

FRANCESCO FOLLIERI

Ricercatore di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi "A. Moro" di Bari

francesco_follieri@hotmail.it

**LA GIURISDIZIONE DI LEGITTIMITÀ E FULL
JURISDICTION.
LE POTENZIALITÀ DEL SINDACATO CONFUTATORIO**

**JUDICIAL REVIEW ON ADMINISTRATION AND FULL
JURISDICTION.
THE POTENTIALITY OF JUDICIAL REVIEW THROUGH
REFUTATION.**

SINTESI

Secondo recenti studi sul concetto di *full jurisdiction* nella giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 6 della Convenzione, la *full jurisdiction* richiede che il giudice si sostituisca all'amministrazione, sia nella ricostruzione dei fatti (anche nei casi di c.d. "discrezionalità tecnica"), sia nella decisione circa la misura da adottare e il relativo assetto di interessi (la c.d. "discrezionalità amministrativa" o "discrezionalità pura"). In altre parole, secondo quest'interpretazione della giurisprudenza della Corte, la *full jurisdiction* coincide con il sindacato diretto o sostitutivo (permesso solo in giurisdizione di merito) e non invece con il sindacato indiretto o confutatorio (permesso in giurisdizione di legittimità). Di conseguenza, accogliendo tale tesi, i limiti imposti alla giurisdizione di legittimità dal diritto positivo sono incostituzionali per violazione dell'art. 117 Cost. Il presente lavoro discute questa tesi, mettendo in luce che nella giurisprudenza della Corte EDU «*it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities*» (*Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, §153). Nella giurisprudenza della Corte EDU, il sindacato confutatorio è sufficiente ad assicurare la *full jurisdiction*. In base all'art. 6 CEDU e all'art. 113 Cost., tuttavia, i giudici amministrativi non possono negare o limitare l'esercizio della loro giurisdizione su provvedimenti discrezionali o su questioni di c.d. "discrezionalità tecnica", sostenendo che in quei casi il loro sindacato possa essere solo esterno o sia limitato al rilievo della manifesta irragionevolezza o travisamento dei fatti. Ai sensi dell'art. 6 CEDU e dell'art. 113 Cost., i giudici amministrativi devono ammettere qualunque confutazione avanzata dal ricorrente e alla stregua di queste confutazioni sindacare il provvedimento, quale che sia il provvedimento impugnato.

ABSTRACT

According to recent Italian studies on the notion of *full jurisdiction*, referred to in Article 6 of the European Convention on Human Rights, in the ECHR's case law, the *full jurisdiction* requires that the judge replaces the Public Administration, both in the reconstruction of the facts (the so-called "technical discretionary power") and in the relating evaluation of the measures to be adopted and the interest balance (the "administrative discretionary power" or "pure discretionary power"). In other words, according to this interpretation of the Court's case law, the *full jurisdiction* corresponds to the judicial substitutive review (only allowed in merit jurisdiction), instead of the judicial review through refutation (allowed in jurisdiction of legitimacy). As a consequence, according to this interpretation, the limits imposed by the Italian law to judicial review are unconstitutional, as they infringe Article 117 of the Italian Constitution (which obliges the Italian legislator to comply with the obligations under international treaties – like the European Convention on Human Rights). This paper deals with such thesis, by pointing out that, according to ECHR's case-law «*it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities*» (*Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, §153). Under Article 6 of the Convention, the judicial review through refutation is sufficient to ensure the *full jurisdiction*. Under Article 6 of the Convention and Article 113 of the Italian Constitution, administrative judges cannot however deny or restrict their jurisdiction in case of discretionary decisions or of matters of "technical discretionary powers", claiming that in such cases their review is only "external" or restricted to cases of clear unreasonableness or misrepresentation of facts. Under Article 6 of the Convention and Article 113 of the Italian Constitution, the administrative judges shall accept any refutation made by the applicant and consequently review the decision, whatever the challenged decision is.

PAROLE CHIAVE: full jurisdiction - modalità di sindacato - sindacato confutatorio - sindacato sostitutivo

KEYWORDS: full jurisdiction - judicial review - judicial review through refutation - judicial review through substitution

INDICE: 1. La *full jurisdiction* come sostituzione del giudice all'amministrazione - 2. La sostituzione del giudice all'amministrazione come modalità di sindacato - 3. Il sindacato sostitutivo e il diritto positivo vigente - 4. La *full jurisdiction* come giurisdizione di legittimità - 5. La *full jurisdiction* come piena giurisdizione di legittimità.

1. La full jurisdiction come sostituzione del giudice all'amministrazione.

L'obbligo per gli Stati aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo di assoggettare i provvedimenti amministrativi ad una *full jurisdiction*

deriva dall'applicazione (quasi analogica) dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo.

L'art. 6 CEDU attribuisce a chiunque il diritto ad un «*equo processo*» («*fair trial*») in una «*causa*» («*determination*») su una «*accusa penale*» («*criminal charge*») o su «*diritti e doveri civili*» («*civil rights and obligations*»), a che tale causa sia giudicata da un «*tribunale*» («*tribunal*») indipendente dall'esecutivo e imparziale e a che in tale processo siano rispettate le garanzie procedurali della difesa tecnica, dell'udienza pubblica e della parità delle armi¹. Esso, cioè, si riferisce *prima facie* al processo penale e civile².

Tuttavia, fin dall'inizio degli anni '80 del Novecento la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo applica l'art. 6 anche ai procedimenti amministrativi attinenti a «*criminal charges*» e a «*civil rights and obligations*»³, in chiave antielusiva⁴. La Corte tralascia la qualificazione che l'ordinamento statale attribuisce all'organo chiamato a decidere (se giudice o amministrazione), all'illecito (se reato o illecito amministrativo) o alla situazione giuridica in questione (se diritto soggettivo o, diremmo in Italia, interesse legittimo)⁵. Purché vi sia un atto capace di irrogare una sanzione sufficientemente grave e non meramente risarcitoria per un illecito *ex iure publico*⁶ o di “determinare” un diritto o un obbligo di natura civi-

¹ Sulle garanzie apprestate dall'art. 6 CEDU in generale, cfr. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICH, *Article 6: the Right to a Fair Trial*, in *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 290 e ss.; F. MANGANARO, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ius Publicum*, 2011.

² Sul punto, per tutti: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 36 e ss.

³ Cfr. Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10 febbraio 1983. Su questa decisione si tornerà più dettagliatamente *infra*.

⁴ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1608 e ss.

⁵ Come nota A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, pp. 110 e ss., ciò implica che le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini garantite dal diritto amministrativo non trovino protezione *ex se* nella Convenzione, ma solo se ricadono nell'ambito materiale delle *criminal charges* (e godono dunque delle garanzie procedurali previste dall'art. 6, parr. 1-3, CEDU), dei *civil rights and obligations* (e perciò sono protetti dalle garanzie procedurali previste dall'art. 6, par 1, CEDU – sebbene fin da Corte EDU, *Albert and Le Compte v Belgium*, cit., parr. 30 e 39, la giurisprudenza di Strasburgo ritiene che il par. 1 della Convenzione includa anche le garanzie procedurali dei successivi parr. 2 e 3 e di conseguenza la materia “penale” e quella “civile” sono soggette al medesimo regime in base alla Convenzione) oppure dei singoli diritti garantiti sotto il profilo sostanziale dalla CEDU (come il diritto di proprietà – art. 1, Protocollo Addizionale CEDU, grazie al quale la Corte EDU ha avuto modo di censurare la c.d. accessione invertita come inadempimento rilevante ai sensi della Convenzione).

⁶ Come le sanzioni antitrust (CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy*, 27 settembre 2011), le sanzioni fiscali (CEDU, *Segame SA v. France*, 7 giugno 2012) o le sanzioni irrogate

le⁷, questo deve essere adottato da un organo indipendente e imparziale e in esito ad una procedura che rispetti le garanzie previste dall'art. 6 CEDU⁸.

Ciò non esclude tuttavia che lo Stato possa optare per l'irrogazione della sanzione o la determinazione del diritto o dell'obbligo civile mediante (un procedimento e) un provvedimento amministrativo. In questo caso, proprio in virtù dell'irrelevanza della qualificazione formale data dall'ordinamento, i precetti semplicemente si "spostano" sull'amministrazione e sul suo procedimento. E dunque: (i) l'autorità amministrativa competente deve essere indipendente dall'esecutivo e imparziale rispetto all'interessato e alla vicenda concreta e (ii) il procedimento amministrativo deve consentire all'interessato l'esercizio dei diritti "procedurali" riconosciutigli dall'art. 6 CEDU.

La violazione di questi precetti non comporta però di per sé l'inadempimento della CEDU da parte dello Stato. La Corte EDU permette allo Stato di "compensare" il difetto di indipendenza o imparzialità dell'organo amministrativo o la violazione delle garanzie procedurali nel procedimento amministrativo tramite il processo di *judicial review* sul provvedimento amministrativo, purché il giudice eserciti una *full jurisdiction* sul provvedimento⁹. Detto altrimenti, in base alla giurisprudenza CEDU, è sufficiente che almeno nel processo sul provvedimento amministrativo riguardante *criminal charges* o *civil right and obligation* siano garantite l'imparzialità e la terzietà del decisore e il rispetto delle garanzie procedurali (difesa tecnica, pubblica udienza e parità delle armi), purché il giudice sia munito dei poteri di *full jurisdiction*.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, la *full jurisdiction* consiste in un giudizio «*point by point*», «*both for questions of fact and for questions of law*»¹⁰, esteso a «*the merits of the decision*»¹¹ e nel quale in giudice può valutare indipendentemente

dall'autorità di settore delle telecomunicazioni ad un'emittente radio-televisiva (CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, 21 ottobre 2011).

⁷ La Corte vi ha ricondotto infatti situazioni che nel nostro ordinamento nazionale non hanno il regime dei diritti o degli obblighi: a mero titolo d'esempio, l'autorizzazione al pensionamento anticipato di un disabile richiesta dal datore di lavoro prevista dal diritto austriaco (CEDU, *Obermeier v. Austria*, 28 giugno 1990); l'espropriazione di un terreno per la costruzione di un'autostrada (CEDU *Zumtobel v. Austria*, 21 settembre 1993); il diniego di permesso di costruire (*Ortenberg v. Austria*, 25 novembre 1994); provvedimenti di vigilanza sulle banche (CEDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, 21 ottobre 2003; CEDU, *Družstevní Záložna Priea and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008; l'esclusione da una gara di appalto per lavori pubblici per ragioni di sicurezza nazionale (CEDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998).

