

LUCA R. PERFETTI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi

“Aldo Moro” di Bari

luca.perfetti@belex.com

**LA FULL JURISDICTION COME PROBLEMA.
PIENEZZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E TEORIE
DEL POTERE, DEL PROCESSO E DELLA COSTITUZIONE.**

**THE CHALLENGE POSED BY CEDU'S FULL JURISDICTION.
EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION AND THEORIES OF PUBLIC
POWER, JUDICIAL PROCESS AND CONSTITUTION.**

SINTESI

Il contributo raffronta le regole ed i principi affermati dal diritto europeo e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con le differenti culture nazionali in materia di potere pubblico e Costituzione, evidenziando, in particolare, come l'impatto della giurisprudenza della CEDU sull'ordinamento nazionale possa risultare di maggiore o minore rilevanza a seconda proprio delle singole ricostruzioni nazionali con le quali si operi la comparazione. In questa prospettiva, laddove si assumano concezioni della Costituzione e del potere pubblico basate sulla pienezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e su di una concezione del potere pubblico funzionalizzata alla realizzazione e tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), gli insegnamenti che vengono dall'elaborazione europea della *full jurisdiction* sembrano perdere di forza innovativa dirompente, risultando piuttosto mera conferma di costruzioni da tempo ricavabili dall'impianto costituzionale e, ad oggi, non adeguatamente valorizzate per via di retaggi culturali stratificatisi nel tempo. In questi termini, la giurisprudenza CEDU in materia di *full jurisdiction* può certamente costituire valido contributo all'adeguata spiegazione del diritto vigente.

ABSTRACT

The essay compares the rules and principles established by European law and the European Court of Human Rights with the different national cultures concerning the public power and the Constitution. The essay highlights how the impact of the jurisprudence of the ECHR on the Italian legal system can turn out to be of greater or lesser importance, depending on each theoretical reconstructions with which the comparison is made. In this perspective, in case

views of the Constitution based on the fullness of judicial protection (Article 24 of the Constitution) and of the public power as functionalized to the realization and protection of fundamental rights (Article 2 of the Constitution) are assumed, the lessons that come from the European elaboration of the *full jurisdiction* seem to lose innovative and disruptive power, proving to be a mere confirmation of constructions already provided by the Italian constitutional system and, to date, not adequately valued due to cultural legacy stratified over time. In these terms, the ECHR jurisprudence in matters of *full jurisdiction* can certainly constitute a valuable contribution to the proper understanding of the Italian law system in force.

PAROLE CHIAVE: piena giurisdizione – potere pubblico – diritti fondamentali – protezione - Costituzione Italiana

KEYWORDS: full jurisdiction – public power – fundamental rights – protection – Italian Constitution

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Precisazioni sui concetti fondamentali del problema posto. – 3. Culture del processo, del potere e dei diritti come fattori essenziali per la comprensione del problema della *full jurisdiction*. – 4. *Full jurisdiction* come problema culturale.

1. Introduzione.

Questo contributo ha uno scopo definito, vale a dire quello di mostrare come le regole affermate dal diritto europeo e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo determinano un contributo realmente innovativo del nostro ordinamento nazionale solo in relazione alle culture del potere pubblico e della Costituzione alle quali si faccia ricorso. In altri termini, una volta assunte letture tradizionali del potere pubblico e della Costituzione, le disposizioni che derivano dal diritto europeo e gli insegnamenti della giurisprudenza appariranno incompatibili con quelle teorie e, quindi, esse stesse non forniranno più una spiegazione adeguata del diritto vigente; ne deriva, quindi, che la *full jurisdiction* apparirà di dirimpente novità.

Secondo alcune versioni, invece, miscelando una lettura molto prudente del sistema delle decisioni della Corte EDU e molto avanzata delle nostre concezioni tradizionali del potere pubblico, delle posizioni delle persone rispetto ad esso e del processo amministrativo, i sistemi si mostrerebbero compatibili, ancorché non pienamente coincidenti.

Al contrario, ove si assuma una più avanzata concezione della Costituzione e del potere pubblico (rimaste, tuttavia, a lungo minoritarie nel nostro

Paese), gli insegnamenti che vengono dall'elaborazione europea della *full jurisdiction* appariranno come una conferma e contribuiranno all'adeguata spiegazione del diritto vigente.

Una profonda riflessione sul principio di compatibilità – per come elaborato in altri campi della conoscenza umana¹ – potrebbe condurre a spiegare con maggiore precisione la relazione tra questi due sistemi concettuali. Più precisamente, si potrà ritenere che le spiegazioni tradizionali del potere pubblico, dell'autorità, dei diritti delle persone in ordine alle decisioni amministrative e del processo amministrativo di legittimità forniscano una teoria adeguata di alcuni profili di questi problemi, ma debbono essere abbandonate a favore di un diverso ordine concettuale se si vuole avere una comprensione adeguata di altri tratti del problema, dei quali certo fa parte il profilo della pienezza della giurisdizione. Il tentativo di fornire versioni più avanzate delle impostazioni tradizionali e più contenute degli elementi di loro contraddizione con il risultato di condurre tutto su un terreno unitario – tuttavia – non pare adeguato, smarrendo le ragioni profonde delle impostazioni tradizionali e limitando gli sviluppi di quelle alternative.

Già solo da queste primissime osservazioni preliminari appare chiaro come il problema della pienezza della giurisdizione per come deriva dalle decisioni della Corte EDU è, principalmente, un problema teorico e culturale, vale a dire di definizione del contenuto degli elementi di analisi e delle prospettive interpretative dalle quali si muove.

Volendosi fornire una spiegazione adeguata di quest'impostazione del problema, agendo come giuristi positivi – e, quindi, nella prospettiva di mostrare attraverso il diritto positivo l'inadeguatezza di spiegazioni largamente diffuse nella nostra letteratura e giurisprudenza – occorrerà muovere dalle regole di diritto rilevanti.

2. Precisazioni sui concetti fondamentali del problema posto.

Come molto noto, l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo² dispone che «ogni persona» abbia «diritto a che la sua causa sia esaminata

¹ Per la più autorevole elaborazione del concetto N. BOHR, *Atomtheorie und Naturbeschreibung*, Berlino, 1931 ove *Die Atomtheorie und die Prinzipien der Naturbeschreibung*, p. 67 ss., nonché ID., *Atomic Physics and Human Knowledge*, New York, 1958, ove particolarmente i saggi *The unity of Human Knowledge*, p. 8 ss.; *Light and life. Address at the opening meeting of the International Congress on Light Therapy in Copenhagen*, p. 23 ss.; *Quantum Physics and Philosophy*, p. 1 ss. Alcuni di questi saggi sono ora in lingua italiana nel volume ID., *Teoria dell'atomo e conoscenza umana*, Milano-Udine, Mimesis, 2018 e sono comunque facilmente consultabili in via telematica nelle loro versioni originali.

² Per indicazioni nella nostra letteratura, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; ID., *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto*

equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» che «sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Per parte sua, l'art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo dispone che «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Infine, l'art. 47 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2000/C 364/01) – ordinariamente meno considerato dalla nostra letteratura³ – prevede che ogni «individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice», vale a dire che la sua causa «sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge», nonché di «farsi consigliare, difendere e rappresentare».

È agevole osservare come da queste disposizioni emergano alcuni nuclei tematici omogenei, vale a dire, con esclusiva attenzione alla giurisdizione del

amministrativo nazionale, in *Jus publicum*, 2014; ID., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 685 ss.; B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, Cedam, 2001; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e modi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, particolarmente da p. 110 e ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss.

