

MICHELE TRIMARCHI

Ricercatore a tempo determinato presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di
Foggia

michele.trimarchi@unifg.it

FULL JURISDICTION E LIMITE DEI POTERI NON ANCORA ESERCITATI. BREVI NOTE

FULL JURISDICTION AND THE LIMIT OF THE NON-YET EXERCISED POWERS. SOME REMARKS

SINTESI

L'articolo si interroga sinteticamente sulla compatibilità del sindacato di *full jurisdiction* con il principio della separazione dei poteri e, più esattamente, con il tradizionale divieto per il giudice di farsi amministratore. Il tema è affrontato esaminando l'art. 34, co. 2, del codice del processo amministrativo, per il quale "in nessun caso il giudice si può pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati". Attraverso l'interpretazione di questa disposizione, l'autore ricostruisce il contenuto del divieto per il giudice di farsi amministratore e conclude nel senso che il sindacato di *full jurisdiction* non è in contrasto con questo divieto. Infatti la disposizione richiamata impedisce al giudice amministrativo di anticipare l'amministrazione nell'esercizio del proprio potere, ma non esclude invece che il giudice al termine del processo individui l'assetto definitivo del rapporto controverso. Pertanto, il sindacato di *full jurisdiction* non infrange il divieto per il giudice di farsi amministratore, ed è da ritenere conforme pertanto al principio della separazione dei poteri, a condizione che l'intervento del giudice sia comunque successivo a quello della pubblica amministrazione. Questa conclusione, comunque, non esclude che il sindacato di *full jurisdiction* presenti ulteriori profili problematici nell'attuale ordinamento processuale amministrativo.

ABSTRACT

The paper examines the compatibility of the *full jurisdiction* judicial review on administrative decisions with the constitutional principle of the separation of powers, whereby the judge is prohibited to replace the Public Administration and to take administrative decisions. Under Article 34(2) of the Italian Code of Administrative Procedure, indeed, the administrative judge is prevented from ruling on administrative powers which have not been exercised yet. By providing a thorough analysis of this provision, the paper clarifies the scope of the prohibition for the judge to take the place of the administration and concludes that *full jurisdiction* is not in conflict with such a prohibition. In fact, Article

34(2) of the Italian Code of administrative procedure prevents the administrative judge from anticipating the administration in the exercise of its power but does not exclude that the judge at the end of the trial identify the definitive structure of the relationship in question. Therefore, the full jurisdiction judicial review should be considered compliant with the principle of separation of powers, provided that the judge's intervention is subsequent to that of the public administration. This conclusion, however, does not exclude that the full jurisdiction judicial review presents further problematic profiles.

PAROLE CHIAVE: giurisdizione piena - poteri non esercitati - separazione dei poteri - Corte EDU - codice processo amministrativo

KEYWORDS: *full jurisdiction* - non exercised powers - separation of powers - European Court of Human Rights, administrative procedure code

INDICE: 1. Premessa - 2. La *full jurisdiction* e il divieto del giudice di farsi amministratore - 3. Interpretazioni e usi dell'art. 34, co. 2, c.p.a., da parte della giurisprudenza amministrativa - 4. Brevi conclusioni sulla compatibilità della *full jurisdiction* con il divieto del giudice di farsi amministratore

1. Premessa.

Il concetto di *full jurisdiction* si va imponendo nel dibattito della scienza amministrativistica italiana per indicare un controllo del giudice particolarmente penetrante sull'azione amministrativa e sulle scelte discrezionali del potere esecutivo, secondo gli indirizzi delineati dalla Corte EDU¹.

Si è soliti richiamare l'affermazione della Corte EDU, secondo cui la *full jurisdiction* presuppone la disponibilità per il cittadino di un tribunale dotato di giurisdizione «*sul merito della questione*»², in condizione di svolgere un sindacato sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dover rinunciare a conoscere i fatti e a provvedere³. Ovvero la precisazione, della stessa Corte, secondo cui la *full jurisdiction* consiste nel potere del giudice «*di riformare qualsiasi punto, in*

¹ Cfr., tra gli altri, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. e 546 ss., anche per l'esame della giurisprudenza di seguito sinteticamente richiamata; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014; M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; ID., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 135 e ss., *passim*; B. GILIBERTI, *L'ἐξλέγειν nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, in questa *Rivista*, 2017,1, pp. 1 e ss.

² Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Plenaria, *W. v. United Kingdom*, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, par. 82

³ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. I, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, parr. 52 e 50

fatto come in diritto, della decisione impugnata resa dall'organo inferiore», e quindi di «esaminare il merito del caso, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova» e «decidere sui diritti della parte interessata»⁴. Ancora, si ripete che il giudice amministrativo non deve essere o considerarsi «vincolato dai precedenti accertamenti degli organi amministrativi su punti decisivi per l'esito del caso, così prescindendo da un esame indipendente di tali questioni»⁵.