⁸ Si vedano le sentenze citate alle due note precedenti.

⁹ Cfr. CEDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, *cit.*, par. 29.

¹⁰ Ancora CEDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, *cit.*, par. 29; più di recente CEDU, *Grande Stevens and other v. Italy*, 4 marzo 2014, par. 139.

¹¹ Già CEDU, *W v. the United Kingdom*, 8 luglio 1987, par. 82.

dall'amministrazione «*the central issue in the dispute*», in modo che «*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 executives*»¹². Sicché, sempre secondo la Corte EDU, v'è «*a violation of the right to access to a court where the applicant could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority acting within its discretionary powers*»¹³.

Secondo l'interpretazione di tale giurisprudenza proposta da alcuni studiosi¹⁴, perché la giurisdizione sul provvedimento amministrativo sia piena e dunque conforme all'art. 6 CEDU, il giudice deve avere pieno accesso al fatto e potersi sostituire al giudizio tecnico o opinabile e alla decisione discrezionale dell'amministrazione¹⁵: nel nostro sistema di giustizia amministrativa la *full jurisdiction* equivale alla giurisdizione estesa al merito¹⁶.

Questi autori ammettono, tuttavia, che la giurisprudenza convenzionale delinea limiti alla sostituzione del giudice all'amministrazione.

In primo luogo, v'è violazione dell'art. 6 CEDU perché il giudice non ha esercitato la *full jurisdiction* sul provvedimento amministrativo solo se il giudice nazionale ha declinato la giurisdizione in relazione ad almeno uno dei motivi di ricorso presentati dal cittadino¹⁷. Detto altrimenti, il giudice deve esercitare la giurisdizione estesa al merito solo se il ricorrente introduce una domanda o un motivo che richieda la sostituzione del giudice all'amministrazione: il giudice, cioè, deve sostituirsi all'amministrazione, ma non può sostituirsi al ricorrente. La *full jurisdiction* incontra il limite del principio della domanda.

In secondo luogo, sempre secondo quest'interpretazione della giurisprudenza convenzionale, la Corte rileva «*in alcuni (invero limitati) casi*»¹⁸, principalmente attinenti a *civil rights and obligations*, che la discrezionalità possa impedire

¹² CEDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, cit., par. 77.

¹³ CEDU, *Družstevní Záložna Píra and Others v. the Czech Republic*, cit., par. 111.

¹⁴ Ci si riferisce in particolare a: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit.; EAD., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, cit.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, II ed., 2015 (I ed., 2014); ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546 e ss.

¹⁵ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., par. 8.

¹⁶ M. ALLENA, *Art. 6*, cit., pp. 206 e ss.; F. GOISIS, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 1615 e ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit., pp. 557 e ss.

¹⁸ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., p. 572.

la piena sostituzione del giudice all'amministrazione, ma solo ove questa sia squisitamente politica e ponga dunque il «*problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse*»¹⁹. Tale limite invece non sussiste in materia sanzionatoria, ove il giudice amministrativo deve agire come un giudice di appello, in grado di riesaminare in ogni aspetto il caso e di rideterminare la «pena»²⁰.

2. La sostituzione del giudice all'amministrazione come modalità di sindacato.

Affermare che il giudice deve sostituirsi alla p.a. è in realtà un'espressione ambigua. La sostituzione del giudice all'amministrazione, come la giurisdizione estesa al merito, infatti può essere intesa in due modi.

(i) Per «sostituzione del giudice all'amministrazione» si può intendere la ripetizione dei giudizi compiuti dalla p.a. nel provvedimento in relazione ai presupposti (momento conoscitivo), agli effetti (momento dispositivo) e/o agli interessi da perseguire tramite il provvedimento (momento teleologico): è una questione di ambito di cognizione del giudice²¹. Così intesa, la questione della sostituzione del giudice alla p.a. si sovrappone al tema delle modalità del sindacato sul provvedimento amministrativo.

Pur tenendo fermo il limite del principio della domanda, sono infatti teoricamente (cioè logicamente ed epistemologicamente) possibili due modalità di sindacato di illegittimità sulla decisione dell'amministrazione, ossia sulla qualificazione dei presupposti (momento conoscitivo), sulla scelta dell'effetto o degli effetti del provvedimento (momento dispositivo) e sul bilanciamento degli interessi in gioco (momento teleologico): un sindacato diretto o, fuor di metafora, sostitutivo e un sindacato indiretto o, fuor di metafora, confutatorio²².

Il giudice che esercita un sindacato sostitutivo ripete, in base alle doglianze del ricorrente, la qualificazione dei presupposti, la preferenza fra gli effetti ammessi dall'ordinamento per quel tipo di provvedimento (ove ricorrano i presupposti) e/o la preferenza fra gli interessi in gioco e annulla il provvedimento impugnato che non coincide con la qualificazione, la scelta dell'effetto o

¹⁹ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., p. 573, il quale cita a sostegno della sua tesi CEDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., par. 32.

²⁰ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., pp. 576 e ss.

²¹ A. POLICE, *Le forme di giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 99.

²² Sia consentito rinviare, anche per le opportune citazioni, a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, pp. 417 e ss., part. pp. 540 e ss. per questa conclusione.

la ponderazione di interessi che il giudice ha formulato nel riesaminare la vicenda²³. Ad esempio, il giudice che esercita un sindacato sostitutivo sulla dichiarazione dell'interesse culturale di un bene immobile alla luce del motivo secondo cui il provvedimento della Soprintendenza ha violato l'art. 10, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 42 del 2004, valuta nuovamente ed indipendentemente dal giudizio della Soprintendenza se l'immobile presenta «*interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante*» (cioè ripete la qualificazione circa il presupposto per la dichiarazione di interesse culturale). E se ritiene che tale interesse non vi sia, annulla il provvedimento.

Il giudice che esercita un sindacato confutatorio invece vaglia la validità (in senso epistemologico) delle confutazioni avanzate dal ricorrente ai giudizi dell'amministrazione, al fine di stabilire se i giudizi della p.a. nel momento conoscitivo, nel momento dispositivo e/o nel momento teleologico sono falsi o scorretti. Le confutazioni possono riguardare il piano "metodologico" (la violazione di norme procedurali), il piano sintattico (la violazione delle regole logiche che governano il giudizio della p.a. – l'*internal justification* del provvedimento) e il piano del contenuto dei giudizi dell'amministrazione (la violazione dei canoni "sostanziali" della disciplina, scienza o tecnica che sovrintende a quel giudizio – l'*external justification* del provvedimento)²⁴. Su questo piano, che più si presta alla confusione con il sindacato sostitutivo, il ricorrente avanza proposizioni incompatibili con la verità o la correttezza del giudizio dell'amministrazione, ossia proposizioni potenzialmente confutatorie. Il giudice valuta la verità o la correttezza di queste proposizioni. E se le trova vere o corrette, considera falsi o scorretti i giudizi dell'amministrazione e dunque illegittimo il provvedimento²⁵.

Più in dettaglio, di ciascun giudizio categorico (cioè delle qualificazioni che la p.a. pone in essere, principalmente per stabilire se ricorrono i presuppo-

²³ Per l'analisi del sindacato di qualificazione (ossia del sindacato sostitutivo sul momento conoscitivo), F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., pp. 448 e ss.; per l'analisi del sindacato di decisione (ossia del sindacato sostitutivo sul momento dispositivo), pp. 493 e ss.; per l'analisi del sindacato di bilanciamento (ossia del sindacato sostitutivo sul momento teleologico), pp. 521 e ss.

²⁴ Laddove il primo di questi piani di confutazione ha natura meta-discorsiva (cioè attiene al rispetto delle condizioni della situazione linguistica), mentre gli altri due attengono al discorso dell'amministrazione – cfr. F. FOLLIERI, *op. cit.*, pp. 463 e ss. in termini generali e per i giudizi categorici dell'amministrazione, pp. 499 e ss. per i giudizi di preferenza fra effetti giuridici dell'amministrazione, e pp. 529 e ss. per i giudizi di preferenza fra interessi condotti dall'amministrazione.

²⁵ Ancora F. FOLLIERI, *op. cit.*, pp. 479 e ss. (in termini generali e per i giudizi categorici), pp. 509 e ss. (per i giudizi di preferenza fra misure) e pp. 538 e ss. (per i giudizi di preferenza fra interessi).

sti per l'adozione del provvedimento) il ricorrente può confutare tre elementi²⁶: la sussistenza del soggetto del giudizio categorico (cioè se esiste il *quid* qualificato), la fondatezza della qualificazione (cioè se è corretto ascrivere quel *quid* alla classe definita dal predicato, tenendo fermo il concetto, cioè la nozione del predicato) e la fondatezza del predicato nel sistema della disciplina di riferimento (cioè se è corretto il concetto impiegato per qualificare)²⁷. Ad esempio, «*l'immobile X, costruito nel 1705, che ospitò Garibaldi dopo l'incontro a Teano e che ha saloni affrescati da ordinari pittori della scuola napoletana dell'epoca, è di interesse storico e artistico particolarmente importante*» non ammette la verità/correttezza di proposizioni come «*l'immobile X è stato raso al suolo dal terremoto del 2008*» (perché confuta l'esistenza dell'immobile X, cioè del *quid* qualificato), «*l'immobile X è un palazzo finto neo-classico, costruito nel 2010*» (perché confuta la fondatezza della qualificazione, ossia che si è verificato l'evento che rende quell'immobile di interesse storico e artistico particolarmente importante, ferma restando la nozione – più o meno precisa o esplicita – di “immobile di interesse storico e artistico particolarmente importante”), oppure che «*è un “immobile di interesse storico-artistico” solo l'immobile che ha ospitato eventi storici decisivi per la storia dell'umanità e che ospita capolavori irripetibili dell'arte*» (perché confuta la fondatezza del predicato, ossia la correttezza del concetto alla stregua del quale l'amministrazione ha qualificato l'immobile). Se tali proposizioni (che rientrano nel novero delle proposizioni potenzialmente confutatorie) sono vere o corrette, confutano il giudizio per cui l'immobile X è di pregio storico/artistico. Esse richiedono che il giudice possa accedere direttamente al fatto (tramite ovviamente l'esperimento di mezzi di prova) e possa valutare le confutazioni del ricorrente alla luce dei concetti della disciplina “applicata” dall'amministrazione.