Nella letteratura europea, almeno, P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003, p. 753 ss.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Law Journal*, 2003, p. 244 ss.; F.J. RODRIGUEZ PONTÓN, *Las articulaciones de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005; 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; J. C. BONICHOT, *L'application de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H. aux autorités de régulation : la position du Conseil d'Etat*, in *Petites Affiches*, 2000, p. 3 ss.; J. F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA*, 1999, p. 847 ss. Interessante l'esame di G. POLIS E M. R. STAFFEN, *Circulação de modelos jurídicos: a influência da corte europeia de direitos humanos na ideia brasileira de razoável duração do processo*, in *Revista da Universidade Católica de Brasília*, 2017, p. 237 ss.

³ Ma per una sua attenta lettura, F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

giudice amministrativo, i concetti di:

i) controversia su «*diritti e doveri di carattere civile*» o di «*accusa penale*» (art. 6 CEDU), per come questi concetti sono stati interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; allo stesso modo, assumono rilievo i «*diritti*» e le «*libertà*» riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 13 CEDU) e i «*diritti*» e le «*libertà*» garantiti dal diritto dell'Unione (art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea);

ii) Tribunale «*indipendente e imparziale, costituito per legge*» (art. 6 CEDU), di nuovo per come interpretato dalla Corte, nonché di «*istanza nazionale*» (art. 13 CEDU) o «*giudice*» (art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea);

iii) giudizio effettivo – e cioè «*causa*» esaminata «*equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*» (art. 6 CEDU), «*ricorso effettivo*» (art. 13 CEDU) ovvero, riassuntivamente, secondo l'art. 47 della Carta di Nizza, «*ricorso effettivo*» in una causa che «*sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*» e con garanzia del diritto di difesa.

iv) potere pubblico, il cui esercizio dia luogo ad una decisione amministrativa efficace, che con i diritti e le libertà si confronti in un giudizio effettivo, «*anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*» (art. 13 CEDU).

È agevole indicare lo stato dell'arte rispetto a tutti questi profili.

2.1. Le nozioni di «*diritto di carattere civile*» e di «*accusa in materia penale*» sono da ricavare, per insegnamento costante della giurisprudenza, in base alla Convenzione. Pur nella molteplicità dei riferimenti, nella nostra prospettiva, sembra sufficiente riferirsi a pochi precedenti essenziali, come *Ferrazzini c. Italia* per il primo profilo ed a *Engel c. Paesi Bassi* e *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, per il secondo.

Nella prima decisione⁴ – utile anche per i richiami ai precedenti – la Corte ha chiarito come possano darsi obbligazioni patrimoniali nei confronti di soggetti pubblici che non rientrano nella nozione di «*diritto di carattere civile*»; nella specie, trattandosi di obbligazioni di natura fiscale, era agevole raggiungere questa conclusione, lasciando impregiudicato il perimetro della stessa in relazione all'attività di diritto pubblico nella prospettiva delle posizioni soggettive private. Tuttavia, la giurisprudenza ha indicato alcune linee prospettiche rilevanti rispetto alla sussistenza di diritti di carattere civile coinvolti in decisioni di diritto pubblico: ad esempio – come rilevato da vari contributi pubblicati in

⁴ Corte EDU, *Ferrazzini c. Italia*, 25 luglio 2001, caso n. 44759/98.

questo volume della *Rivista* – in ordine al regime edilizio di immobili oggetto di compravendita, di espropriazione, di messa a riposo del dipendente pubblico affetto da disabilità, di gestione di cliniche private, di titoli amministrativi abilitanti all'esercizio di attività professionali o commerciali, di provvedimenti di vigilanza bancaria o esclusione da gare d'appalto⁵.

Già solo queste considerazioni potrebbero aprire, nel nostro Paese, l'ampio tema di discussione relativo alla natura ed al regime delle posizioni soggettive di cui è portatore il privato in relazione al potere pubblico e, tuttavia, non è questo il profilo sul quale in questa sede interessa riflettere.

Quanto al concetto di «*accusa in materia penale*», la prima decisione rammentata⁶ ha da tempo chiarito come la nozione in questione debba essere ricavata dalla Convenzione, considerando il diritto interno come solamente indicativo, sicché la nozione in questione sarà da ricavare alla luce dell'entità dell'afflizione, al carattere della norma che prevede la sanzione ed alla sua funzione; in questa prospettiva è particolarmente noto come in *A. Menarini Diagnostics*⁷ – in materia di sanzioni antitrust – le disposizioni di cui all'art. 6 CEDU siano state applicate ad una sanzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato la cui legittimità era sottoposta allo scrutinio del giudice amministrativo – così come nella quasi coeva decisione *Sigma Radio Television Ltd.* in materia di sanzioni irrogate dall'autorità di vigilanza nel settore delle telecomunicazioni⁸.

2.2. Il concetto di «*tribunale*» contiene un nucleo problematico dal quale emerge immediatamente il profilo culturale della questione.

Poiché per la Corte questa nozione comprende qualunque soggetto pubblico che eserciti la funzione giurisdizionale in senso sostanziale, nel senso

⁵ Corte EDU, *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, n. 13; Corte EDU, *König c. Germania*, 28 giugno 1978, n. 27; Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, n. 52; Corte EDU, *Allan Jacobsson c. Svezia*, 25 ottobre 1989, n. 163; Corte EDU, *Bentham c. Paesi Bassi*, 23 ottobre 1985, n. 97; Corte EDU, *Tre Traktörer AB c. Svezia*, 7 luglio 1989, n. 159; Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, 28 giugno 1990, caso n. 11761/85; Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, 21 settembre 1993, n. 268; Corte EDU, *Ortenberg v. Austria*, 25 novembre 1994, n. 295; Corte EDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95; Corte EDU, *Družstevní Záložna Praha and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01; Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, ricorsi n. 20390/92 e n. 21322/92.

⁶ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, casi n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, n. 5354/72 e n. 5370/72.

⁷ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, 27 settembre 2011, caso n. 43509/2008.

⁸ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd vs. Cipro*, 21 luglio 2011, casi n. 32181/04 e n. 35122/05, particolarmente da § 153.

dell'aggiudicazione del bene della vita attraverso decisioni costitutive – indipendentemente dalla circostanza che ciò avvenga nel perimetro di una controversia giurisdizionale o di una lite sostanziale – anche l'amministrazione pubblica vi può esser ricompresa. La Corte indica una continuità tra procedimento e processo ed un possibile valore rimediabile del secondo rispetto alle disfunzioni del primo, laddove la decisione giurisdizionale sia assunta da un soggetto indipendente e che eserciti la giurisdizione in modo pieno.

Emerge già qui il profilo dell'amministrazione come soggetto attuatore della legge con provvedimenti ad effetto costitutivo – analogamente alla giurisdizione, come da gran tempo proposto dalla più autorevole dottrina austriaca del Novecento – in opposizione all'idea tradizionale dell'esecutivo come creatore di regole concrete nel perimetro di quelle astratte dettate dal legislatore, nell'esercizio di poteri discrezionali limitatamente sindacabili (anche perché) solo parzialmente disciplinati dalla legge e, comunque, monopolista della definizione del contenuto del pubblico interesse⁹. Ancora: non mancherà chi vedrà nell'affermazione null'altro che la conferma del principio del giusto procedimento inteso in senso penetrante e chi – dal lato opposto – mostrerà preoccupazione per la duplicazione delle garanzie (in sede procedimentale e processuale) o la possibile compressione della volizione discrezionale dell'esecutivo.