È stato osservato dalla dottrina che la *full jurisdiction* presuppone la possibilità del giudice di rivedere *ex novo* le valutazioni tecniche dell'amministrazione, anche quelle svolte per l'accertamento dei fatti complessi⁶. Nelle controversie relative alla determinazione di diritti civili, la giurisprudenza EDU giustifica un'attenuazione della pienezza del riesame giudiziale rispetto alla scelta discrezionale vera e propria, connotata da politicità⁷. L'attenuazione del sindacato in ragione della politicità della scelta non è tuttavia ammessa quando la controversia concerne la materia penale: e qui la *full jurisdiction* è parsa incompatibile persino con il merito amministrativo⁸.

Invero, l'esame puntuale delle sentenze della Corte EDU induce a ritenere che siano rari, se non forse inesistenti, i casi in cui la giurisprudenza convenzionale richiede una vera e propria sostituzione del giudice nelle valutazioni riservate dell'amministrazione. Non è affatto scontato, dunque, che la giurisprudenza EDU imponga di ripensare la struttura del sindacato del giudice amministrativo⁹.

Se ciò è vero, è vero anche che la rilevanza del dibattito sulla *full jurisdiction* non si esaurisce nel verificare se il modo in cui il giudice amministrativo nazionale svolge il proprio sindacato sia o meno conforme allo *standard* sin qui imposto dalla Corte EDU volta per volta nelle singole sue pronunce.

Sul piano sistematico, infatti, occorre sempre tener presente che la *full jurisdiction* non è altro che un modo escogitato dalla Corte europea per compensare (sanare) nel processo l'assenza delle garanzie procedurali che l'art. 6 CEDU, secondo l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza convenzionale, richiede siano riconosciute in seno al procedimento amministrativo. Tali garan-

⁴ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. II, *Grande Stevens et Autres c. Italie*, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 139. La formula è stata per la prima volta usata da Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Camera, *Schmautzer v. Austria*, 23 ottobre 1995, caso n. 15523/89.

⁵ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sez. V, 21 luglio 2011, *Sigma Radio Televisioni Ltd v. Cyprus*, casi nn. 32181/04 35122/05, par. 157

⁶ F. GOISIS, *op. cit.*, 564 ss.

⁷ F. GOISIS, *op. cit.*, 581 ss.

⁸ F. GOISIS, *op. cit.*, 581 ss.

⁹ F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction: le potenzialità del sindacato confutatorio*, in questa *Rivista*; A. CARBONE, *op. cit.*, pp. 145 e ss.

zie, se non sono assicurate nel procedimento, è sufficiente che lo siano nel processo: a condizione però che in questa sede sia esercitata appunto una *full jurisdiction*, ossia che la vicenda amministrativa controversa sia esaminata nella sua completezza e il giudice abbia il potere per decidere nel merito di essa, esattamente come spetta di fare all'amministrazione nel procedimento.

Dal punto di vista logico, pertanto, la sanatoria delle garanzie procedurali nel processo presuppone che il processo sia il luogo di formazione di una decisione che, sia pur nei limiti del principio della domanda, riguardi la sistemazione finale degli interessi, e non già soltanto la legittimità dell'atto impugnato, in modo tale che per l'interessato sia tutto sommato indifferente godere di quelle garanzie nel procedimento o nel processo.

Se così è, l'interesse del dibattito sulla *full jurisdiction* per il diritto processuale amministrativo consiste nel fatto che tale costruzione concettuale, se retamente intesa e al di là dei singoli precedenti della Corte, ripropone sotto una nuova veste all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina italiana la possibilità di concepire il sindacato del giudice come un controllo che, pur mantenendosi rispettoso del principio della domanda, non si arresta a valutare i profili esteriori dell'azione amministrativa ma aggredisca il cuore della scelta discrezionale. Un sindacato che, con tutte le cautele del caso, preveda la c.d. sostituzione del giudice all'amministrazione in tutte le valutazioni necessarie per decidere il caso prospettato dal ricorrente.

Si tratta di un problema tradizionale e al tempo stesso attuale che non è risolto dalle disposizioni del codice del processo amministrativo. Il quale ha sì mantenuto in vigore la distinzione tra la giurisdizione di legittimità e quella di merito, dal che si potrebbe desumere che nella prima il sindacato non sia pieno come lo è certamente nella seconda, ma ha articolato questa distinzione sul versante dei poteri decisori del giudice (nel senso che solo nell'ambito della giurisdizione di merito possono essere adottate sentenze costitutive che tengono luogo del provvedimento)¹⁰ e non di quelli istruttori e cognitori, i soli che vengono in rilievo quando si ragiona della struttura e della pienezza del sindacato e della riproducibilità da parte del giudice delle valutazioni amministrative¹¹.