Della scelta di una misura (cioè della decisione di produrre un certo effetto giuridico) si può invece confutare l'idoneità rispetto all'interesse preferito dall'amministrazione nel bilanciamento e la necessità rispetto agli interessi sacrificati. Della ponderazione degli interessi, invece, si può confutare la completezza (l'omessa valutazione di uno degli interessi in gioco), l'accuratezza (l'erronea valutazione del peso concreto di uno o più interessi) e l'equilibrio (l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito non è almeno “pari” al sacrificio dell'interesse recessivo)²⁸. Si tratta di confutazioni che possono essere accumulate nel sindacato di sproporzione o irragionevolezza.

²⁶ Che corrispondono ad altrettanti elementi che la p.a. deve giustificare.

²⁷ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, pp. 262 e ss.

²⁸ Anche nel sindacato confutatorio sul momento dispositivo e sul momento teleologico trovano spazio le confutazioni di giudizi categorici: cfr. F. FOLLIERI, *Logica, cit.*, rispettivamente pp. 509 e ss. e 538 e ss.

In questo modo, il giudice non valuta “direttamente” il giudizio espresso dalla p.a. Le sue valutazioni riguardano, infatti, o la violazione di norme (procedimentali o logiche) o proposizioni potenzialmente confutatorie del ricorrente, ossia proposizioni incompatibili con le asserzioni che giustificano il giudizio dell’amministrazione (e che se ritenute vere o corrette escludono la verità o la correttezza del giudizio dell’amministrazione).

Nel sindacato confutatorio, in estrema sintesi, né il giudice, né il ricorrente ripetono il giudizio della p.a. Rispetto alle confutazioni metodologiche e logiche, il ricorrente denuncia la violazione di precetti procedimentali o della logica e il giudice ne valuta la violazione. Quando la confutazione attiene al piano del “contenuto” della decisione, il ricorrente introduce asserzioni incompatibili con la giustificazione del giudizio dell’amministrazione e il giudice valuta (la rilevanza e) la verità o la correttezza delle asserzioni incompatibili, da cui discende la falsità o la scorrettezza dei giudizi dell’amministrazione.

(ii) La sostituzione del giudice all’amministrazione può poi essere intesa come disposizione da parte del giudice degli effetti giuridici che la legge (sostanziale) prevede che siano disposti dall’amministrazione²⁹: è una questione attinente a quali poteri può esercitare il giudice una volta che ritenga fondato il ricorso – ad esempio, annullamento, riforma o modifica.

Ammettere o meno il sindacato sostitutivo non implica alcunché in relazione alla sostituzione del giudice nella disposizione degli effetti: in esito ad un sindacato sostitutivo è teoricamente (cioè logicamente ed epistemologicamente) possibile che il giudice abbia solo il potere di annullare il provvedimento, non quello di produrre gli effetti che la legge riserva alla p.a.³⁰; come potrebbe darsi che in esito ad un sindacato confutatorio il giudice eserciti un potere di riforma del provvedimento. È una questione di mero diritto positivo.

²⁹ A. POLICE, *Le forme di giurisdizione*, loc. cit.

³⁰ Ad esempio, chi ritiene che non sussistano limiti al sindacato sostitutivo in sede di giurisdizione generale di legittimità sposta (più o meno esplicitamente) il discrimine fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito sul versante della natura della pronuncia che il giudice può emettere, e dunque ammette che ad un sindacato sostitutivo possa seguire (in giurisdizione di legittimità) solo l’annullamento. Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, pp. 381 e ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II. Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 408 e ss.; ID., *Sindacato di merito e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in A. ROMANO TASSONE, F. MANGANARO, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, pp. 64 e s.; G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 93 e ss.; D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, cit., pp. 13 e ss.

La ricostruzione della *full jurisdiction* sintetizzata nel precedente paragrafo intende la sostituzione del giudice in materia “civile” solo come sindacato sostitutivo sul momento conoscitivo, sul momento dispositivo e sul momento teleologico della decisione dell’amministrazione; in materia “penale”, invece, richiede anche la sostituzione del giudice all’amministrazione nella produzione dell’effetto, peraltro limitata alla sola rideterminazione della sanzione – ritenendo negli altri casi perciò sufficiente alla *full jurisdiction* la misura dell’annullamento del provvedimento.

I problemi per il nostro ordinamento si concentrano sul versante dell’ambito di cognizione del giudice. Infatti, in materia “penale”, l’art. 134, lett. c), c.p.a. prevede che il g.a. eserciti giurisdizione di merito sulle sanzioni devolute alla sua cognizione. Tale disposizione è, però, interpretata dalla giurisprudenza proprio nel senso che al g.a. sia rimesso solo il potere di rimodulare la sanzione, non di sindacare in maniera sostitutiva il provvedimento sanzionatorio³¹. Quasi tutte le controversie attinenti alla materia “civile” ex art. 6 CEDU, invece, ricadono nella giurisdizione di legittimità. Nel prosieguo ci si soffermerà perciò solo sul se la *full jurisdiction* richieda il sindacato sostitutivo, cioè sul se la CEDU richieda il superamento della giurisdizione di legittimità quanto all’ambito di cognizione del giudice.

3. Il sindacato sostitutivo e il diritto positivo vigente.

Se sul piano logico ed epistemologico non vi sono ragioni per preferire una modalità di sindacato all’altra, così non è sul piano costituzionale o, se si vuole, della teoria dello Stato. Tramite il sindacato sostitutivo, il giudice infatti riesamina totalmente la vicenda, prescindendo dalla decisione dell’amministrazione, cioè ri-applica le norme che disciplinano il potere amministrativo al caso concreto. In questo modo, la decisione dell’amministrazione, una volta adito il giudice, è come se non ci fosse mai stata (almeno in relazione ai profili che il ricorrente deduce in giudizio). Tramite il sindacato confutatorio, il giudice invece “critica” la decisione dell’amministrazione, secondo le confutazioni avanzate dal ricorrente³². L’opzione per il sindacato sostitutivo o per il sindacato confutatorio sottintende dunque un diverso “rapporto di forza” tra il giudice e l’amministrazione, cioè tra il potere giudiziario e il potere esecutivo³³.

³¹ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104, punto 4.5 della motivazione; più di recente, TAR Lazio, Roma, sez. I, 17 agosto 2015, n. 10843,

³² Sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., p. 543.

³³ Non a caso, chi sostiene che la Corte EDU interpreti l’art. 6 CEDU in modo da imporre (salvo rare eccezioni) un sindacato sostitutivo sul provvedimento amministrativo ritiene che la

Il diritto positivo italiano esprime la preferenza per il sindacato confutatorio.

Fino all'entra in vigore del codice del processo amministrativo, tale preferenza era più una questione di "diritto vivente". Prima del codice, il "confine" tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito non era infatti tracciato dal legislatore³⁴. Il capo I del titolo III del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, dedicato alle «attribuzioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale», giustapponeva i «ricorsi per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere» (art. 26) ai casi in cui il Consiglio di Stato poteva «decidere pronunciando anche in merito» (art. 27), ma non definiva compiutamente i poteri del giudice nell'uno e nell'altro caso. Essi non

Corte EDU faccia del procedimento e del processo amministrativo due fasi di un medesimo ciclo funzionale, confermando (più o meno consapevolmente) la concezione kelseniana dell'amministrazione e della giurisdizione come applicazione di norme, contrapposte alla legislazione come creazione di quelle norme: dall'identificazione funzionale nella dinamica giuridica discende l'identificazione dal punto di vista della teoria dello Stato. Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., pp. 589 e ss.; ID., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 114 e s. In verità, come F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit., p. 550, riconosce, si tratta di un'evoluzione della teoria esposta da H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, pp. 269 e ss., ove rileva, in chiave critica alla teoria della separazione dei poteri, che se la Costituzione preclude la limitazione di taluni diritti fondamentali dei cittadini (come la libertà personale, la proprietà etc.) se non tramite un "due process of law", non implica di per sé una riserva di giurisdizione, ma che se quelle funzioni sono attribuite all'amministrazione, i suoi organi e i suoi procedimenti devono essere conformati all'idea del "due process of law" (part. p. 278). Tale critica poi si spinge ad affermare che l'idea della separazione dei poteri, smentita sul piano teorico dall'identità funzionale di amministrazione e giurisdizione, è confermata sul piano del diritto positivo dal sindacato giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione (p. 280).

Sul piano teorico della dinamica della produzione giuridica, è difficile confutare che giurisdizione ed amministrazione rivestano lo stesso ruolo rispetto all'ordinamento: sono chiamati alla sua attuazione. Non a caso sono entrambe soggette al principio di legalità, sia sul versante dell'azione (artt. 97 e 101 Cost.), sia sul versante dell'organizzazione (artt. 97 e 25 Cost.).

Sul piano della dottrina dello Stato, è indubbio che negli ordinamenti occidentali contemporanei i rapporti tra questi due poteri sono orientati ad una progressiva parità. Anche su questo piano, dunque, giurisdizione ed amministrazione vanno verso o hanno raggiunto una piena equiparazione.

Sicché si può con una certa sicurezza concludere che giurisdizione e amministrazione siano ormai poteri di pari rilievo. Da questa parità si è soliti inferire che il giudizio della p.a. possa essere ripetuto dal giudice: non v'è ragione per avallare un sistema nel quale il giudice è "subordinato" alla p.a., come quello nel quale la p.a. gode della protezione dell'*ipse dixit*. Se dall'assunto della parità tra giudice e amministrazione si può legittimamente inferire che il giudice non possa essere subordinato alla p.a., si deve però anche inferire che nemmeno la p.a. possa essere subordinata al giudice, come accadrebbe invece nel caso in cui il giudice sostituisse ogni giudizio della p.a.: semplicemente il giudizio e la decisione della p.a., cioè l'esercizio del suo potere verrebbe totalmente messo da parte, per far spazio all'esercizio del potere giurisdizionale, chiamato a soverchiare quello dell'amministrazione. Speso per giustificare la sostituzione del giudice all'amministrazione, l'argomento della parità tra giudice e amministrazione "prova troppo".