2.3. Necessariamente più articolata è la ricostruzione del concetto di processo effettivo.

Finché si osserva che nella giurisprudenza della Corte si ritiene che il giudice di giurisdizione piena debba poter conoscere di tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la soluzione della lite¹⁰, non si afferma nulla di sconvolgente. Ancora; non crea particolare sorpresa l'affermazione per la quale non v'è pienezza della giurisdizione a fronte di un giudice non indipendente¹¹, ovvero che ritenga di non avere il potere di verificare la correttezza della decisione dell'amministrazione in ordine ad un fatto¹².

Tuttavia, già solo quest'affermazione contraddice in modo aperto lo stile

⁹ Per questi profili, L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *questa Rivista*, n. 1/2017, p. 3 ss.

¹⁰ Affermazioni molto chiare e molto note sono in Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, 28 gennaio 1983, casi n. 7299/75 e n. 7496/76; ovvero in Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, casi n. 20390/92 e n. 21322/92; oppure in Corte EDU, *Družstevní Záložna Píra and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01.

¹¹ Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, 14 novembre 2006, caso n. 60860/00.

¹² Corte EDU, *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, 15 novembre 1996, caso n. 49/1995/555/641.

interpretativo della nostra giurisprudenza a fronte della cognizione su atti esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione; è – infatti – assai frequente l'affermazione dell'insindacabilità dei fatti – e delle valutazioni intorno ad essi – pur in presenza di sola discrezionalità tecnica. La giurisprudenza della Corte non richiede che il giudice possa sostituire la sua valutazione circa i fatti a quella dell'amministrazione; non di meno, non v'è piena giurisdizione se non a fronte della piena cognizione sui fatti¹³ – ed è proprio qui il primo elemento di contraddizione con la nostra giurisprudenza che, dopo l'importante avanzamento della fine del secolo scorso, si è fatta sempre più prudente, comprendo sotto la valutazione circa l'interesse pubblico anche la stessa ricostruzione dei fatti.

Naturalmente, ci si muove ancora in un perimetro nel quale le impostazioni possono essere sovrapposte, invece di affrontare la fatica dell'applicazione del principio di compatibilità (che postula l'esistenza di una radicale differenza tra sistemi di conoscenza rispetto ai quali si intenda porre in luce gli elementi di compatibilità).

Il problema è che la Corte non agisce sulla base di regole astrattamente determinate, ma sulla base del caso, in considerazione della natura del potere esercitato – tecnico o discrezionale –, del procedimento amministrativo, della pretesa del privato, della sua domanda e dei poteri del giudicante in merito ad essa. L'adeguatezza¹⁴ del controllo sui fatti viene, quindi, predicata in considerazione di questa molteplicità di fattori.

Il tema più rilevante è dato dall'intensità¹⁵ del sindacato e, più in particolare, dalla possibilità che il giudice sostituisca la sua valutazione circa i fatti a quella dell'organo amministrativo. In estrema sintesi, l'orientamento della Corte è nel senso che la giurisdizione di annullamento sia sufficiente, purché a fronte della possibilità da parte del giudice di sostituire la decisione con una valida ovvero rimettere la questione all'ente perché provveda nuovamente¹⁶; pertanto, a condizionare la riedizione del potere, sarà necessario che il giudice motivi adeguatamente la sua decisione, così da determinare un adeguato effetto

¹³ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit.

¹⁴ Corte EDU, *Fazla Ali c. Regno Unito*, 20 ottobre 2015, caso n. 40378/10.

¹⁵ Corte EDU, *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*, 15 settembre 2015, caso n. 3800/12; Corte EDU, *Bryan c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, caso n. 335-A; Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd*, cit.; Corte EDU, *Galina Kostova c. Bulgaria*, 12 novembre 2013, caso n. 36181/05; *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, cit.

¹⁶ Su questi profili, si veda la letteratura citata alla nota n. 1 e, in generale, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

conformativo.¹⁷ Inoltre, seppure la piena giurisdizione non richieda che il giudice debba sostituire la decisione riconosciuta invalida con quella corretta, dal punto di vista del sindacato sulla discrezionalità, la Corte ha più volte affermato che il Tribunale debba poter sindacare la proporzionalità dell'uso del potere¹⁸ e la correttezza del procedimento amministrativo¹⁹. La giurisprudenza in argomento è tutta ben nota alla nostra letteratura, per quanto l'interesse al tema sia piuttosto recente.

La Corte ha ritenuto che fossero negate le garanzie proprie della *full jurisdiction* a fronte del fatto che il giudice non conosca «*of the merits of the case*»; non sia in grado di operare «*review of the facts*»²⁰; oppure «*instead of ruling on the question of proportionality (...) confined itself to the verification whether*» l'ente «*did not act beyond its discretionary powers*»²¹, sicché «*la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité*» dovendosi piuttosto estendere a verificare se l'autorità abbia fatto «*un usage approprié de ses pouvoirs*» e «*le bien-fondé et la proportionnalité des choix*»²²; ovvero possa, a fronte di decisioni discrezionali, «*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*»²³; oppure sia «*unable to go behind the terms*» della legge «*in order to verify whether grounds in fact existed*»²⁴.

Ferma l'affermazione che la giurisdizione piena è assicurata nell'ipotesi di un'effettiva ed efficace giurisdizione di legittimità che preveda vuoi il potere del giudice di sostituire la decisione amministrativa, vuoi di rimettere il caso all'autorità con il corredo di una motivazione adeguata che limiti realmente la riedizione del potere, nella giurisprudenza CEDU si leggono decisioni che non si limitano all'affermazione generale, ma che impegnano il giudice nazionale ad un sindacato assai più penetrante di quanto richiedano anche le culture più esigenti del sindacato di legittimità. Ultimativamente, non vi sarebbe pienezza della giurisdizione ove il Tribunale «*did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views as to the applicant's credibility*»²⁵; anche senza entrare nel profondo della questione circa la sostituzione all'amministrazione – giacché anche una sentenza di annullamento dell'atto discrezionale ampiamente motivata, con ri-

¹⁷ Ad esempio, Corte EDU, *Ruiz Torija c. Spagna*, 9 dicembre 1994, caso n. 303-A.

¹⁸ Ad esempio, Corte EDU, *Diennet c. Francia*, 26 settembre 1995, caso n. 18160/91; *Sigma Radio Television Ltd*, *cit.*

¹⁹ Corte EDU, *Tsanova-Gecheva*, *cit.*

²⁰ Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, *cit.*

²¹ CEDU, *Družstevní Záložna Píra and Others v. the Czech Republic*, *cit.*

²² CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, *cit.*

²³ Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, *cit.*

²⁴ Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, *cit.*

²⁵ Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, *cit.*

dottissimo ambito alla riedizione del potere, finisce per essere un'ipotesi nella quale il giudice «*substitute its own views*» a quelle dell'amministrazione – si fatica a non vedere come l'intensità del sindacato sia fatta dipendere dalla Corte EDU dalla conformazione della concreta vicenda controversa. Anche laddove abbia ritenuto la pienezza della giurisdizione²⁶, è accaduto che ciò fosse a fronte dell'unicità della soluzione legittimamente possibile – sicché, più che di adeguatezza del sindacato sulla discrezionalità, si dovrà parlare di concetto giuridicamente opinabile in ordine al quale l'incertezza può esser rimossa. Egualmente, il confine tra mancanza di imparzialità dell'organo amministrativo cui è rimessa la revisione dell'accertamento del fatto e capacità del giudice di sostituirsi ad essa²⁷ è suscettibile di interpretazioni differenti, che vanno dalla qualificazione della seconda come vero potere sostitutivo al semplice esercizio del sindacato lungo confortanti ed abituali profili d'eccesso di potere.