2. La full jurisdiction e il divieto del giudice di farsi amministratore.

Stante le maglie aperte della legislazione sui poteri del giudice, il dibattito sulla *full jurisdiction* induce ad affrontare una questione preliminare e al tempo

¹⁰ Art. 34, co. 1, lett. d), c.p.a.

¹¹ Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni esperibili*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 187 e ss.

stesso decisiva: a interrogarsi, cioè, sulla compatibilità del modello descritto con il principio della separazione dei poteri, il quale viene solitamente ritenuto il fondamento dei limiti che il giudice incontra quando una parte del processo è l'amministrazione.

La separazione dei poteri, infatti, allude a una distinzione di compiti tendenzialmente rigida tra amministrazione e giurisdizione, mentre ciò che la *full jurisdiction* presuppone è proprio la tendenziale fungibilità delle due funzioni, quantomeno sul piano dell'accertamento e della valutazione dei fatti rilevanti per la decisione (quella stessa fungibilità che, secondo la giurisprudenza EDU, consente di compensare in giudizio, quindi *ex post*, le carenze del contraddittorio procedimentale davanti all'amministrazione)¹².

In realtà, se partiamo da una interpretazione rigida della separazione dei poteri, la tensione è destinata a rimanere tale e nessun tentativo di conciliazione può essere tentato, dal momento che la *full jurisdiction* indubbiamente implica la riproducibilità delle valutazioni spettanti all'amministrazione da parte del giudice, e perciò stesso una sovrapposizione della funzione giurisdizionale a quella amministrativa.

Un approccio realistico e storicamente consapevole, però, induce a tenere in considerazione che il modello della separazione dei poteri non si è mai positivamente affermato nel nostro ordinamento in modo rigido¹³, tanto che la Corte Costituzionale non ha mai avallato la tesi secondo cui la Costituzione prevedrebbe una riserva d'amministrazione¹⁴.

D'altra parte, il divieto per il giudice di farsi amministratore – che si è manifestato dapprima nell'attribuzione ad organi amministrativi delle liti con l'amministrazione e, di poi, nei limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali – rimonta all'esperienza del contenzioso amministrativo francese e si giustifica, più che come un omaggio al modello teorico della separazione dei poteri (basta dire che sul piano logico tale modello non potrebbe consentire alcun limite ai poteri del giudice, sol che si dicesse che giudicare l'amministrazione non è amministrare ma appunto giudicare), per

¹² F. GOISIS, *op. cit.*, pp. 581 e ss., ritiene un «nodo irrisolto» quello della conciliazione della *full jurisdiction*, che implica l'idea della fungibilità tra azione amministrativa e giurisdizionale, ed il principio della separazione dei poteri.

¹³ Peraltro, come osserva G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 710, né Locke, né Montesquieu hanno mai immaginato una separazione «rigida», come quella loro attribuita da molti critici.

¹⁴ M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 82 ss.

l'esigenza storica e pratica del giudice stesso di avere e fornire una immagine come di un soggetto imparziale e terzo rispetto al potere esecutivo.¹⁵

La domanda che oggi dobbiamo porci, dunque, non è se il giudice, esercitando la *full jurisdiction* sovrapponga la propria valutazione a quella dell'amministrazione, il che è scontato, per trarvi la violazione del modello teorico della divisione dei poteri; bensì se il giudice, esercitando la *full jurisdiction* con tutto ciò che esso comporta, infranga il divieto di farsi amministratore, oppure no, sul presupposto che questo divieto, che pure possiamo considerare espressione di una versione "morbida" della divisione dei poteri, non implica e non si risolve nella, del resto inesistente, riserva di amministrazione.

Intendo affrontare questo vasto e complesso problema in modo assolutamente parziale, riflettendo intorno ad una disposizione – l'art. 34, co. 2, per il quale «*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*» – che è stata considerata da giurisprudenza e dottrina come espressione del divieto del giudice di farsi amministratore ed, in questa accezione, del principio della separazione dei poteri¹⁶. Una norma, dunque, che potrebbe costituire l'appiglio normativo per ritenere inammissibile la *full jurisdiction* (o ciò che tale solitamente si intende) nel nostro ordinamento processuale amministrativo.

3. Interpretazioni e usi dell'art. 34, co. 2, c.p.a., da parte della giurisprudenza amministrativa.

Uno sguardo alla giurisprudenza evidenzia la pluralità dei significati che vengono assegnati al divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati, pluralità che allontana l'interprete da un plausibile intendimento della disposizione.

Propongo, accettando i limiti e i rischi connessi alle grandi semplificazioni, la seguente tipologia.

A) Vi sono innanzitutto i casi in cui l'art. 34, co. 2, c.p.a., viene richiamato a proposito di soluzioni processuali (condivisibili o meno, qui non importa) che trovano in altri istituti o in altre disposizioni puntuali la loro giustificazione. Sono questi gli impieghi pleonastici della disposizione.