³⁴ Cfr. B. GILBERTI, *L'ἐξέλεγε nel processo amministrativo*, *SEP*, tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 1/2017, pp. 276 e s.

potevano essere desunti in maniera sufficientemente certa nemmeno dai poteri istruttori e dagli “esiti” dei ricorsi: nella giurisdizione di merito il giudice poteva disporre «*qualunque mezzo istruttorio*» (art. 44, co. 2, R.D. n. 1054/1924) e «*decide[re] anche nel merito*» (art. 45, co. 1, R.D. n. 1054/1924); in giurisdizione di legittimità, invece, il giudice poteva «*richiedere nuovi schiarimenti o documenti*» o «*nuove verificazioni*» all'amministrazione ove l'istruttoria procedimentale fosse stata incompleta o le risultanze istruttorie fossero contraddette dai documenti» (art. 44, co. 1, R.D. n. 1054/1924) e annullare il provvedimento (art. 45, co. 1, R.D. n. 1054/1924). La l. 6 dicembre 1971 n. 1034 precisò poi che in sede di giurisdizione di merito il g.a. poteva «*reformare l'atto o sostituirlo*» (art. 26 l. n. 1034/1971)³⁵. Nel 2000, la l. n. 205 ammise infine anche in sede di giurisdizione di legittimità la consulenza tecnica d'ufficio, avvicinando i poteri istruttori della giurisdizione di legittimità a quella di merito, ma non ne determinò l'ambito di applicazione né gli effetti³⁶. In questo contesto, la discussione intorno ai limiti del sindacato o, per meglio dire, della giurisdizione di legittimità è interna al dibattito dogmatico (dottrinario e giurisprudenziale). Sicché il superamento della giurisdizione di legittimità (o dei suoi limiti), in questa prospettiva imposto dalla Costituzione e dalla CEDU, avrebbe potuto essere attuato mediante un lavoro “culturale”, di interpretazione conforme alla Costituzione – un po' come è accaduto per consentire al g.a. l'accesso diretto al fatto³⁷.

Sebbene le indicazioni del legislatore rimangano scarse e in parte contraddittorie, le disposizioni del codice sono invece inequivoche almeno sui termini fondamentali del rapporto tra amministrazione e giudice.

In base all' art. 7, co. 6, c.p.a., nell'esercizio della giurisdizione estesa al merito «*il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*». Se ne può trarre, *a contrario*, che in sede di giurisdizione di legittimità al giudice è vietato sostituirsi all'amministrazione. Tuttavia, in base all'art. 31, co. 3, c.p.a., in caso di inerzia dell'amministrazione o di annullamento del provvedimento di diniego, il giudice «*può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata*» in astratto o in concreto e purché non siano «*necessari adempi-*

³⁵ Oltre a condannare la p.a. al pagamento delle somme di cui fosse risultata debitrice.

³⁶ Tanto da consentire di considerare vietata la consulenza tecnica con riguardo a valutazioni tecniche opinabili: cfr. F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 832 e ss.. Con il codice invece, secondo Volpe, la c.t.u. consente un sindacato sostitutivo rispetto alle valutazioni opinabili o complesse: cfr. ID., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 3712)*, in *www.giustamm.it*, 2/2012, e ID., *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e di merito)*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2016, part. par. 7.

³⁷ Su questa evoluzione si veda, per tutti, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 157 e ss. e 174 e ss.

menti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione» - e ciò pacificamente anche ove la relativa domanda sia stata avanzata in sede di giurisdizione di legittimità. L'accertamento della fondatezza della pretesa implica che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione. *Ergo*, quando il ricorrente chiede la condanna dell'amministrazione a provvedere, il g.a. può sostituirsi all'amministrazione anche in materie soggette alla giurisdizione di legittimità, purché l'attività della p.a. sia vincolata e non residuino adempimenti istruttori ad essa riservati. Se in questi casi il giudice può sostituirsi all'amministrazione per valutare la fondatezza della pretesa, non vi sono ragioni per vietare in quegli stessi casi al giudice di sostituirsi all'amministrazione anche quando giudica solo dell'illegittimità del provvedimento di diniego – cioè quando il ricorrente avanzi esclusivamente domanda di annullamento. L'argomento per analogia può essere impiegato anche per i provvedimenti restrittivi vincolati (in astratto o in concreto): se nel giudizio di illegittimità sui provvedimenti vincolati di diniego il giudice può sostituirsi all'amministrazione purché non residuino incumbenti istruttori riservati alla p.a., alle stesse condizioni il giudice può sostituirsi all'amministrazione anche quando giudica dell'illegittimità dei provvedimenti restrittivi vincolati (in astratto o in concreto). Sicché, la norma per cui il giudice amministrativo non può sostituirsi alla p.a. in sede di giurisdizione di legittimità è implicata da una disposizione del codice (art. 7, co. 6, c.p.a.), ma al contempo delimitata da un'altra disposizione (art. 31, co. 4, c.p.a.). Il divieto di sostituzione trova dunque un'eccezione: per i provvedimenti vincolati in astratto o vincolati in concreto e rispetto ai quali non sia previsto l'esperimento di mezzi istruttori riservati alla p.a., la giurisdizione di legittimità include il potere di sostituirsi all'amministrazione – sia per la pronuncia di condanna, sia per la pronuncia di annullamento³⁸.

La *full jurisdiction*, come ricostruita dalla tesi sintetizzata nel primo paragrafo, impone invece che il divieto di sostituzione divenga l'eccezione, peraltro delimitata ad un ristrettissimo campo di scelte eminentemente politiche in materia "civile". In quest'ottica, la disciplina ordinaria del processo amministrativo è dunque incompatibile con la Convenzione.

La Convenzione EDU, *recte* l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo, ha il rango di parametro di legittimità costituzionale, quale norma interposta art. 117, co. 1, Cost.³⁹. Sicché, assunta la ricostruzione della giurisprudenza CEDU che si sta esaminando, il superamento dei tradizionali limiti

³⁸ Su questi profili, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, pp. 544 e s.

³⁹ Come affermato da Corte Costituzionale, sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

della giurisdizione di legittimità è *ex* imposto dalla Costituzione, oltre che dalla Convenzione EDU. L'interpretazione della giurisprudenza CEDU in questione implica dunque l'illegittimità costituzionale della disciplina (o, per meglio dire, dei limiti) della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. E tale illegittimità costituzionale troverebbe come unico rimedio la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Per un verso, la formulazione letterale del codice del processo amministrativo non consente di costruire argomenti interpretativi validi in grado di sostenere che in giurisdizione di legittimità sia permessa la sostituzione e dunque impedisce l'interpretazione conforme: altrimenti, che senso avrebbe permettere la sostituzione espressamente per la giurisdizione estesa al merito e in taluni casi (ben delimitati) per la giurisdizione di legittimità? Per altro verso, perché la diretta applicazione della CEDU per il tramite del diritto europeo, e dunque la disapplicazione del diritto interno contrastante con la Convenzione⁴⁰, è stata esclusa dalla Corte Costituzionale – che ha optato per il controllo accentrato di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.⁴¹.

4. La full jurisdiction come giurisdizione di legittimità, non di merito.

Della, pur ben argomentata, tesi secondo cui la *full jurisdiction* consiste nella sostituzione del giudice all'amministrazione (purché ciò chieda il ricorrente e salvi i casi di lata discrezionalità politica in materia civile) non può condividersi la ricostruzione del concetto di *full jurisdiction* nella giurisprudenza della Corte EDU.

Questa tesi cita, spesso testualmente, passi delle pronunce della Corte: ad esempio, quello in cui la Corte afferma che il diritto ad un giudice che esercita *full jurisdiction* significa il diritto ad ottenere «a determination by a tribunal of the matters in dispute [...], both for questions of fact and for questions of law»⁴² o che «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»⁴³ o ancora che costituisce «a violation of the

⁴⁰ Pure avanzata quale modalità di applicazione della Convenzione nel nostro ordinamento, grazie al riferimento ad essa contenuto nell'art. 6, par. 3, TUE: cfr., per tutti, la ricostruzione di M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 825 e ss., part. par. 4.

⁴¹ Corte cost. 11 marzo 2011 n. 80.

⁴² CEDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., par. 29.

⁴³ CEDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, cit., par. 77.

*right to access to a court where the applicant could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority acting within its discretionary powers*⁴⁴.

Tuttavia, prima di poter essere estese al nostro sistema di giustizia amministrativa, queste affermazioni “di principio” vanno lette nel contesto del caso che risolvono per almeno tre ragioni. Per un verso, sono sufficientemente generiche da poter intendere sia che il giudice eserciti un sindacato sostitutivo, sia che il giudice abbia un pieno accesso ai fatti e possa sindacare in via confutatoria il provvedimento in tutti i suoi aspetti. Per altro verso, la Corte si pronuncia in relazione a sistemi di giustizia nei confronti dell’amministrazione estremamente eterogenei e spesso notevolmente lontani dal nostro. Infine, la Corte EDU (salve rare prese di posizione in termini generali) ha un approccio eminentemente casistico, poco incline a stabilire “principi di diritto” – diversamente dalle nostre corti superiori. Sicché la portata di quelle affermazioni va misurata rispetto all’ordinamento nazionale cui si riferisce e alla conclusione che la Corte ha tratto da quelle premesse. Detto altrimenti, quelle affermazioni vanno lette alla luce di due domande: (i) in quali termini l’ordinamento nazionale ha assicurato in quella controversia la giustiziabilità del provvedimento⁴⁵? (ii) Quali limiti alla giurisdizione la Corte ha concretamente ritenuto compatibili o meno con il concetto di *full jurisdiction*? In questo modo si può tentare di disambiguare quelle affermazioni “di principio” della Corte.

Dalle pronunce della Corte EDU lette in questo modo non sembra potersi ricavare l’equazione “*full jurisdiction* = giurisdizione di merito”, ossia “*full jurisdiction* = sostituzione del giudice all’amministrazione”.

Il *leading case* in materia è *Albert and Le Compte v. Belgium*⁴⁶, un caso di sanzione disciplinare dell’ordine dei medici⁴⁷, soggetta in Belgio all’impugnazione innanzi ad un organo dello stesso ordine e, infine, della Corte di Cassazione. Secondo la Corte, l’assenza di pubblica udienza in “appello” (lamentata dal ricorrente) non poteva essere compensata dalla vigenza di tale garanzia nel giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, giacché questa «*does not take cognisance of the merits of the case, which means that many aspects of "contestations" (disputes) concerning*

⁴⁴ CEDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., par. 111.

⁴⁵ La cui ricostruzione, in astratto e in concreto, è non a caso premessa alla decisione in ciascuna sentenza della Corte.

⁴⁶ Sentenza del 10 febbraio 1983, già citata.

⁴⁷ Ma qualificata come provvedimento attinente a *civil rights and obligations*, per via di come il ricorso era stato proposto alla Corte – cfr. par. 30. Tuttavia, la Corte scruta la vicenda premettendo l’equivalenza delle garanzie previste dalla CEDU per i procedimenti attinenti la materia “civile” e quella “penale” – cfr. par. 39.