Ai fini che qui interessano – tra i quali non si annovera il prendere posizione in ordine all'esistenza di un potere di sostituzione del giudice come *proprium* della pienezza della giurisdizione – basterà notare come la pienezza del sindacato finisce per essere assimilabile alla garanzia dell'effettivo conseguimento del bene della vita senza che, nel caso concreto, si possano opporre ove più ove meno estese franchigie d'insindacabilità assicurate al potere pubblico ovvero limitazioni alla cognizione ed alla decisione tali da far conseguire pronunzie favorevoli ma inadeguate ad assicurare la soddisfazione nel rapporto sostanziale.

Si ha ben presente come la nostra letteratura, dall'una o dall'altra pronunzia della Corte EDU, utilizzando tecniche argomentative raffinate ed eleganti, abbia perseguito il fine precostituito di legittimare lo stato di fatto della nostra giurisprudenza nazionale ovvero enfatizzato le ragioni per un suo sovvertimento, oppure – con più costruito – difesa la giurisdizione di legittimità purché piena ed avanzata ovvero escluso che ad essa fossero sottratti profili di merito insindacabile che altro non sarebbero che valutazioni discrezionali disputabili innanzi al giudice.

Si tratta, almeno a mio modo di vedere, di conferme del fatto che il tema della *full jurisdiction* presenta profili di stravolgente novità ovvero di conferma del sistema concettuale proposto a seconda della cultura della Costituzione che si sia assunta.

2.4. Stante l'oggetto delle nostre riflessioni, non potrà essere trascurato il

²⁶ CEDU, *Zumtobel v. Austria*, 21 settembre 1993, n. 268-A.

²⁷ CEDU, *Placi v. Italy*, 21 gennaio 2014, caso n. 4875/11.

profilo del potere pubblico. Dal punto di vista normativo, come già osservato, l'art. 13 della Convenzione EDU garantisce il diritto ad un ricorso effettivo ad «ogni persona» nel caso in cui «diritti» ovvero «libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati», «anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

E', quindi, molto chiaro che l'esercizio di funzioni pubbliche non legittima una contrazione della tutela. Si potrebbe osservare come il riconoscimento della protezione di diritti e libertà nei confronti del potere pubblico contribuisca a smentire distinzioni tradizionali – per le quali a fronte dell'esercizio del potere si avrebbero sempre e solo interessi legittimi, così come il godimento di libertà e diritti escluda il potere pubblico. Si è provato a dire altre volte delle ragioni per le quali il potere pubblico convive stabilmente con diritti e libertà²⁸ - ed, anzi, l'interesse pubblico coincide con la massimizzazione del godimento di diritti e libertà costituzionali²⁹ - così come le situazioni soggettive individuali contengono una fisiologica dimensione ultra-individuale, non egoistica³⁰. Tuttavia, non è questa la sede per riprendere queste discussioni e non sembra utile esporre la riflessione all'obiezione per la quale un'interpretazione puramente letterale della disposizione in questione potrebbe sorreggere anche l'interpretazione classica, per la quale ove ci sia potere non ci sarà diritto soggettivo o libertà, sicché si proverà ad assegnare all'enunciato «anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»

²⁸ L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.; già prima, però, ID., *Contributo a una teoria dei servizi pubblici*, Padova, Cedam, 2001 e ID., *La persona, «unico centro unitario cui riferirsi»*, in *Jus*, 2011, p. 471 ss.

²⁹ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 299 ss.; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153 ss.; ID., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Dir e proc. amm.*, 2016, p. 393 ss.; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2016, 117, p. 195 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 99 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giapicchelli, 2017, p. 119 ss.; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

³⁰ L.R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, XXI, Milano, 2012, p. 338 ss.; ID., *Le posizioni giuridiche soggettive e il potere pubblico*, in CARLOTTI e CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo. Volume I – Parte Sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 49 ss.; ID., A. CLINI, *Class action, interessi diffusi e legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1443 ss.

come rinvio ad attività materiale priva di potere giuridico (come per la polizia o le funzioni di sicurezza).

Quel che rileva, sul versante della discussione che qui si intende affrontare, è che la stessa giurisprudenza già citata relativa alla *full jurisdiction* contiene almeno due elementi significativi quanto al potere pubblico: da un lato, infatti, in linea con la tradizione, la Corte EDU mostra ossequio alla regola della divisione dei poteri e riguardo rispetto all'esercizio di potere discrezionale; dall'altro – e contraddittoriamente, a stare alle nostre sistematiche tradizionali – esclude che l'esercizio di potere pubblico possa limitare la cognizione in sede giurisdizionale ed i poteri del giudice, da esercitarsi affinché la «*persona*» possa godere dei propri diritti e, quindi, accedere al bene della vita cui aspira.

Il potere pubblico, ed in particolare quello discrezionale, è un nodo tematico ineludibile per la comprensione del problema che abbiamo innanzi.

3. Culture del processo, del potere e dei diritti come fattori essenziali per la comprensione del problema della full jurisdiction.

Così posti i concetti sui quali riflettere, sembra utile misurare i diversi approcci culturali in relazione agli elementi essenziali del problema, vale a dire (A) il soggetto decisore ed il suo potere pubblico, (B) i diritti della persona che con essi si confrontano e (C) la procedura (procedimento o processo che siano) di revisione della decisione ed i compiti e poteri del procedente.

Vengono, quindi, in rilievo le diverse impostazioni teoriche del (i) potere pubblico, dei (ii) diritti individuali e del (iii) procedimento e del processo amministrativi.

3.1. Conviene – viste le regole che vengono in evidenza, orientate ad assicurare un processo (o procedimento) effettivo – muovere dall'ultimo aspetto, per rendere l'esposizione più lineare.

3.1.1. In primo luogo, l'elaborazione della Corte EDU sembra smentire quelle linee interpretative che ritengono il giudice amministrativo strutturalmente incompatibile con lo Stato di diritto e/o con il sistema di tutele garantito dalla Costituzione. La Corte EDU, infatti, più volte è intervenuta rispetto a contenziosi nazionali che si svolgevano innanzi il giudice amministrativo, senza mai ravvisare che in capo ad esso difettassero i requisiti necessari per essere giudice di *full jurisdiction*. Più ancora, la stessa tutela di annullamento è stata considerata rimedio effettivo alla luce dell'art. 6 Convenzione EDU.

Semmai, emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU l'esigenza della piena indipendenza del giudice – ed è noto come rispetto a questo aspetto, le corti amministrative italiane non si presentino ineccepibili, stanti la nomina governativa di un certo numero di componenti del Consiglio di Stato, la convivenza di sezioni consultive e giurisdizionali (con il problema – pur depotenziato dalla sensibilità istituzionale dei presidenti – della possibile partecipazione a collegi giudicanti di magistrati che abbiano conosciuto il provvedimento impugnato in sede consultiva) e la delicata prassi della presenza di magistrati di grande valore ed esperienza nei gabinetti ministeriali (con il medesimo problema quando rientrino nei ruoli giudicanti). Si tratta di elementi che – tuttavia – hanno rilievo sia che si pensi alla giurisdizione amministrativa nella sua pienezza di smalto costituzionale, sia che la si intenda criticare e che, comunque, non assumono in rilievo decisivo. Infatti, si tratta di singoli punti critici che non riguardano il modello di giurisdizione.