¹⁵ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 80 ss., *passim*.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015. In dottrina M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 80 ss., *passim*, che però rifiuta il collegamento della disposizione richiamata con il principio della separazione dei poteri, attribuendo autonomo fondamento al divieto del giudice di farsi amministratore.

Ad esempio, quando si dice che il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati impedisce di impugnare le clausole di un bando prima che sia adottato l'atto applicativo¹⁷, non si allude ad altro che alla carenza dell'attualità dell'interesse al ricorso.

Ed è sempre la carenza dell'interesse attuale a ricorrere, più che il divieto di pronunciare su poteri non esercitati, a rendere inammissibile l'azione di nullità rivolta in sede di ottemperanza contro un atto endoprocedimentale che si assume indirizzare l'amministrazione verso una elusione del giudicato¹⁸.

Così come è la sopravvenuta carenza di interesse, e non il divieto di cui parliamo, a impedire di annullare un atto, non più lesivo per il ricorrente, al solo fine di individuare le «coordinate giuridiche atte ad ispirare nella materia in esame eventuali successivi provvedimenti analoghi da parte dell'amministrazione comunale»¹⁹.

Pure pleonastico è il richiamo all'art. 34, co. 2, per affermare che attraverso la c.d. ottemperanza per chiarimenti non è consentito «ricorrere al giudice amministrativo per ottenere una pronuncia ex ante in ordine alle modalità o al contenuto dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione»²⁰. Che l'ottemperanza per chiarimenti attiene alle modalità di esecuzione della sentenza, e non ad altro, si desume già dalla stessa disposizione che prevede e disciplina l'istituto, cioè l'art. 112, co. 5, c.p.a.

Lo stesso si può dire in relazione al divieto per il giudice amministrativo di adottare una pronuncia costitutiva che, annullato il diniego, approvi direttamente l'istanza per l'adozione di uno strumento urbanistico attuativo. Ad impedire ciò è l'impossibilità per il giudice di legittimità di sostituirsi all'amministrazione sul versante dei poteri decisorii, ciò che è espressamente consentito soltanto nella giurisdizione di merito, e non la previsione dell'art. 34, co. 2²¹.

Nell'ambito dei contratti pubblici si dice che, poiché il giudice non può pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati, allora il subentro del ricorrente nell'esecuzione del contratto, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia, può avvenire «solo quando l'accoglimento del ricorso non renda necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara».²² Ma a

¹⁷ T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, 11 giugno 2015, n. 1969.

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 998.

¹⁹ T.A.R. Trentino-Alto Adige - Trento, sez. I, 19 gennaio 2017, n. 18.

²⁰ T.A.R. Liguria - Genova, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 835.

²¹ Richiamata invece in tal senso da T.A.R. Liguria - Genova, sez. I, 29 gennaio 2014, n. 167.

²² Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585; T.A.R. Sicilia - Catania, sez. IV, 08 settembre 2016, n. 2219.

ben guardare questa non è altro che una conseguenza della rilevanza che l'art. 122 assegna ai vizi riscontrati dal giudice, e dunque all'effetto conformativo dell'annullamento, rispetto alla possibilità di disporre il subentro nel contratto²³. Il riferimento all'art. 34, co. 2, è, ancora una volta, ultroneo.

Come è pleonastico, se non fuorviante, richiamare l'art. 34, co. 2, a proposito dell'azione risarcitoria sempre nella materia dei contratti pubblici, per affermare un principio che discende dalla struttura stessa dell'illecito extracontrattuale: e cioè che il danno da mancato conseguimento dell'aggiudicazione non può essere risarcito se l'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato è stato disposto solo per l'accertata, illegittima composizione della commissione valutatrice²⁴.

B) Discorso diverso va fatto in relazione alle pronunce che, con il conforto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 5/2015), desumono dall'art. 34, co. 2, la regola del carattere assorbente del vizio di incompetenza²⁵. Qui il richiamo al divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati è decisivo poiché, dopo l'abrogazione dell'art. 26, co. 2, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, non v'è nel sistema del diritto processuale ammini-

²³ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 368.