"civil rights and obligations", including review of the facts and assessment of the proportionality between the fault and the sanction, fall outside its jurisdiction»⁴⁸. Detto altrimenti, la Corte EDU ha censurato che il giudice non esercitasse un pieno accesso al fatto e non sindacasse la proporzionalità della misura adottata (nella specie, della sanzione). Il Belgio è stato sanzionato perché l'unico giudice che assicurava il rispetto delle garanzie procedurali non ha esercitato un sindacato confutatorio.

In *Obermeier v. Austria*, riguardante l'autorizzazione al pensionamento anticipato di un disabile richiesta dal suo datore di lavoro, il sindacato esercitato dal giudice amministrativo austriaco è stato ritenuto insufficiente perché questi ha potuto «only determine whether the discretion enjoyed by the administrative authorities has been used in a manner compatible with the object and purpose of the law»⁴⁹. Per usare termini più consoni alla nostra dogmatica, la Corte ha ritenuto insufficiente un mero sindacato di sviamento di potere inteso in senso stretto, cioè sul perseguimento di un fine diverso da quello previsto dalla legge. Nella successiva *Zumtobel v. Austria*, invece, la Corte ha ritenuto sufficiente il sindacato esercitato dal giudice amministrativo austriaco su un provvedimento di esproprio per la costruzione di un'autostrada, giacché il giudice aveva potuto accertare «the impossibility "of constructing or retaining a section of highway which is more suitable from the point of view of traffic requirements, environmental protection and the financial implications"»⁵⁰, ossia aveva potuto esercitare un sindacato di proporzionalità e in particolare di idoneità e di necessità nella decisione del tracciato dell'autostrada – ancorché tale parametro fosse esplicitato dalla normativa di settore. Se dunque un sindacato di mero sviamento di potere è insufficiente, è invece sufficiente il giudizio di proporzionalità della misura (nella specie dell'individuazione del tracciato dell'autostrada). Il sindacato confutatorio è dunque sufficiente, ma non può essere limitato ad alcuni suoi aspetti.

In *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*⁵¹, riguardante l'esclusione dalla contrattazione con la p.a. di alcune imprese per ragioni di sicurezza nazionale, la Corte ha ritenuto che il giudice non fosse titolare di *full jurisdiction* giacché era «unable to go behind the terms of the section 42 certificate in order to verify whether grounds in fact existed for considering Tinnelly a security risk or whether NIE's decision was in any way influenced by its concern to appease the

⁴⁸ CEDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., par. 36.

⁴⁹ CEDU, *Obermeier v. Austria*, 28 giugno 1990, par. 70.

⁵⁰ CEDU, *Zumtobel v. Austria*, del 21 settembre 1993, par. 31.

⁵¹ Richiamata da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., p. 1612.

*unions at Ballylumford*⁵², dunque perché il giudice non aveva avuto alcun accesso al fatto. E comunque «*any substantive review of the grounds motivating the issue of the certificate would have been impaired in any event on account of the fact that Mr Justice McCollum did not have sight of all the materials on which the Secretary of State had based his decision*»⁵³, cioè sarebbe in ogni caso mancato un reale sindacato sulla motivazione dell'esclusione per via dell'assenza di accesso ai documenti del procedimento. Ancora una volta, la *full jurisdiction* manca perché manca l'accesso al fatto (e ai documenti del procedimento). Ma nel valutare l'eventualità in cui il giudice nazionale avesse potuto esercitare un sindacato sostanziale sulla motivazione, la Corte EDU sembra lasciar intendere che questo sia il livello di sindacato richiesto dall'art. 6 CEDU: un sindacato sulla giustificazione (sostanziale) del provvedimento.

Tale impressione è ribadita da *Tsfayo v. the United Kingdom*, riguardante il diniego del sussidio per la residenza (richiesto con effetti retroattivi), opposto ad un'immigrata che non aveva presentato entro il termine l'istanza di rinnovo annuale. Secondo la Corte EDU, la *High Court* non ha esercitato *full jurisdiction* sul diniego. Infatti, la questione del giudizio era se la ricorrente avesse presentato istanza di sussidio in ritardo per una buona ragione («*good cause*»): lei sosteneva in particolare che il ritardo fosse stato causato dalla sua cattiva conoscenza dell'inglese, che le aveva permesso di capire che v'era un obbligo di rinnovo annuale solo al momento in cui le era stato notificato lo sfratto (cagionato dall'interruzione del versamento del sussidio). Si trattava dunque di «*a simple question of fact, namely whether there was "good cause" for the applicant's delay in making a claim*»⁵⁴. Tuttavia, «*the applicant had her claim refused because the HBRB [cioè l'autorità amministrativa competente] did not find her a credible witness. Whilst the High Court had the power to quash the decision if it considered, inter alia, that there was no evidence to support the HBRB's factual findings, or that its findings were plainly untenable, or that the HBRB had misunderstood or been ignorant of an established and relevant fact [...], it did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views as to the applicant's credibility*»⁵⁵. Quella che potrebbe sembrare un'affermazione secondo cui la *full jurisdiction* deve permettere al giudice di sostituire la sua opinione («*to [...] substitute its own view*») a quella dell'amministrazione, pare in realtà rivolta a censurare il fatto che il giudice non ha potuto valutare la credibilità di quanto

⁵² CEDU, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, par. 74.

⁵³ CEDU, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, *cit.*, par. 75.

⁵⁴ CEDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, 14 novembre 2006, par. 46.

⁵⁵ CEDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, *cit.*, par. 48.

affermato dalla ricorrente, in qualità di testimone, cioè a stigmatizzare che il giudice non aveva potuto valutare la fondatezza dell'asserzione dell'amministrazione, tramite la verifica della 'tenuta' dell'argomento da questa utilizzato per negare la sussistenza della *good cause* – la non credibilità della ricorrente. Si tratta di una condanna per non aver esercitato un sindacato confutorio sulla fondatezza della predicazione (se l'ignoranza dell'inglese da parte della ricorrente fosse tale da impedirle di poter cogliere l'obbligo di presentare domanda di rinnovo ogni anno) e sulla sussistenza del *quid* predicato (l'ignoranza dell'inglese).

Quanto alle decisioni della Corte riguardanti i poteri di *full jurisdiction* sui provvedimenti di vigilanza bancaria (caratterizzati da giudizi sui presupposti molto tecnici e, spesso, opinabili)⁵⁶, la Corte non sembra aver mai imposto che il giudice dovesse esercitare un sindacato sostitutivo.

In *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, la Corte ha accertato che era stato violato l'art. 6 CEDU perché la Banca non aveva avuto alcun ricorso effettivo contro il provvedimento della Banca nazionale ceca che la assoggettava ad amministrazione controllata: il ricorso contro tali provvedimenti era infatti precluso dalla legge ceca⁵⁷. L'unico rimedio era stato un giudizio innanzi al giudice civile circa l'iscrizione al registro delle imprese del provvedimento di amministrazione controllata. In questo giudizio, il giudice poteva esclusivamente «*verify that the formal conditions laid down in the relevant legislation for making such entries have been fulfilled*»⁵⁸ e nel corso del quale una delle impugnazioni contro la prima decisione era stata addirittura dichiarata inammissibile perché «*the appeal had been lodged by an unauthorised person, the compulsory administrator alone being authorised to act on behalf of the bank in any such appeals*»⁵⁹. Similmente, in *Capital Bank v. Bulgaria*, la Corte EDU ha accertato la violazione dell'art. 6 CEDU perché la revoca dell'autorizzazione bancaria per insolvenza non era impugnabile per

⁵⁶ Citati da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., pp. 1611 e s. per dimostrare che la Corte EDU impone la sostituzione del giudice amministrativo alla p.a. rispetto a tali giudizi dell'amministrazione.

⁵⁷ Cfr. CEDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, 21 ottobre 2003, par. 38, in particolare l'ultimo capoverso: «*the Banks Act did not oblige the CNB [la Banca Nazionale Ceca] to notify its decision concerning the imposition of compulsory administration to the bank concerned. It did not specify the maximum period of compulsory administration, did not contain any reference to the application of administrative law to compulsory administration proceedings, did not specify the parties to the proceedings and did not indicate any remedy against a decision imposing compulsory administration*». Solo in seguito, con una modifica inapplicabile al caso in questione, tali provvedimenti sono divenuti impugnabili (come riporta il par. 39).

⁵⁸ CEDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, cit., par. 70.

⁵⁹ Ancora CEDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, cit., par. 72.

legge⁶⁰ e al giudice civile chiamato a giudicare della conseguente liquidazione non era permesso alcun sindacato sulla revoca e sul relativo accertamento dell'insolvenza⁶¹. Si tratta di casi in cui v'è un quasi totale diniego di giurisdizione sul provvedimento amministrativo. E in questo contesto passi come quello per cui i giudici «were precluded from conducting their own examination of whether the applicant bank was in fact insolvent after it had been found to be insolvent by the BNB [la Banca nazionale bulgara]»⁶² non possono essere letti come l'affermazione del dovere del giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione: la Corte discorreva di sistemi che precludevano l'accesso alla giustizia amministrativa e di giudizi civili che applicavano conseguenze civilistiche di taluni provvedimenti amministrativi, senza avere alcuna giurisdizione su di essi.

In *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, sempre riguardante un provvedimento di vigilanza bancaria, invece, la Corte sanziona la Repubblica Ceca perché «until 31 December 2002 the Czech administrative courts did not have full jurisdiction to review administrative acts, their scrutiny being limited under Part V of the Code of Civil Procedure to the examination of issues of legality»⁶³, tanto che la disciplina del processo amministrativo ceco «was found by the Constitutional Court in 2001 incompatible with Article 6 of the Convention, as, in that court's view, administrative courts were not empowered to quash unlawful decisions but merely those which were illegal»⁶⁴. Il mero sindacato di legalità (e non di legittimità⁶⁵) si era tradotto nel caso

⁶⁰ CEDU, *Capital Bank v. Bulgaria*, 24 novembre 2005, par. 105: «the Court notes that section 21(5) of the Banks Act of 1997 explicitly excludes from the scope of judicial review a decision by the BNB [la Banca nazionale bulgara] to revoke a bank's licence on the ground of insolvency (see paragraph 56 above). According to the Supreme Administrative Court, that prohibition applies regardless of whether the allegation is that it is null and void or merely voidable. Indeed, it was for this reason that the Supreme Administrative Court rejected the application for judicial review of the BNB's decision to revoke the applicant bank's licences».