Ancora: dalla giurisprudenza della Corte EDU emerge l'esigenza della pienezza dei poteri di cognizione e decisione dell'organo giudicante; ne deriva, pertanto, l'esigenza di una concezione costituzionalmente orientata ed avanzata dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice amministrativo e non certo la smentita del suo ruolo – in disparte, in questa sede, la considerazione della circostanza che il giudice ordinario appare (nella prassi e per gli strumenti processuali di cui dispone) assai più incline alla *deference* nei confronti dell'autorità amministrativa e meno efficace di quello amministrativo.

3.1.2. Sul versante opposto, tuttavia, la giurisprudenza della Corte EDU costituisce un'aperta smentita della concezione del processo amministrativo che deriva dalla tradizione e tutt'ora largamente (ed, anzi, in modo addirittura crescente) praticata dalle corti amministrative italiane.

È a tutti noto come, fino ai decisivi contributi dottrinali che hanno seguito il penetrare della Costituzione repubblicana nella cultura del processo amministrativo, il giudizio avanti le corti amministrative presentasse significative aree di giurisdizione oggettiva ed i Tribunali amministrativi ed il Consiglio di Stato ritenessero la loro giurisdizione nei confronti della decisione discrezionale sostanzialmente limitata nel confine dell'errore o del vizio assolutamente manifesto, operassero un sindacato solo esterno circa il fatto o la valutazione tecnica, con la conseguenza di un uso limitatissimo di strumenti istruttori, depotenziassero la tutela in sede di esecuzione ogni qual volta l'amministrazione assumesse un nuovo provvedimento seguente al giudicato; si potrebbe continuare, naturalmente.

Poiché però non è questa la sede per ricostruire le teorie tradizionali del processo amministrativo, né per dare conto delle loro profonde smentite nella migliore dottrina nazionale a partire dagli anni Cinquanta (andando ovviamente il pensiero ai lavori per certi versi fondativi di Benvenuti, Nigro e Romano, che tutti conoscono), importa rilevare come quella cultura del processo (anzi, della giustizia amministrativa, non apparendo un vero processo), intrisa di deferenza per l'autorità, incapace di leggere il giudizio come un vero processo di parti, diretta a limitare strumenti istruttori ed ambiti di decisione, non sembra in alcun modo compatibile con la pienezza della giurisdizione richiesta dalla Corte EDU.

Qui si pone un punto teorico decisivo.

Una parte non piccola della nostra letteratura – e delle culture del processo in generale – ha continuato a coltivare quel modello classico per lungo tempo, finché non è apparso evidente come esso non fosse in grado di dare una spiegazione adeguata del diritto vigente. Tuttavia, in continuità con quanto sostenuto per lungo tempo (dal singolo autore o dalla scuola di appartenenza), si è ritenuto che il sistema sia stato innovato dal diritto europeo assai più che dalla Costituzione.

In altri termini: avendo sostanzialmente ignorato la novità costituzionale per decenni, di fronte alla scarsa capacità delle idee tradizionali di spiegare adeguatamente il diritto positivo, si è avvertito il diritto europeo – o le novità introdotte dal legislatore nazionale – come l'elemento di novità. Quest'impostazione non solo ha giustificato decenni di trascuratezza rispetto alla novità costituzionale anche in questa materia, ma ha reso più fragile il processo di affermazione della piena giurisdizione del giudice amministrativo.

Infatti, anche la dottrina più autorevole ed acuta³¹ ha fondato le sue teorie sul modello processuale (e sul ricorso al paradigma del processo civile); quella non così profonda, ha ancorato le sue spiegazioni alle singole riforme legislative ed al diritto europeo. Tuttavia, il ridotto appello alla novità complessiva del modello costituzionale, ha consentito alla prassi ed a segmenti non piccoli della dottrina, negli anni più recenti, di ritornare al modello complessivo della giustizia amministrativa tradizionale come quadro di riferimento generale, salvo che per i singoli istituti nei quali il legislatore nazionale o il diritto europeo disponevano regole chiare in senso opposto.

Un elemento testuale piuttosto significativo emerge dall'art. 1 del codice

³¹ Si può vedere, ad esempio, il profondo – e per larghi tratti fondamentale – lavoro di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001.

del processo amministrativo, che equipara diritto europeo e Costituzione nella disciplina del giudizio – per quanto non sia difficile osservare come il primo indice sulla giurisdizione amministrativa in misura assai minore rispetto alla prima – nella prospettiva della pienezza ed efficacia della tutela; si tratta di principi che sono necessitati dall'art. 24 Cost. e che sono tuttavia evocati secondo il linguaggio del diritto europeo, quasi a giustificare in esso la fonte delle novità.

È assai agevole, nella prospettiva indicata, riferirsi sia all'evoluzione della giurisprudenza (con il corredo di parte della dottrina) in materia di istruttoria ovvero di limiti al sindacato del giudice rispetto alla discrezionalità, anche tecnica, dell'amministrazione; si tratta di un ritorno al passato molto significativo, talvolta in piuttosto evidente contrasto con la stessa giurisprudenza della Corte EDU in materia di *full jurisdiction* – come avviene in relazione alle limitazioni di sindacato, affermate da ampia giurisprudenza ed in parte giustificate dalla dottrina, ove si sostiene l'idea del sindacato cosiddetto esterno alla valutazione tecnica, nei confronti di provvedimenti dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato. Allo stesso modo, si deve osservare quella giurisprudenza – anche in questo caso con qualche sostegno dottrinale, anche autorevole – che tratta come caratterizzati da valutazioni discrezionali, affermandone la limitatissima sindacabilità, provvedimenti che al più sarebbero da considerare esercizio di discrezionalità tecnica, negando quindi ogni sindacato circa i fatti.

E, ancora: l'idea del processo di parti che controvertono nell'esclusivo interesse della protezione delle proprie pretese sostanziali, in posizione di parità, con il dispiegarsi del principio dispositivo e della pienezza dei poteri istruttori e decisorii del giudice di giurisdizione piena, è largamente compromessa dall'affermarsi di letture di principi generali³² – come l'abuso del processo o la pienezza della tutela – che consentono al giudice di modellare il processo con larghi tratti di giurisdizione oggettiva, così come gli insegnamenti più recenti dell'Adunanza Plenaria tendono a legittimare.

Considerazioni non dissimili valgono per le culture del procedimento amministrativo. I contributi fondamentali sul concetto di procedura amministrativa e circa il suo inquadramento costituzionale nella relazione tra cittadino

³² Per l'indicazione dei problemi e della loro serietà, R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 106 ss.; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, *ivi*, 2018, p. 889 ss. (ma, prima, anche, ID., *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, *ivi*, 2011, 965 e ID., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, *ivi*, 2017, p. 1235 ss.).

ed autorità³³, sono stati lungamente citati con grande considerazione ma non sono penetrati nella nostra cultura giuridica. Una volta che il legislatore abbia disciplinato il procedimento amministrativo con la l. 7 agosto 1990, n. 241, la dottrina se ne è largamente occupata, ma prevalentemente dal punto di osservazione dell'esegesi legislativa, perdendo il radicamento nella struttura costituzionale del rapporto tra persona ed autorità, con il risultato di salutare le novità come frutto del legislatore e non necessità costituzionale e piuttosto rapidamente trascolorare in un'esegesi che privava la legge generale sul procedimento della sua carica eversiva del sistema tradizionale.

