l'ineguaglianza sostanziale della pubblica amministrazione rispetto alle altre parti del processo sembra, nel nostro sistema, portare a tale ineludibile conclusione: che il giudice amministrativo non possa sostituirsi all'amministrazione nell'emanare in luogo del provvedimento ritenuto illegittimo — e, in quanto tale annullato — il provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto emettere. E ciò in quanto il giudizio mai potrebbe, con le sue decisioni, penetrare nell'insopprimibile sfera del potere discrezionale riservato alla Pubblica Amministrazione».

⁴⁸ Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit., p. 546: «La intensità del sindacato giurisdizionale amministrativo in sede nazionale deve ancora fare molta strada per adeguarsi al canone della *full jurisdiction*. Quest'ultima certamente non significa solo pieno e diretto accesso ai fatti semplici (potere oggi, almeno in linea di principio, riconosciuto, superando limitazioni tradizionali ancora ricordate, nel 1989, dalla Consulta). Occorre, altresì, l'almeno tendenziale rinuncia al limite del c.d. merito amministrativo e, ancor più, tecnico. Ogni punto (non solo quelli fattuali non complessi e giuridici) della decisione amministrativa deve essere, in linea di principio, nella competenza dell'organo "superiore" (il giudice). Tuttavia, come si è mostrato, in sede giurisprudenziale EDU permangono alcuni profili di incertezza quanto agli esatti confini della nozione di *full jurisdiction*. Si tratta, come si mostrerà, dell'emersione di alcune contraddizioni di fondo. Il primo e più importante elemento di incertezza: come si può riconoscere (in sede civile) l'affrancamento dell'intrinseco della scelta discrezionale-amministrativa di rilievo politico dal sindacato giurisdizionale, se l'idea stessa della *full jurisdiction* è quella — di matrice kelseniana — di una assoluta continuità e fungibilità tra funzione amministrativa e giudizio di *full jurisdiction*, così che le garanzie del giusto processo come forma necessaria dell'azione amministrativa possano essere godute anche *ex post*. E, in secondo luogo, come spiegare la differente intensità nella pretesa alla profondità del sindacato a seconda che si ricada nella materia penale ovvero civile, se in realtà il meccanismo compensatorio è, in linea di principio, lo stesso in ambedue le sedi. Entrambi i profili sembrerebbero ritrovare una loro, principale, spiegazione nel perdurante peso che il principio di separazione dei poteri mantiene negli ordinamenti degli Stati firmatari della CEDU».

⁴⁹ Si veda con riferimento all'accertamento dei fatti M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602: «Insomma, la tecnicità della fattispecie non esime dal pieno accesso ai fatti, primo e irrinunciabile significato del concetto di "*full jurisdiction*" [...] non sono accettabili forme di accertamento definitivo da parte dell'autorità governativa, ossia non è ammissibile un approccio giudiziale che riconosca una sorta di "*ipse dixit*" in capo all'amministrazione: «the right guaranteed to an applicant under article 6 § 1 of the convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive». [...] Non a caso, da ultimo, la stessa Corte di Strasburgo ha richiamato la sentenza *Menarini* per riaffermare che la "*full jurisdiction*" non può tollerare restrizioni

cui il potere illegittimamente esercitato consuma definitivamente il potere medesimo⁵⁰, rendendo necessitata la definizione giudiziale del rapporto amministrativo controverso.

Il che, peraltro, non vale a minimizzare la circostanza per cui, grazie anche proprio alle sollecitazioni sovranazionali ed in nome della centralità assunta in Costituzione dalla persona umana, attorno alla quale il bilanciamento tra poteri dello Stato va fatto ruotare, il postulato dell'inesauribilità del potere amministrativo abbia perso molta della sua storica connotazione ideologica e che oggi risulti plausibile introdurre graduazioni, che, a fronte di poteri pur strutturalmente identici, distinguano tra competenze ad elevata politicITÀ (che l'illegittimità di un atto applicativo, pur riscontrata in giudizio, non esautorerebbe) e vicende prive di tale dimensione (come tali suscettibili di venir assoggettate ad un regime — sostanzialmente conforme a quello delle sanzioni amministrative o al contenzioso in materia di appalti pubblici — che preveda la consumazione della discrezionalità in caso di illegittimità accertate in giudizio e la facoltà del giudice di dettare la regola finale del caso concreto).

in quanto al pieno (e sostitutorio) accesso ai fatti e, in genere, a tutti i punti di fatto e di diritto rilevanti, di qualunque natura essi siano; nella sentenza *Segame Sa c. France*, si legge, significativamente, che «parmi les caractéristiques d'un tel organe judiciaire [ossia del giudice dotato di “full jurisdiction”] figure le pouvoir de réformer en tous points la décision entreprise rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi».

⁵⁰ Cfr. CEDU, 11 dicembre 2006, caso 73695/01, *Nedžeda v. France*: «La Cour juge en règle générale inhérent à la notion de contrôle juridictionnel que, si un moyen d'appel est considéré comme valable, la juridiction procédant au contrôle puisse annuler la décision attaquée et rendre elle-même une nouvelle décision ou renvoyer l'affaire devant le même organe ou un organe différent».