⁶¹ CEDU, *Capital Bank v. Bulgaria*, cit., par. 99: «The Court notes that, when examining the BNB's winding-up petition, the Sofia City Court and the five-member panel of the Supreme Court of Cassation, whose judgment was final, held, as is apparent from their reasoning, that they were precluded from conducting their own examination of whether the applicant bank was in fact insolvent after it had been found to be insolvent by the BNB (see paragraphs 27 and 33 above). As a result, the Sofia City Court expressly held that the evidence adduced by the applicant bank and by the prosecutor's office with a view to challenging the BNB's findings should not be taken into account, as it was irrelevant to the dispute before it. It further held that the applicant bank's requests and objections on this point were inadmissible and would not be examined (see paragraph 27 above). These holdings were endorsed by the five-member panel of the Supreme Court of Cassation (see paragraph 33 above). The outcome of the case was thus in the end determined solely on the basis of the BNB's finding that the applicant bank was insolvent».

⁶² CEDU, *Capital Bank v. Bulgaria*, cit., par. 99.

⁶³ CEDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, del 31 luglio 2008, par. 109.

⁶⁴ CEDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, op. loc. ult. cit.

⁶⁵ La distinzione tra (il)legalità e (il)legittimità è invero nota anche alla dottrina italiana, che la traeva dall'interpretazione "comparativa" dell'art. 5 della l. n. 2248/ 1865, all. E, e dell'art. 24

all'attenzione della Corte nel fatto che «*instead of ruling on the question of proportionality of the receivership, it only confined itself to the verification whether the OSCU [l'autorità amministrativa competente] did not act beyond its discretionary power as reserved by the Act when imposing the receivership. That finding was made on the assumption, not verification, by the High Court that the economic standing of the applicant credit union as assessed by the OSCU was accurate*»⁶⁶. Ciò che la Corte EDU dunque rimprovera al giudice ceco è di non aver esercitato un sindacato di proporzionalità sulla misura e di non aver sindacato l'accuratezza del giudizio sui presupposti, non di non essersi sostituito all'amministrazione.

Rispetto ai limiti così delineati, la giurisdizione di legittimità approntata dal nostro ordinamento pare sufficientemente avanzata.

E infatti in *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, la Corte ha ritenuto che il giudice amministrativo italiano avesse esercitato *full jurisdiction* sulla sanzione irrogata dall'AGCM. Per un verso, «*la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique*»⁶⁷. Per altro verso, «*en allant au delà d'un contrôle "externe" sur la cohérence logique de la motivation de*

l. n. 5992/1889: la illegalità è la mera difformità dallo schema legale dell'atto, la illegittimità comprensiva anche della non conformità dei fini, dello scopo, dei motivi o della causa a quelli indicati dalla legge (G.P. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1958, p. 88; F. BASSI, "Conformità" alle leggi e "legittimità" dell'atto amministrativo, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 61 e ss.). Detto altrimenti, l'illegittimità comprende anche l'eccesso di potere, sicché il relativo sindacato è precluso al giudice ordinario (che conosce della mera "conformità alle leggi" ex art. 5 l. ab. cont.): V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. III, 1901, p. 807; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. dell'ed. del 1914), p. 696; M. D'AMELIO - S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 182; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia sulla pubblica amministrazione*, Milano, IV ed., 1934, pp. 337 e s.; F. D'ALESSIO, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, p. 77; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, VIII ed., 1958, II, p. 163; G. SALEMI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1941, vol. II, p. 95; R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Roma, I, 1942, p. 74; U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo. Parte generale*, vol. II, *Il rapporto- La teoria degli atti*, Napoli, II rist. della IV ed., 1950, pp. 184 e 195. Cfr. la ricostruzione di L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, Esi, 1976, pp. 45 e ss., spec. 55 e ss.

Che l'indagine giudiziale per lo sviamento di potere sia più esteso di quello di legalità è considerazione comune anche nella dottrina francese: M. HAURIOU, in nota al caso Gomel (*Conseil d'Etat*, 4 aprile 1914, Gomel, Rec. 488), citato da M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, cit., III, p. 288.

⁶⁶ CEDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., par. 112.

⁶⁷ CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, 27 settembre 2011, par. 64.

*l'AGCM, s'est livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction par rapport aux paramètres pertinents, y compris la proportionnalité de la sanction même*⁶⁸⁻⁶⁹.

Né a tale considerazione può opporsi il riferimento alla decisione *Placi v. Italy*⁷⁰, rilevando che in quel caso la Corte EDU ha sanzionato l'Italia perché il g.a. aveva rigettato le censure del ricorrente formulate contro la valutazione condotta dalle commissioni medico-militari circa il nesso di causalità tra la sua malattia psichiatrica e il servizio militare⁷¹. In quella vicenda, infatti, la questione non era di ambito di sindacato. La sez. IV del Consiglio di Stato aveva disposto la rinnovazione della valutazione da parte di una commissione medica nominata dalla medesima sezione con sentenza n. 1710/2010. Tuttavia, anche in esito a quella valutazione era risultato che il disturbo psichiatrico del ricorrente non dipendeva dal servizio militare prestato e dunque anche l'appello era rigettato con la sentenza 801 del 4 febbraio 2011⁷². Sicché, nonostante il Consiglio di Stato nella seconda sentenza faccia riferimento al limite della giurisdizione di legittimità⁷³, ha in realtà pienamente esercitato il suo sindacato, anche disponendo la rinnovazione della valutazione medica. Tuttavia, ed è questo il punto che la Corte EDU pare censurare, la commissione individuata dal Consiglio di Stato era composta da medici del Ministero della Difesa: il punto della controversia era il sospetto che la commissione medica per la rivalutazione del nesso di causalità non fosse imparziale. La Corte infatti conclude che *«the applicant was not afforded a fair hearing before an impartial tribunal and at a par with his ad-*

⁶⁸ CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, cit., par. 66.

⁶⁹ Si potrebbe replicare che sulle sanzioni pecuniarie devolute alla sua giurisdizione (incluse quelle dell'autorità amministrative indipendenti) il g.a. esercita giurisdizione estesa al merito, ex art. 134, lett. c), c.p.a. Tuttavia, il potere di sostituzione in questa materia è limitato, secondo la giurisprudenza già citata *supra*, alla rideterminazione della sanzione: non include un sindacato sostitutivo.

Sul confronto tra giurisdizione del g.a. sulle sanzioni anti-trust e *full jurisdiction*, si veda (in termini analoghi al discorso che si sta conducendo) F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 507 e ss.

Non pare invece pertinente citare CEDU, *Segame SA c. France*, 7 giugno 2012, per confutare tale ricostruzione. In quel caso, infatti, la Corte ha rigettato il ricorso perché il giudice amministrativo francese esercitava su quella controversia una giurisdizione sostitutiva, cioè quella del *recours de plein contentieux*. Ciò rende irrilevante tale sentenza per desumervi se la Corte EDU ritenga sufficiente la giurisdizione di legittimità (cfr. parr. 29 e s. di quella sentenza).

⁷⁰ CEDU, *Placi v. Italy*, 21 gennaio 2014.

⁷¹ Come di recente fa F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 12 e ss.

⁷² Sentenza citata dalla CEDU, *Placi v. Italy*, cit., par. 28.

⁷³ Afferma infatti il Consiglio di Stato che *«nella presente sede di legittimità ove non sono consentite, come è noto, valutazioni di merito in ordine agli accertamenti tecnici eseguiti dalla Commissioni mediche, non ricorrono le condizioni per ritenere fondate le censure avanzate dall'appellante»* (Cons. Stato, sez. VI, n. 801/2011).

versary in the proceedings before the CS», giacché «*the applicant had legitimate reasons to fear that the Medical Board had not acted with the appropriate neutrality in the proceedings before the CS. It further transpires that, as a result of the Board's composition, procedural position and role in the proceedings before the CS the applicant was not on a par with his adversary, the State, as he was required to be in accordance with the principle of equality of arms*»⁷⁴.

Si potrebbe replicare a questa ricostruzione che la limitatezza delle conclusioni della Corte EDU rispetto all'ampiezza delle sue premesse sulla *full jurisdiction* dipende non dal fatto che la Corte ritenga in termini generali che il sindacato confutatorio assicuri una *sufficient review*, ma dal dato contingente che i ricorrenti avevano avanzato censure innanzi al giudice nazionale di mera confutazione – che dunque non richiedevano il sindacato sostitutivo. E, per via del rispetto del principio della domanda richiamato dalla Corte EDU, tale contingenza si traduce nell'assenza della violazione dell'art. 6 CEDU⁷⁵.

Tale arguta considerazione è tuttavia smentita da recenti sentenze della Corte EDU: *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, 21 ottobre 2011, e *Fazja Ali v. the United Kingdom*, 25 ottobre 2015. In questi arresti, diversamente dal passato, la Corte puntualizza in termini generali ed astratti (cioè fin dalla posizione della premessa maggiore del suo ragionamento) che cosa debba intendersi per '*full jurisdiction*'.

Dopo aver premesso che nella giurisprudenza della Commissione e della Corte un giudice ha esercitato *full jurisdiction* quando «*has exercised "sufficient jurisdiction" or provided "sufficient review" in the proceedings before it*»⁷⁶, la Corte precisa che «*it can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities*»⁷⁷. In questo contesto, la Corte ha posto «*particular emphasis [...] on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of "expediency" and which often involve specialised areas of law*»⁷⁸. In entrambe

⁷⁴ CEDU, *Placì v. Italy*, cit., par. 79.

⁷⁵ Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 1615 e ss.

⁷⁶ CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 152, ove la Corte cita: *Zumtobel v. Austria*, cit., parr. 31-32; *Bryan v. the United Kingdom*, 22 novembre 1995, parr. 43-47; *Müller and others v. Austria*, 23 novembre 1999; *Crompton v. the United Kingdom*, 27 ottobre 2009, parr. 71 e 79.

⁷⁷ CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 153, e, in termini identici, *Fazja Ali v. the United Kingdom*, par. 77. La Corte rileva infatti che «*in adopting this approach*», cioè quello di richiedere una *sufficient review*, «*the Convention organs have had regard to the fact that it is often the case in relation to administrative law appeals in the Member States of the Council of Europe, that the scope of judicial review over the facts of a case is limited and that it is the nature of review proceedings that the reviewing authority reviews the previous proceedings, rather than taking factual decisions*» (ibidem).