3.1.3. Ecco allora che risulta chiaro come la *full jurisdiction* per un verso appare un elemento di significativa novità solo se si considera la Costituzione di scarsa rilevanza circa il modello processuale; per l'altro, l'insufficiente ancoraggio delle teorie della pienezza della giurisdizione nella Costituzione le espongono a pretermissioni, deroghe o smentite su singoli istituti che sempre più frequentemente vengono dalla prassi e da porzioni numericamente (e talvolta qualitativamente) non irrilevanti della dottrina. Non diversamente, s'è accennato, dovrà dirsi del procedimento amministrativo.

Se si osserva, invece, il tema della *full jurisdiction* dalla prospettiva della Costituzione italiana, letta in modo esigente, si avvertirà facilmente come il diritto europeo non abbia introdotto alcuna significativa novità, limitandosi a confermare e rafforzare un modello già chiaro.

Dal punto di vista della pura esegesi, non si fatica a vedere come la regola del giudizio da parte di un giudice «*indipendente e imparziale, costituito per legge*» sia presente anche nel testo costituzionale, all'art. 111; allo stesso modo, che la pienezza di tutela debba riguardare la protezione di «*diritti e doveri di carattere civile*» ovvero «*diritti*» e «*libertà*» relativi ai diritti dell'uomo (art. 13 CEDU) è chiaro già fin dalla lettura dell'art. 24 Cost.

Il punto fondamentale è quello della natura effettiva del giudizio, sicché il ricorso sia «*effettivo*» (art. 13 CEDU), la «*causa*» esaminata «*equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*» (art. 6 CEDU) e con garanzia del diritto di difesa (art. 47 Carta di Nizza). Queste norme danno una reale fisionomia al processo, sicché non smentiscono affatto che nei confronti di una decisione auto-

³³ Ovvio il riferimento a F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 119 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, *ad vocem*; G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID., *La procedura amministrativa*, Milano, 1965. Per una maggiore articolazione della critica nel testo, L.R. PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, in PALMA (ed.), *Lezioni*, Napoli, ESI, 2009, p. 663 ss.

ritativa di natura costitutiva la tutela effettiva possa risiedere nel suo annullamento, ma richiedono che il giudizio di legittimità consenta una protezione reale della posizione sostanziale compressa ovvero resa incerta o sofferente dall'esercizio del potere. Ora, la questione è se questo modello sia o meno necessitato dalla nostra Costituzione, se già nella nostra carta fondamentale nazionale sia o meno iscritta la necessità della pienezza della tutela, della effettività del giudizio. Ora a me pare non seriamente discutibile che il sistema di cui agli articoli 24, 111 e 113 Costituzione delineino in questo senso il processo ed in modo necessitato. Basterebbe il riferimento all'art. 24 Cost.³⁴; l'effettività della tutela da intendere come capacità del processo di assicurare l'accesso al bene della vita per come protetto dal diritto sostanziale – vale a dire in via diretta o indiretta – è già contenuto nel diritto fondamentale di agire in giudizio *«per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»*.

Infatti, ove non vi sia tutela piena ed effettiva, ottenuta attraverso un giusto processo (art. 111 Cost.), tra parti che agiscono nel proprio interesse (*«per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»*) e quindi in posizione di parità, con il pieno dispiegarsi del principio dispositivo e dell'accesso del giudice alla conoscenza del fatto materiale, con poteri adeguati perché vi possa essere protezione effettiva della posizione sostanziale compressa o sofferente (di nuovo, *«per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»*), sia di cognizione che di decisione e di esecuzione, non potrà dirsi soddisfatto il precetto costituzionale in questione. Tuttavia, l'art. 24 Cost. è tra le norme costituzionali meno richiamate dalla giurisprudenza e riceve scarsa attenzione della dottrina (per quanto autorevole e profonda sia quella che, invece, se ne occupa).

E' ovvio, quindi, che pienezza della giurisdizione ed effettività del giudizio appaiono come novità del diritto europeo solo per ragione della pretermisione della norma costituzionale e, quindi, per via della cultura del processo che domina di tempo in tempo.

Che il problema sia prevalentemente culturale è confermato da molti istituti del diritto positivo. Solo per citarne uno, sul delicato crinale del potere del giudice di sostituirsi all'amministrazione per assicurare il godimento del bene della vita – che è, ovviamente, l'incubo dei tradizionalisti in ordine al problema della *full jurisdiction* – basterebbe osservare come anche le culture classiche del processo di annullamento sono pianamente disponibili ad ammettere che senza adeguato vincolo discendente dalla sentenza alla successiva riedizione del pote-

³⁴ Non potendosi in questa sede discutere la letteratura e la giurisprudenza su questa disposizione, sia consentito rinviare per maggiori informazioni e discussioni a L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

re³⁵, il processo sarebbe ineffettivo; largamente si accetta l'idea che il giudicato debba assicurare un adeguato vincolo in capo all'amministrazione quanto alla sua attività successiva al giudizio, pena l'inutilità del processo. Senza spingersi troppo in là, questo contenuto di vincolo all'attività successiva è certamente, da un punto di vista materiale, sostituzione del giudice all'amministrazione. Ancor più, ovviamente, per il giudice dell'esecuzione, che in sede di ottemperanza fissi i modi di esecuzione della sentenza – ovviamente sostituendosi all'amministrazione nella loro determinazione. Anche le culture classiche del processo di annullamento nazionale ammettono pacificamente che questa sostituzione avvenga – e, tuttavia, oppongono con forza che ciò possa accadere in ragione della *full jurisdiction* in termini più generali, eccependo ad esempio un principio generalissimo come quello della divisione dei poteri che, se avesse davvero il rilievo e contenuto che si pretende, impedirebbe anche la sostituzione che invece pacificamente ammettono. Già questo solo esempio consente di capire che la questione è fondamentalmente di cultura del processo, attiene alla domanda fondamentale circa la funzione del giudizio, relativa cioè a cosa serva e cosa possa effettivamente procurare la giurisdizione a chi agisce in giudizio.

3.1.4. Infine, non si può non considerare il profilo del procedimento amministrativo. Anche da questo punto di vista, la giurisprudenza della Corte EDU – con la sua affermazione di continuità di procedimento e processo – non fa che porre in luce quella connotazione del procedimento come procedura, come attività di applicazione imparziale della legge nella dialettica paritaria delle parti, che aveva già ispirato la dottrina della funzione in senso giuridico, le cui profondissime radici nell'*humus* costituzionale non è necessario porre in evidenza.

3.2. Anche con riferimento ai diritti della persona, il portato della *full jurisdiction* presenta tratti nei quali è piuttosto chiara la natura culturale del problema – anche nella sua connessione con i problemi della giurisdizione e del potere pubblico.

3.2.1. Da un primo punto di vista, infatti, non sembra che dal diritto eu-

³⁵ Ovviamente, in argomento, resta imprescindibile R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971; si vedano almeno anche M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 523 ss. e L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo del nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003.

ropeo e dagli insegnamenti in argomento di *full jurisdiction* emerga alcuna smentita della situazione soggettiva di interesse legittimo. Nella connessione con l'estensione della giurisdizione e la concezione del potere, non si trova nel diritto europeo conferma del fatto che il cittadino sarebbe sostanzialmente solo soggetto alla decisione discrezionale ed, altresì, portatore di un diritto soggettivo perfetto laddove il provvedimento abbia natura vincolata. Piuttosto, l'affermazione della protezione giurisdizionale piena ed effettiva delle pretese sostanziali della persona è indipendente dalla qualificazione della posizione soggettiva che ne faccia il diritto interno e non incontra un limite insormontabile nella natura discrezionale della decisione, che resta sindacabile sia pure con limitazioni che diminuiscono al comprimersi del margine di opinabilità delle norme applicabili. Anzi, nella giurisprudenza della Corte EDU è ben presente l'impegno per la sindacabilità delle decisioni discrezionali, che contrasta apertamente con quell'impianto.