²⁴ Così invece Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4499, secondo cui nel processo amministrativo avente ad oggetto gare pubbliche «la domanda di risarcimento danni presuppone la sussistenza non solo dell'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma anche il danno ingiusto e, quindi, la lesione del bene della vita effettivamente leso dal comportamento illegittimo della stessa, situazione questa che non ricorre nel caso in cui l'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato è stato disposto solo per l'accertata, illegittima composizione della commissione valutatrice, in quanto priva di componenti sufficientemente qualificati sotto il profilo tecnico-professionale e capaci di formulare giudizi comparativi attendibili; la funzione svolta da una commissione di gara composta in modo difettoso, va infatti considerata espressione di poteri non ancora esercitati nell'accezione di cui all'art. 34 c.p.a., sicché a fronte di essa non è ipotizzabile l'azione risarcitoria, ove il bene della vita che si assume leso sia l'aggiudicazione della gara, potendo in limine ipotizzarsi la violazione della mera chance all'aggiudicazione della gara e non dare ingresso a un'azione risarcitoria per equivalente che presuppone la regolarità della procedura di gara e l'accertamento della spettanza dell'aggiudicazione alla parte ricorrente».

²⁵ Di recente T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, 4 aprile 2017, n. 789 afferma che «nonostante l'intervenuta abrogazione dell'art. 26, co. 2, della legge 1034/1971, deve essere confermato che l'accoglimento della censura di incompetenza ha carattere assorbente, determinando l'annullamento del provvedimento impugnato e la rimessione dell'affare all'autorità competente, affinché la stessa possa provvedere; il giudice non può esaminare altri motivi di ricorso, ostandovi la previsione dell'art. 34, co. 2, del c.p.a. [...]; la libertà del difensore di graduare i motivi di ricorso da sottoporre all'attenzione del giudice non assume rilievo in caso di vizio di incompetenza, giacché lo stesso legislatore (cfr. ancora l'art. 34, co. 2, del c.p.a.), ha stabilito la necessità dell'esame preventivo del motivo riguardante il vizio di incompetenza, realizzandosi così una sorta di graduazione dei motivi prevista direttamente dalla legge, con impossibilità per la parte ricorrente di sottrarsi all'esame preventivo del vizio di incompetenza prospettato, il cui accoglimento determina di conseguenza un assorbimento ex lege delle altre doglianze». Cfr. altresì T.A.R. Campania - Napoli, sez. VII, 29 agosto 2016, n. 4117; T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sez. I, 7 aprile 2016, n. 203; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. II, 30 aprile 2015, n. 1071; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2016, n. 888; T.A.R. Trentino-Alto Adige - Trento, sez. I, 5 gennaio 2016, n. 11.

strativo altra disposizione che individui un regime specifico del vizio di incompetenza. Richiamo decisivo ma, a mio parere, improprio.

Questo indirizzo giurisprudenziale interpreta il divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati in senso soggettivo. Se l'atto è adottato da una autorità incompetente, il potere non sarebbe ancora stato esercitato. Il giudice deve limitarsi ad accertare il relativo vizio e a rimettere l'affare all'autorità competente in quanto, se esaminasse anche gli altri vizi del provvedimento, finirebbe per dettare le regole «*dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus*», in violazione dell'art. 34, co. 2.

La preoccupazione è che, se il giudice non si arrestasse ad accertare la fondatezza del vizio di incompetenza e annullasse l'atto anche per un altro vizio sostanziale, l'organo competente dovrebbe attenersi alla regola conformativa contenuta nel giudicato. A motivare il carattere assorbente del vizio di incompetenza è dunque la protezione dell'autonomia della amministrazione incompetente, che non deve essere intralciata dall'effetto conformativo della sentenza che annulla anche per motivi sostanziali il provvedimento adottato dall'autorità incompetente²⁶.

La giurisprudenza in questo modo forza il sistema dell'invalidità del provvedimento amministrativo, in quanto il provvedimento adottato da una autorità incompetente è un atto efficace e soltanto annullabile, e quindi costituisce a pieno titolo esercizio di un potere amministrativo. Inoltre, il significato del divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non esercitati non può essere quello di mantenere l'amministrazione libera dal vincolo conformativo del giudicato, perché ciò significherebbe amputare la sentenza di un effetto che oggi è normativamente previsto (si fa riferimento all'art. 34 co. 1, lett. c. del c.p.a.).

²⁶ Nella giurisprudenza precedente C. G. A., sez. giurisd., 6 marzo 2012, n. 273; T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, 8 gennaio 2011, n. 10.

In dottrina, desumono il carattere assorbente del vizio di incompetenza dal divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi. It.*, 18, 2010, p. 27; P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 1099 e ss. *Contra*, per la tesi qui condivisa del carattere non assorbente del vizio di incompetenza, v. E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, p. 461; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *giustamm.it*, 2013. In giurisprudenza, T.A.R. Toscana - Firenze, sez. II, 16 giugno 2011, n. 1076, dove si osserva correttamente che un principio analogo a quello impresso nell'art. 45 del R.D. 1058 del 1924 e nell'art. 26 della L. 1034 del 1971 non può essere tratto dall'art. 34, co. 2, c.p.a.