⁷⁸ CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 153.

le decisioni richiamate, questa (dettagliata) premessa conduce al rigetto del ricorso.

Nella decisione del caso cipriota, ove un'emittente radio-televisiva si doleva che il giudice che aveva conosciuto delle sanzioni irrogate dall'autorità di settore non avesse esercitato i poteri di *full jurisdiction*, la Corte rileva che «*as is usually the case in the systems of judicial control of administrative decisions found throughout the Council of Europe's Member States [...], the Supreme Court could not substitute its own decision for that of the CRTA [l'autorità per la radio-televisione cipriota] and its jurisdiction over the facts was limited. Notwithstanding, it could have annulled the decisions on a number of grounds, including if the decision had been reached on the basis of a misconception of fact or law, there had been no proper enquiry or a lack of due reasoning, or on procedural grounds*»⁷⁹. Questo sindacato sul provvedimento amministrativo «*can reasonably be expected, having regard to the nature of review proceedings and the respect which must be given to decisions taken by administrative authorities on grounds of "expediency"*»⁸⁰.

Nei riguardi del ricorso avanzato contro il Regno Unito, ove il punto controverso era la giurisdizione esercitata dalla County Court sul diniego di fornire un alloggio popolare a chi ne aveva già rifiutati altri in precedenza, la Corte conclude che «*although the County Court did not have jurisdiction to conduct a full rehearing of the facts, the appeal available to the applicant did permit it to carry out a certain review of both the facts and the procedure by which the factual findings of the Officer were arrived at. In particular, the applicant could – and initially did – argue that in reaching the decision the Officer had taken into account irrelevant considerations and/or acted under a fundamental mistake of fact; that the Council had failed to make adequate inquiries to enable it to reach a lawful decision; that the decision was one which no rational Council could have made; that it fettered its discretion; and that it acted in breach of natural justice*»⁸¹.

La Corte EDU, dunque, interpreta la propria giurisprudenza e ne trae che l'art. 6 CEDU non richiede che il giudice chiamato a “compensare” il difetto delle garanzie procedurali nel procedimento amministrativo debba sostituirsi alla p.a. E da questa premessa conclude che è sufficiente un sindacato sul provvedimento fondato su vizi come l'errore di diritto o di fatto, l'insufficiente istruttoria, il difetto di motivazione, l'illogicità, l'irragionevolezza/irrazionalità o la violazione di norme procedurali. Detto altrimenti e per impiegare la distinzione tra modalità di sindacato prima sintetizzata⁸², la Corte pare aver chiarito che il sindacato confutatorio è una *sufficient review* ai sensi dell'art. 6 CEDU,

⁷⁹ CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 159.

⁸⁰ CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 160.

⁸¹ CEDU, *Fazia Ali v. the United Kingdom*, cit., par. 83.

⁸² Cfr. *supra*, par. 2.

rispetto a provvedimenti discrezionali (gli unici per i quali si pone nella pratica il problema dei limiti della giurisdizione di legittimità)⁸³.

Tale considerazione si estende anche alla materia “penale”⁸⁴. Indubbiamente la Corte ha affermato che rispetto alla *sufficient review* richiesta in materia “civile” «*in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities*»⁸⁵. Tuttavia, la Corte non pare imporre un sindacato sostitutivo, né nelle affermazioni di principio, né nelle applicazioni concrete. Nelle affermazioni di “principio”, per definire l’ambito di cognizione del giudice amministrativo sulle sanzioni “penali” la Corte impiega le medesime generiche formule già utilizzate per definire l’ambito di cognizione dovuto rispetto ai provvedimenti amministrativi che determinano *civil rights and obligations*⁸⁶. Nelle applicazioni concrete, le condanne degli Stati aderenti riguardano principalmente casi in cui al giudice nazionale è vietato l’accesso al fatto, cioè casi in cui il giudice esercita un sindacato limitato: si pensi alle condanne dell’Austria, ove il giudice amministrativo fino a tempi recenti poteva “accedere” al fatto solo dopo aver accertato l’insufficienza dell’istruttoria o un’illegittimità procedimentale - tramite *die (bloß) nachprüfende Kontrolle*⁸⁷. Come già rilevato, la Corte ha invece ritenuto sufficiente il sindacato confutatorio esercitato dal giudice amministrativo italiano sulle sanzioni anti-trust⁸⁸⁻⁸⁹. Anche per la materia “penale”, dunque la Corte sembra ritenere sufficiente un sindacato confutatorio.

⁸³ Sebbene si possa configurare un sindacato confutatorio anche sui profili vincolati del provvedimento amministrativo, distinguendolo dal sindacato sostitutivo sui medesimi profili, in questi casi sindacato confutatorio e sindacato sostitutivo sono indistinguibili dal punto di vista pratico: cfr. F. FOLLIERI, *Logica*, cit., pp. 540 e ss.

⁸⁴ *Contra*, F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit., pp. 561 e ss.

⁸⁵ CEDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, par. 52.

⁸⁶ Cfr. CEDU, *Schmautzer, Umlauf, Grading, Pramstaller, Palaoro and Pfarrmeier v. Austria*, 23 ottobre 1995, par. 39: le caratteristiche di un giudice che esercita full jurisdiction in materia penale «*include the power to quash in all respects, on questions of fact and law, decisions of the body at the level below*». Oppure CEDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, par. 55 che, nel riportare precedente giurisprudenza della Corte, rileva che la *full jurisdiction* include «*the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the challenged decision*».

⁸⁷ Cfr. CEDU, *Schmautzer, Umlauf, Grading, Pramstaller, Palaoro and Pfarrmeier v. Austria*, cit., e *Steininger v. Austria*, cit. Tale sindacato era stato ritenuto insufficiente anche dalla Corte Costituzionale austriaca già con una decisione del 14 ottobre del 1987 (e proprio per violazione dell’art. 6 CEDU).

⁸⁸ CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, cit. – le sanzioni antitrust rientrano secondo la CEDU nella materia penale.

⁸⁹ Oltre quello esercitato dal giudice ordinario sulle sanzioni irrogate dalla Consob. Si veda in proposito CEDU, *Grande Stevens and others v. Italy*, 4 marzo 2014: «*The Court further observes that the court of appeal had jurisdiction to rule, in respect of both law and fact, on whether the offence set out in Article 187 ter of Legislative Decree no. 58 of 1998 had been committed, and was authorised to set aside the decision taken by the CONSOB. It was also called upon to assess the proportionality of the imposed penalties to*

“Traducendo” questi orientamenti nei concetti del nostro sistema di giustizia amministrativa, la Corte EDU ritiene che la *full jurisdiction* consista nella giurisdizione di legittimità, non nella giurisdizione di merito. Sicché, l’art. 6 CEDU non richiede che il giudice amministrativo eserciti giurisdizione estesa al merito in ogni caso in cui la p.a. abbia deciso su *civil rights and obligations* o su *criminal charges* e non abbia assicurato il rispetto dell’art. 6 CEDU durante il procedimento. *Ergo*, i limiti della giurisdizione di legittimità attualmente delineati dal diritto positivo non sono costituzionalmente illegittimi per violazione dell’art. 6 CEDU e dell’art. 117 Cost.

5. La full jurisdiction come piena giurisdizione di legittimità.

A) Che l’art. 6 CEDU legittimi la giurisdizione di legittimità non significa tuttavia che quella norma legittimi anche come questa viene concretamente esercitata dal giudice amministrativo. Pur esercitando un sindacato confutatorio, il giudice deve infatti conoscere del provvedimento «*point by point*», «*both for questions of fact and for questions of law*»⁹⁰ e decidere «*the central issue in the dispute*»⁹¹. Ciò implica che il giudice amministrativo debba sindacare in maniera confutatoria ogni profilo della decisione amministrativa, ossia debba ammettere qualunque motivo di ricorso, purché introduca un’asserzione potenzialmente confutatoria, e verificare la verità o la correttezza dell’asserzione potenzialmente confutatoria, anche quando il ricorrente censuri l’attendibilità di un giudizio “tecnico” o lo “squilibrio” nel bilanciamento degli interessi. Detto altrimenti, ammettere che il giudice possa esercitare solo il sindacato confutatorio non riduce in alcun modo la pienezza della cognizione: a tutela della separazione dei poteri o della legittimazione politica o democratica delle decisioni discrezionali della p.a., l’ordinamento (convenzionale e nazionale) limita la *modalità* del sin-

the seriousness of the alleged conduct. In fact, it reduced the amount of the fines and the length of the ban on exercising their profession imposed on certain of the applicants [...] and examined their various factual or legal allegations [...]. Thus, its jurisdiction was not merely confined to reviewing lawfulness» (par. 149), pertanto «*the Court of Appeal was indeed a “body with full jurisdiction”*» (par. 151). La Corte sanziona l’Italia in quel caso perché né il procedimento innanzi alla Consob, né il processo innanzi alla Corte d’appello di Torino avevano garantito il diritto ad un’udienza pubblica. Tale udienza era stata celebrata solo innanzi alla Corte di Cassazione, ma questa «*did not have jurisdiction to examine the merits of the case, to establish the facts and to assess the evidence*», sicché «*it could not therefore be considered as a court with full jurisdiction within the meaning of the Court’s case-law*» (par. 155).

⁹⁰ CEDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., par. 29; più di recente CEDU, *Grande Stevens et Autres c. Italie*, cit., par. 139.

⁹¹ CEDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 139; ma cfr. già *Obermeier v. Austria*, cit., parr. 69 e s.; *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, cit., parr. 46 e 50 e ss.; *I.D. v. Bulgaria*, cit., parr. 50 e ss.; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, cit., parr. 99 e ss.; *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., parr. 112 e ss.

dacato, cioè la forma logica del giudizio sul provvedimento, non l'oggetto. In nessun caso la p.a. può godere della protezione dell'*ipse dixit* rispetto alla confutazione del ricorrente, nemmeno quando questi confuta l'attendibilità di un giudizio tecnico opinabile (nell'esempio precedente: la nozione di "immobile di interesse storico o artistico particolarmente rilevante" impiegata dall'amministrazione) o lo squilibrio della ponderazione di interessi (cioè che il grado di soddisfazione dell'interesse preferito non è almeno pari al grado di sacrificio imposto all'interesse recessivo).

Impedire al ricorrente di censurare intere "aree" del provvedimento lo pone, per un verso, su un piano di disparità processuale rispetto all'amministrazione. E soprattutto viola l'art. 113, co. 2, Cost.: in questo modo, al ricorrente sono preclusi alcuni mezzi di critica (e non di sostituzione) al provvedimento amministrativo.