3.2.2. Proprio la sostanziale irrilevanza della natura della posizione soggettiva di diritto o interesse rispetto all'affermazione della pienezza della protezione giurisdizionale³⁶, finisce per smentire – allo stesso modo e per ragioni opposte – le tradizionali idee nazionali circa l'interesse legittimo, quale posizione necessitata a fronte dell'esercizio di potere pubblicistico, con radicamento in esso della giurisdizione amministrativa – anche per ragione delle note letture che la Corte Costituzionale ha fornito dell'art. 103 Cost. Senza entrare in questa sede nel problema della configurazione della situazione soggettiva di interesse legittimo³⁷, non è disagevole osservare come l'agnosticismo della Corte EDU rispetto alla natura della situazione soggettiva di diritto sostanziale rispetto alla sua protezione procedimentale e processuale suona a smentita aperta della necessaria strutturazione come interesse legittimo della pretesa della persona rispetto all'esercizio del potere pubblico.

3.2.3. Anche in questo caso, ne riesce confermato l'impianto costituzionale, per il quale è irrilevante (e si leggano in tal senso le chiare affermazioni di cui agli articoli 24 – «*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*» – e 113 Cost. – «*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre*

³⁶ Per le ragioni dell'irrilevanza della posizione sostanziale in considerazione del valore del precetto di cui all'art. 24 Cost, sia consentito rinviare per maggiori argomentazioni a L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit.

³⁷ Per una recente ed autorevole ampia ricognizione F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*.

ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi) che la persona sia intestata di una pretesa qualificabile come diritto o interesse, essendo – invece – decisivo che questa possa trovare adeguata, piena ed effettiva protezione giurisdizionale, anche quando sia chiesta contro atti dell'autorità pubblica. L'intera diatriba – che tanto ha appassionato negli ultimi decenni – circa le situazioni soggettive in questione ne esce straordinariamente depotenziata, essendo – sia in Costituzione che nel diritto europeo – invece fondamentale che la pretesa di cui la persona è portatrice nei confronti del potere trovi adeguata tutela.

Si tratta – almeno a mio modo di vedere – di una ulteriore conferma del fatto che l'autorità pubblica è, nella nostra Costituzione, interamente resa funzionale al godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali e delle pretese che la Costituzione, anche indirettamente, garantisce, definendo un quadro unitario e coerente che muove dal riconoscimento di codesti diritti, per fondare l'autorità nel permanente trattarsi («*appartiene*», art. 1 Cost.) della sovranità in capo al popolo e delineare per conseguenza uno statuto complessivo della persona (nelle norme che assicurano libertà e diritti sociali) al quale è funzionalizzata l'autorità pubblica che deve essere intesa come organizzazione della sovranità popolare, come funzione della società, sicché essa – non essendo che struttura servente i diritti della persona – dovrà essere senza limitazioni suscettibile di sindacato giurisdizionale quanto alla sue decisioni.

3.3. Ne deriva, quindi, il nodo più problematico dell'intera questione della *full jurisdiction*, vale a dire quello della natura del potere. Si tratta del profilo rispetto al quale la Corte EDU è meno esplicita e, quindi, il quadro delle regole meno definito. Tuttavia, alcuni profili appaiono molto nettamente dalle sue decisioni, come sopra si è provato a riassumere.

In questa prospettiva, appare ancora più evidente come dalla *full jurisdiction* emerga una smentita o conferma del sistema solo alla luce di come si assume ch'esso sia.

3.3.1. Da un primo punto di vista, la nostra cultura giuridica presenta una ricostruzione del potere pubblico come o vincolato, sicché se ne hanno diritti soggettivi pieni e completa sindacabilità, ovvero come discrezionale, caratterizzato dall'essere espressione di un comando politico che si colloca nello spazio di valutazione che la legge lascia volontariamente all'autorità amministrativa – come tale, quindi, esso è insindacabile e sostanzialmente libero; ne deriva l'inutilità – anche se i suoi critici sono più severi – del giudice amministrativo, perché le questioni di diritto soggettivo spettano al giudice ordinario e quelle

relative ad atti esercizio di potere discrezionale semplicemente non spettano ad alcun giudice.

Questa cultura del potere pubblico è sostanzialmente smentita dalla *full jurisdiction*, giacché l'esercizio del potere deve sempre poter trovare un giudice imparziale che lo controlli in modo quanto più possibile pieno, fino a giungere alla sostituzione della decisione dell'autorità amministrativa.

Se alla centralità della decisione sostanzialmente politica di un'autorità pubblica avvertita come portatrice dell'interesse pubblico in opposizione a quello privato egoistico e parziale, fondata sulla legittimazione democratica del potere, si sostituisce una prospettiva che muove dalla centralità delle pretese (di diritto o interesse) delle persone nei confronti del potere, la conseguenza necessitata è quella della giurisprudenza europea sulla *full jurisdiction*.

Tuttavia, per quanto la concezione del potere di cui si discorre sia fondata profondamente sul principio democratico, in una data idea dello Stato di diritto, in dottrine dello Stato e dell'interpretazione giuridica autorevoli e consolidate – che fondano l'autorità sul suo potere e la legittimazione nella rappresentanza – essa non è per nulla necessitata nel sistema della nostra Costituzione, sicché si può agevolmente dire che il diritto europeo relativamente alla *full jurisdiction* appare innovativo del sistema solo se lo si assume in una versione che non appare costituzionalmente necessitata.

3.3.2. Da un secondo punto di vista, e più largamente, la nostra cultura giuridica coltiva una concezione del potere pubblico – che genericamente potremmo qualificare come liberale – per la quale esso è espressione di una volontà della persona giuridica pubblica, che s'impone a tutti i destinatari in ragione della sua esecutorietà che è espressione della sovranità dello Stato, del suo monopolio della forza e della determinazione circa l'interesse pubblico.

Non è per nulla assente – in questo modo di vedere – il rilievo della legittimazione politica dell'autorità per mezzo della rappresentanza, sicché l'amministrazione pubblica appare come una serie di enti – che a loro volta sono centri di imputazione della volontà autoritativa – serventi la declinazione in concreto del comando legislativo e che – nella loro complessità – insieme al Governo costituiscono il potere esecutivo. Tuttavia, proprio per questa identificazione con uno dei tre poteri pubblici tradizionalmente elaborati come distinti, la sua connotazione politica è più scolorita, apparendo in primo piano sia il dato istituzionista – sicché l'amministrazione pubblica è istituzione in sé, si dà da sé regole di funzionamento e crea il suo ordinamento, integrativo di quello legislativo –, sia quello normativista – giacché il potere è consegnato all'autorità

dall'ordinamento positivo e con esso la capacità di integrare il precetto in concreto con regole discrezionalmente definite, nell'esercizio di una volizione autoritaria guidata dall'interesse pubblico. La decisione amministrativa, quindi, non apparirà insindacabile – anche quando sia largamente discrezionale – e, tuttavia, lo scrutinio sarà limitato all'errore o alla palese ingiustizia, atterrà solo alla legalità esterna del potere, restando il nucleo fondamentale della valutazione e della volizione attratto nell'insindacabilità della decisione sovrana.