La regola del carattere assorbente del vizio di incompetenza secondo una dottrina si giustificerebbe per il fatto che, se il giudice «scrutinasse gli ulteriori motivi rappresentati dal ricorrente e li accogliesse, si formerebbero regole giudiziali di condotta senza che l'autorità amministrativa tenuta a darvi esecuzione abbia mai preso parte al relativo processo», il che configurerebbe uno scenario «veramente incompatibile con il diritto di difendersi nel giudizio»²⁷. Tuttavia, la violazione del diritto di difesa non sussiste in quanto l'amministrazione tenuta a dare esecuzione alle suddette regole di condotta non è un soggetto diverso da quella che è stata parte necessaria nel giudizio in cui è stata accertata l'incompetenza, posto che questo vizio attiene ai rapporti interorganici e non ai rapporti intersoggettivi²⁸.

C) Scartati gli impieghi pleonastici e quelli impropri dell'art 34, co. 2, c.p.a., prende a delinarsi l'interpretazione preferibile del divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati.

Il significato di questo divieto, quale si ricava dall'esame della giurisprudenza più convincente, è che l'amministrazione non può essere anticipata dal giudice nell'adozione delle proprie decisioni, discrezionali o non discrezionali²⁹, sia nel caso che queste presupponessero lo svolgimento di un procedimento mai avviato e comunque non concluso, sia nel caso che queste presupponessero lo svolgimento di un segmento di un procedimento complesso non avviato o comunque non concluso.

Implicazione del divieto, così inteso, è il carattere accessorio dell'azione di adempimento rispetto all'azione di annullamento del diniego: il giudice si pronuncerebbe su poteri non ancora esercitati, se potesse condannare l'amministrazione ad adempiere prima che l'amministrazione stessa abbia provveduto in senso negativo (tranne che non si ricada nell'ipotesi del silenzio)³⁰.

²⁷ L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 838 s., che prosegue «in ciò — e, si badi, in ciò soltanto — va rintracciata l'intima ratio dell'art. 34, co. 2, primo periodo, c.p.a. Intima ratio che, naturalmente, ne illumina lo spettro applicativo».

²⁸ Ed infatti la ravvisata violazione del diritto di difesa dell'amministrazione competente si porrebbe «solo quando il provvedimento sia stato adottato da un'Amministrazione in luogo di un'altra, sempre che risultino ambedue titolari di attribuzioni convergenti nello stesso settore, che altrimenti si ricadrebbe nel difetto assoluto di attribuzione» (*op. loc. ult. cit.*). Si tratta di una ipotesi sostanzialmente di scuola, a fronte della quale non sembra poter trovare giustificazione l'interpretazione forzata del divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati.

²⁹ Da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2017, n. 2383.

³⁰ T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 5 maggio 2016, n. 583: «Risulta dalla previsione normativa che l'ordine di rilascio di provvedimenti amministrativi può essere impartito solo se la relativa azione è stata proposta unitamente ad azione di annullamento di un provvedimento ovvero ad azione volta all'accertamento dell'illegittimità».

Alcuni esempi valgono a chiarire la portata del divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati, secondo l'interpretazione che parte preferibile. Esso impedisce l'accoglimento dell'azione di restituzione di somme asseritamente dovute a titolo di indennità se non risulta che il ricorrente abbia proposto domanda di pagamento all'amministrazione³¹; impedisce di accogliere una azione preventiva di accertamento della qualità di presidio ospedaliero, la quale compete alla Regione all'esito di uno specifico procedimento amministrativo³²; impedisce, quando il giudice annulla l'ordinanza di demolizione, di stabilire l'ammontare della sanzione pecuniaria prevista in via alternativa dalla legge, per la quale doveva essere svolto un diverso procedimento³³; impedisce di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara se l'annullamento dell'aggiudicazione interviene perché l'amministrazione ha pretermesso proprio la fase del procedimento deputata alla verifica dei requisiti³⁴; impedisce di accogliere la censura che denuncia l'anomalia dell'offerta, e non l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione per non aver avviato il sub procedimento di verifica dell'anomalia stessa³⁵; impedisce di accogliere il ricorso incidentale, con il quale la seconda classificata denuncia l'incongruità della offerta della ricorrente principale al fine di paralizzarne l'azione, se la suddetta offerta non è stata ancora sottoposta a verifica di congruità da parte dell'amministrazione³⁶; impedisce, in caso di occupazione *sine titulo* di un'area, di ordinare all'Amministrazione l'adozione di un atto formale di acquisizione, in quanto rimesso alla libera volontà delle parti — per il caso di compravendita, ovvero all'esclusiva sfera autoritativa e discrezionale della stessa — per il caso previsto dall'art. 42-*bis* d. P.R. n. 327 del 2001³⁷; impedisce, se l'annullamento riguarda l'atto con cui l'amministrazione ha inibito una attività privata avviata in base a una SCIA, di svolgere alcun accertamento sui presup-

gittimità del silenzio. L'azione, peraltro, è ammissibile ricorrendo i presupposti dell'art. 31, co. 3, c.p.a. (se si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione). La previsione per la quale l'azione di adempimento può essere proposta solo unitamente ad altra azione è collegata, chiaramente, al disposto del secondo co. dell'art. 34, per il quale in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati; T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 23 febbraio 2016, n. 407.