Tale impostazione implica, in primo luogo, che le censure contengano confutazioni, cioè consistano realmente in asserzioni che, se vere o corrette, sono incompatibili con la verità o la correttezza del giudizio dell'amministrazione. Delle asserzioni incompatibili il ricorrente deve poi essere in grado di dimostrare la verità o la correttezza, attraverso la produzione di prove precostituite o l'istanza per l'assunzione di prove costituende. Se il ricorrente non riesce a formulare asserzioni (potenzialmente) confutatorie, ma tenta di sostituirsi all'amministrazione, oppure non riesce a dimostrarne la fondatezza, le relative censure devono essere rigettate, rispettivamente, per inammissibilità o infondatezza. Tale impostazione, cioè, impone innanzitutto al ricorrente l'onere di formulare censure adeguate e di approntare i relativi argomenti.

Tale impostazione, poi, non comporta l'eliminazione di ogni limite alla giurisdizione di legittimità o, se si vuole, l'"azzeramento" del merito amministrativo⁹². I margini di confutabilità di un giudizio dal punto di vista "sostanziale" dipendono infatti da quanto sono stringenti i criteri della disciplina alla luce della quale devono essere formulati i giudizi categorici dell'amministrazione e i criteri di proporzionalità (o ragionevolezza) alla luce dei quali devono essere decise le misure e bilanciati gli interessi in gioco.

Per i giudizi categorici, più il criterio è vago, più il giudizio è opinabile, più si restringono le possibilità di confutazione e di conseguenza si amplia l'area nella quale è indecidibile se la soluzione adottata dall'amministrazione è

⁹² Di recente è stata messa in discussione la dimensione "sostanziale" del merito amministrativo: cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013. Per un'opinione che conserva un ruolo di diritto sostanziale al merito, si veda L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 795 e ss.

scorretta e dunque illegittima. Tale vaghezza dipende sia dal legislatore, sia dalla scienza, dalla tecnica o dall'arte cui il legislatore fa riferimento. Sicché l'ambito di inconfutabilità, cioè l'ambito rispetto al quale non si può dire che la soluzione dell'amministrazione sia scorretta varia da caso a caso.

Per i giudizi sulla misura e sul bilanciamento di interessi, invece, i criteri sono predeterminati una volta per tutte dall'ordinamento: i vari test di proporzionalità⁹³. Questi trovano un limite in relazione alla determinazione dell'assetto di interessi da perseguire: se infatti può ritenersi sproporzionato il bilanciamento nel quale l'importanza del sacrificio imposto all'interesse recessivo non è almeno pari all'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito⁹⁴, qualora l'importanza del sacrificio e della soddisfazione degli interessi incompatibili siano pari non v'è spazio per la confutazione⁹⁵. Si tratta di una scelta eminentemente politica. Anche in questo caso, dunque, v'è un margine di inconfutabilità, nel quale il giudice non può "entrare" tramite il sindacato confutatorio.

Detto altrimenti, tramite la "verifica" delle confutazioni del ricorrente, il giudice è in grado di stabilire quando la decisione discrezionale dell'amministrazione è illegittima, ma solitamente non di individuare una sola alternativa legittima⁹⁶. Il che è esattamente quanto richiesto al giudice nel giudizio sul provvedimento.

Il processo amministrativo infatti, come ogni processo che rispetti il canone dell'imparzialità e terzietà del giudice, mira a verificare la correttezza della proposizione che il ricorrente (principale o incidentale) formula nella doman-

⁹³ E, ove applicabile, del criterio di precauzione. Sul ruolo della precauzione nel bilanciamento, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Decisione precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (II parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, pp. 76 e ss.

⁹⁴ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1994, II ed., trad. it. a cura di L. DI CARLO, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 189. Per maggiori dettagli, sia nuovamente consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità, cit.*, pp. 535 e ss.

⁹⁵ Quando l'importanza del sacrificio dell'interesse recessivo è inferiore all'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito, infatti, la censura è semplicemente infondata.

⁹⁶ In questo senso, il "problema giudiziario" mira a confutare, secondo le indicazioni del ricorrente, la soluzione data al "problema amministrativo" dall'autorità: F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti del Convegno di Messina, 15-16 aprile 1988*, Milano, 1993, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pp. 307 e 317 e ss. (con riguardo al sindacato di legittimità). La distinzione fra problema giudiziario e problema amministrativo è presente anche in ID., *La concezione dell'atto amministrativo*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, tomo II, pp. 801 e s.; ID., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, ora in ID., *Scritti giuridici, cit.*, pp. 373 e ss.; ID., *La Giurisprudenza amministrativa raccontata ai nipoti, ivi*, pp. 391 e ss.; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Esi, 2001, pp. 118 e ss..

da⁹⁷. Il ricorrente, attraverso i motivi di ricorso e per quanto qui interessa, formula una serie di proposizioni che affermano (in via cumulativa o alternativa) l'illegittimità del provvedimento impugnato e, perciò, concludono per la sua invalidazione⁹⁸. Per questa ragione, la conclusione del giudizio di legittimità e la relativa forza di giudicato non attiene alla *legittimità* del provvedimento: quando accoglie uno o più motivi di ricorso, il giudice sancisce l'*illegittimità* del provvedimento⁹⁹ indicata nel motivo o nei motivi di ricorso accolto/i¹⁰⁰ e rimuove il provvedimento ed i suoi effetti; quando rigetta tutti i motivi di ricorso non sancisce la legittimità *tout court* del provvedimento¹⁰¹, ma *solo* l'insussistenza di quelle difformità dalle meta-norme fatte valere dal ricorrente¹⁰². In altre parole,

⁹⁷ Sia consentito richiamare, per le connessioni fra imparzialità e terzietà del giudice, principio della domanda e *thema decidendum*, F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 246 e ss., anche per gli opportuni ragguagli normativi, dottrinali e giurisprudenziali.

⁹⁸ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 50 e ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, pp. 515 e ss.; L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, pp. 340 e ss.. Ciò non significa che l'oggetto del giudizio sia la domanda, ma che quell'oggetto è delimitato dal ricorrente (salvi i margini di ampliamento officioso eventualmente previsti e la loro legittimità costituzionale): cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 149 e ss..

Il tema non permette di entrare nella questione dell'oggetto del processo amministrativo (o, se si ritiene, esime dall'affrontarla), se giudizio sull'atto o giudizio sul rapporto (si vedano già M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 254 e ss., nonché per un'idea meno dicotomica, F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti del Convegno di Messina, 15-16 aprile 1988*, Milano, 1993, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 315): l'indagine riguarda il sindacato di legittimità ed esso non può che attenersi alla questione di (il)legittimità del provvedimento amministrativo. Sulla diaframma circa l'oggetto del processo amministrativo, cfr. le analisi di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, pp. 176 e ss., e di G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, pp. 351 e ss..

⁹⁹ E. SCHMIDT ASSMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 757, il quale cita R. ALEXY, *Ermessensfehler*, in *JZ*, 1986, p. 714.

¹⁰⁰ Sulla conclusione che anche sull'accertamento dell'illegittimità scenda il giudicato e non solo sull'effetto di annullamento, la dottrina (processualciviltistica e amministrativistica) è ormai consolidata: M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 129 e ss.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., pp. 152 e ss.. E ciò grazie all'accertamento della situazione giuridica soggettiva fatta valere con l'azione costitutiva: diritto potestativo o interesse legittimo che sia.

¹⁰¹ Che equivarrebbe a far scendere il giudicato sulla legittimità del provvedimento, impedendo, ad esempio, che l'amministrazione possa procedere all'annullamento d'ufficio dell'atto, per motivi non denunciati innanzi al g.a..

¹⁰² In verità il discorso è, su questo versante, più complesso giacché bisognerebbe distinguere tra la posizione dell'amministrazione e quella del ricorrente. Mentre per l'amministrazione il giudicato di rigetto non copre tutte le possibili illegittimità del provvedimento, rimanendo il potere di autotutela per altri motivi di illegittimità, il ricorrente soffre la preclusione del "dedotto e del deducibile". Sembra, però, corretto ritenere che questa preclusione vada intesa "più che nel senso di un effetto del giudicato come tale, in quello di una risultanza strettamente dipendente dal congegno del ricorso e dal fatto che questo viene fatto coincidere con un controllo sull'atto più che con un giudizio sul rapporto": F. BENVENUTI, (*voce*)

il sindacato sul provvedimento amministrativo non è un giudizio di legittimità, ma un giudizio sulle *illegittimità denunciate dal ricorrente*: se si conclude con una proposizione affermativa, predica di illegittimità il provvedimento impugnato e lo elimina dalla “realtà giuridica”; tuttavia la conclusione negativa non sancisce la legittimità *tout court* del provvedimento. Al giudice è perciò richiesto accertare l’illegittimità del provvedimento, non se è legittimo.

B) Ricostruire in questi termini la giurisdizione di legittimità non comporta un arretramento della tutela del cittadino, né è un modo reazionario di pensare la giurisdizione di legittimità. Se il giudice amministrativo esercitasse la piena giurisdizione di legittimità, ossia non sottraesse al sindacato confutatorio alcuni livelli di giustificazione del provvedimento, non leggeremmo più sentenze che dichiarano inammissibili censure di ricorso perché in sede di giurisdizione di legittimità sulle valutazioni tecniche o sulle determinazioni discrezionali dell’amministrazione sono ammesse solo le censure di manifesta irragionevolezza, manifesta illogicità o travisamento dei fatti¹⁰³.

L’art. 6 CEDU (ma già l’art. 113, co. 2, Cost.) comporta dunque non l’illegittimità costituzionale della giurisdizione di legittimità, ma l’obbligo in capo ai giudici amministrativi di superare il *self-restraint* nell’ammettere le confutazioni introdotte dal ricorrente ai giudizi dell’amministrazione¹⁰⁴. La *full jurisdiction* è, allo stato, un precetto nei confronti dei giudici ad esercitare la piena giurisdizione di legittimità.

Giudicato (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, Milano, XVIII, 1969, p 904. Sul concetto di preclusione, cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., pp. 81 e ss..

¹⁰³ A mero titolo d’esempio, si vedano le recenti Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5240 e T.A.R. Lombardia - Brescia, 11 ottobre 2017, n. 1216.

¹⁰⁴ Si veda anche A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 145 e s.