³¹ T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1783.

³² T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 7 novembre 2016, n. 5120.

³³ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 3 novembre 2016, n. 497.

³⁴ T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 11 luglio 2016, n. 700; T.A.R. Toscana - Firenze, sez. III, n. 24/2015 e n. 1577/2015.

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2498; anche T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 20 giugno 2014, n. 3458.

³⁶ Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2013, n. 5984.

³⁷ T.A.R. Puglia - Bari, sez. II, 16 settembre 2014, n. 1111.

posti per l'annullamento d'ufficio, dal momento che questo potere non è ancora stato esercitato³⁸

Il divieto del giudice di anticipare l'amministrazione nella propria decisione, espresso dall'art 34, co. 2, deve peraltro fare i conti con la possibilità, espressamente riconosciuta dal codice di dichiarare l'inerzia dell'amministrazione e, ricorrendone i presupposti stabiliti dall'art. 31, c.p.a., accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio. È chiaro che la dichiarazione della fondatezza della pretesa e la conseguente condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto presuppongono che il giudice svolga una attività di accertamento (in relazione ai presupposti per il rilascio del provvedimento favorevole) che l'amministrazione non ha ancora esercitato, in questo senso anticipandola nell'esercizio del proprio potere³⁹.

Occorre allora precisare che il divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati opera a protezione del potere amministrativo visto nella sua fisiologia, e non nella sua patologia: assicura all'amministrazione il diritto di pronunciarsi per prima su un affare rimesso alle sue cure, sino a quando le è consentito farlo, non anche dopo la scadenza dei termini per provvedere, non anche quando il potere si sia esaurito a causa dell'inerzia dell'amministrazione⁴⁰. Questa precisazione è importante anche per l'azione di accertamento. Essa, per definizione, non presuppone l'esercizio di un potere e quindi può risultare inammissibile alla luce del divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati⁴¹. Ma, poiché i poteri non tempestivamente esercitati sono equiparati sotto questo profilo ai poteri esercitati, non v'è

³⁸ T.A.R. Toscana - Firenze, sez. III, 13 gennaio 2015, n. 24.

³⁹ Sulla tensione del divieto e del giudizio sul silenzio v. Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2014, n. 884.

⁴⁰ Va quindi precisata dall'affermazione di Cons. di Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2498, secondo cui il giudizio amministrativo, pur se con le più recenti riforme ha cessato di essere un giudizio di mera verifica della legittimità del provvedimento amministrativo grazie ai più ampi poteri cognitori riconosciuti dal legislatore al g.a., incontra come limite fisiologico quello storico dell'effettivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

⁴¹ Secondo T.A.R. Abruzzo - Pescara, sez. I, 3 giugno 2013, n. 306, l'art. 34 co. 2 c. p.a., nella parte in cui dispone che in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, mira ad evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla Pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa; tale previsione, pertanto, è destinata ad operare soprattutto per l'azione di accertamento, ontologicamente caratterizzata da tale rischio d'indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto o l'omesso esercizio del potere amministrativo.

ragione di chiamare in causa il divieto se l'azione di accertamento mira a dichiarare l'intervenuta decadenza dall'amministrazione dall'esercizio del potere.

La disposizione che vieta di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati esprime in realtà anche un altro significato normativo, che si affianca a quello sin qui esposto e lo completa. Alludo alla massima giurisprudenziale secondo la quale l'art. 34, co. 2, impedisce al giudice amministrativo di «*pronunciare sulla legittimità/illegittimità dell'atto impugnato per motivi diversi da quelli prospettati e posti a fondamento della decisione amministrativa*»⁴².

Questa regola, che vale ovviamente solo per l'azione di annullamento, esprime un limite che è intrinseco alla tutela costitutiva, salvo che si acceda alla concezione dell'azione e dell'oggetto del giudizio patrocinata da A. Piras. Il processo di impugnazione di un provvedimento non investe questioni ulteriori rispetto a quelle emerse nel corso del procedimento e poste dall'amministrazione a base della decisione annullata. Pertanto le censure articolate dal ricorrente devono essere relative al modo in cui il potere è stato esercitato e non ad accertare la spettanza di un bene richiesto o l'intangibilità della propria sfera giuridica. Correlativamente, l'oggetto del processo di annullamento è il potere così come è stato esercitato dall'amministrazione, ed è vietata al giudice l'indagine su ulteriori profili del rapporto, con quanto ne consegue in ordine ai limiti oggettivi del giudicato.

4. Brevi conclusioni sulla compatibilità della full jurisdiction con il divieto del giudice di farsi amministratore.

È ben possibile che, pur una volta sfrondata dagli utilizzi pleonastici e da quelli impropri, il divieto posto dall'art. 34, co. 2, non sia una novità introdotta dal codice del processo amministrativo, bensì l'ennesima incarnazione dei limiti intrinseci del contenzioso amministrativo e della tutela costitutiva⁴³.

Si tratti di limiti inediti o meno, la disposizione ha il merito, se correttamente interpretata, di rendere meno vago il contenuto del divieto del giudice di farsi amministratore, di precisarne il significato giuridico, nonché di mettere al riparo il processo di annullamento da interpretazioni probabilmente troppo avanzate con riferimento al suo oggetto e ai limiti oggettivi del giudicato.

La disposizione, in altre parole, fornisce un utile punto di appoggio normativo per individuare gli elementi che caratterizzano la funzione giurisdizio-

⁴² Cons. Stato, sez. IV, 24 luglio 2017, n. 3633.

⁴³ Secondo la tesi di M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 103, che parla infatti di «*norma inutile, poiché meramente ricognitiva dei principi tradizionali del contenzioso amministrativo*».

nale rispetto a quella amministrativa: quegli elementi caratterizzanti che la prima non deve smarrire per non confondersi con la seconda e alla luce dei quali è possibile stabilire in concreto quando il divieto è rispettato e quando è violato, ai fini di un eventuale sindacato del giudice di appello e poi della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione.

Gli elementi caratterizzanti in questione, seguendo l'interpretazione dell'art. 34, co. 2, che è parsa preferibile, sono due: a) il primo ha carattere generale e consiste nel carattere successivo dell'intervento del giudice rispetto all'attività amministrativa o comunque rispetto alla scadenza dei termini entro cui questa doveva essere esercitata; b) il secondo riguarda il processo impugnatorio (l'azione di annullamento) e si esprime nella regola che la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio viene valutata rispetto al potere concretamente esercitato (sia esso anche una frazione del potere esercitabile) e non rispetto all'intero rapporto astrattamente ricostruibile dal giudice.

Tali elementi caratterizzanti, che sono anche le condizioni perché il giudice non si faccia amministratore, ben si inscrivono nella traccia segnata da quella dottrina che, conservando del principio l'intera portata garantistica, declina la separazione dei poteri in termini compatibili con le esigenze di funzionamento dei sistemi politici contemporanei e la concepisce come necessaria successione dei diversi poteri in uno stesso ciclo funzionale⁴⁴. E vi è una chiara concordanza anche con l'impostazione di chi, mentre spingeva per un sindacato penetrante del giudice sull'azione amministrativa, invitava a riflettere sulla differenza che esiste tra il problema del giudice e quello dell'amministrazione, il primo un problema di secondo grado e il secondo un problema di primo grado, ravvisando in questa differenza la ragione della separazione⁴⁵.

Per concludere, è possibile a questo punto domandarsi se il modello della *full jurisdiction*, quale emerge dalla giurisprudenza europea e dal quale siamo partiti, si pone in violazione del divieto del giudice di farsi amministratore. La risposta sembra dover essere tendenzialmente negativa, per due ragioni essenziali.

La prima è che la *full jurisdiction* è configurata dalla giurisprudenza convenzionale europea come riesame di una precedente decisione, sia pur esteso al merito quando la decisione attiene alla materia penale e in ogni caso senza il

⁴⁴ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., pp. 714 e ss.

⁴⁵ F. LEDDA, *Efficacia del processo e ipotesi degli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pp. e 315 e s.; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ivi, 391-397; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, ivi, pp. e 575 ss.

limite delle valutazioni tecniche. Viene dunque preservato il carattere successivo dell'intervento del giudice.

La seconda è che la *full jurisdiction* nel processo di annullamento non richiede al giudice di svolgere uno scrutinio in relazione a profili ulteriori rispetto a quelli che emergono dal provvedimento impugnato, in quanto essa incontra un limite nel principio della domanda⁴⁶: e immaginare una domanda di impugnazione che concerne profili del rapporto non emersi nell'atto impugnato sarebbe un controsenso logico.

⁴⁶ F. GOISIS, *op. cit.*, p. 557, «se è vero che l'espressione *full jurisdiction* allude, evidentemente (e come ben emerge dalle definizioni astratte ricordate nel paragrafo introduttivo), ad un sindacato assai vasto e penetrante, tuttavia tale pienezza va accertata in concreto, ossia in relazione alla specifica controversia. In altri termini, si deve guardare prima alla domanda e alle istanze (anche istruttorie) di parte, e, in genere, alle esigenze di tutela espresse avanti al giudice nazionale e, poi, a come quest'ultimo vi abbia concretamente risposto».