La concezione del potere che nel nostro Paese è certamente classica ed ancor oggi molto ampiamente diffusa non sembra apertamente smentita dalla *full jurisdiction*, almeno sul versante del sindacato; infatti, in questa prospettiva, il problema sarà prevalentemente quello di stabilire la misura, l'estensione della pienezza della tutela e, da altro punto di vista, quello di criticare la nostra giurisprudenza pratica, che afferma ancor oggi notevoli aree di insindacabilità, che vanno dal contenuto dell'interesse pubblico all'apprezzamento del fatto, dalla discrezionalità (ormai anche tecnica) ai profili organizzativi. Si tratterà, insomma, di superare la ristrettezza del giudizio per come praticato dal giudice amministrativo quanto all'istruzione ed all'ammissione delle domande costitutive proposte dalle parti private nel giudizio di legittimità sul provvedimento³⁸, mantenendo la giurisdizione con «*cognizione estesa al merito*» nelle controversie nelle quali la legge espressamente lo prevede (come nel caso delle sanzioni amministrative, materia sulla quale tipicamente la *full jurisdiction* trova applicazione piena – sia per ragione dell'art. 261 del TFUE, sia in ragione dell'art.134, co. 1, lett. c), del Codice del processo amministrativo italiano).

La questione, invece, attiene proprio alla natura del potere pubblico – come l'estrema preoccupazione circa il sindacato per sostituzione mostra chiaramente³⁹.

Il profilo lungo il quale la *full jurisdiction* appare inaccettabile a questo modo di pensare è soprattutto quello del potere del giudice di sostituire l'atto invalido, vale a dire di definire il contenuto materiale provvedimento.

Come s'è visto è discutibile che questo sia il significato teorico della *full jurisdiction*; piuttosto, il diritto europeo sembra affermare la separazione dei poteri come regola cedevole rispetto a quella della pienezza della tutela, sicché il sindacato – semplicemente – si deve estendere fin dove sia necessario perché il

³⁸ Tra gli altri, le ottime considerazioni di A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 145.

³⁹ Sulla questione, con la consueta profondità, A. POLICE, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in A. ROMANO TASSONE, F. MANGANARO, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 64 ss.; D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, *ivi*, p. 13 ss.

bene della vita sia assicurato alla persona. Allo stesso modo, è almeno dubitabile che, una volta accettato (come pare avvenire largamente) che la decisione di annullamento debba essere quanto più estesa possibile in relazione all'effetto conformativo in sede di riedizione del potere⁴⁰, l'effetto di sostituzione non si determini (o non possa determinarsi) già attraverso il processo amministrativo per come esso è tradizionalmente pensato; infatti, una volta che l'effetto conformativo si dispieghi in tutta la sua potenzialità ed il giudizio di ottemperanza sia disegnato – com'è nel Codice del processo amministrativo italiano vigente – in modo efficace, la questione pare ridotta alla conservazione di feticci argomentativi – come la separazione dei poteri assunta in una versione così netta da risultare del tutto impraticabile negli ordinamenti contemporanei. Il risultato pratico sarà, invece, sostanzialmente il medesimo, sicché nemmeno metterebbe conto di occuparsi del tema.

Si pone, allora, non tanto la questione della pienezza della tutela giurisdizionale, quanto quella della natura e funzione del potere pubblico – giacché, nelle dottrine tradizionali del processo e del potere amministrativi è proprio questo profilo a far limitare l'estensione del sindacato sul comando dell'autorità. E' qui che si colloca la questione teorica fondamentale: la dottrina tradizionale pare assolutamente disposta ad affermare la pienezza della tutela giurisdizionale, la sua cultura del processo è certamente molto avanzata e, tuttavia, il punto sul quale si ferma implacabilmente è quello della concezione del potere e della natura solo molto limitatamente sindacabile della discrezionalità.

Il processo potrà essere propriamente una lite tra parti poste in posizione di parità, il giudice pienamente indipendente e dotato di tutti i poteri necessari per assicurare una tutela soddisfacente, il giudizio retto dal principio dispositivo nel suo completo dispiegamento, l'istruttoria adeguata ed efficace; il potere discrezionale dell'amministrazione, tuttavia, non è limitatamente sindacabile per ragioni processuali ma per via della sua sostanza di potestà di comando inserita nei crismi della sovranità, luogo nel quale l'autorità vuole un determinato assetto degli interessi alla luce di quello pubblico, del quale è la sola interprete – impregiudicato che nessuno sia in grado di definire quest'ultimo in modo soddisfacente, sicché in esso v'è una riserva quasi inesauribile di potestà.

3.3.3. Simili raffigurazioni del potere non trovano alcun fondamento nel

⁴⁰ Ma che la giurisprudenza nazionale, fin dalle sue espressioni più alte, sia lontana da questo risultato è ampiamente documentabile. Per alcune maggiori considerazioni si possono leggere, tra i molti, L. R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 205-294.

sistema costituzionale e si pongono in tendenziale frizione con il diritto europeo e la *full jurisdiction* in particolare – sia ch'esso appaia del tutto insindacabile e libero perché politico, salvo che il concetto giuridico indeterminato non possa essere condotto ad una sola soluzione accettabile; sia che lo si configuri come una volizione lecita nei limiti della ragionevolezza, della proporzionalità, della coerenza con l'interesse pubblico e la rappresentazione del fatto che l'amministrazione faccia.

Dal punto di vista più precisamente processuale – e, quindi, del sindacato rispetto a questo genere di atti di potere – gli articoli 24 Cost. e 111 Cost. propongono un quadro nel quale a dominare è la pienezza della tutela – o giusto processo, *ex art. 111 Cost.* –, indipendentemente che l'azione sia proposta agendo un diritto soggettivo o un interesse legittimo (art. 24 Cost.) e, quindi, una pretesa incisa da atti di potere, quali ch'essi siano, compresi quelli discrezionali. In questo senso, il nostro sistema costituzionale è pienamente coerente con l'esigenza della *full jurisdiction* giacché è irrilevante quale sia la natura della posizione soggettiva agita e quel che assume rilievo, invece, è la pienezza della tutela delle posizioni sostantive individuali.

Al tempo stesso, poiché contro tutti gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (art. 113 Cost.), non si vede per quali ragioni alcuni tra codesti provvedimenti possa esser caratterizzato da maggiore protezione e ridotta tutela.

Il dato fondamentale attiene, però, al diritto sostanziale.

La protezione della decisione discrezionale dipende fundamentalmente dal fatto ch'essa sia opinabile e quest'area di valutazione viene riservata all'amministrazione. Ora, è indubbio che le valutazioni discrezionali siano, appunto, tali⁴¹, sicché l'opinabilità – o, meglio, necessità di operare un giudizio in relazione al possibile contenuto – è un loro tratto essenziale; tuttavia, nessuno spiega in modo convincente per quali ragioni la valutazione operata dall'autorità non sia ripetibile.

La vera giustificazione di questa riserva di valutazione insindacabile, di scelta politica, di volizione in ordine all'interesse pubblico – a seconda delle varie versioni del concetto⁴² –, risiede nella sovranità dello Stato o dell'autorità in generale. Tuttavia, si tratta di una spiegazione che contrasta con il dato norma-

⁴¹ Per la definizione del concetto in termini analitici si veda la recente ed autorevole opera di H.L.A. HART, *Discretion*, in (127) *Harvard Law Review*, 2013, p. 652 ss.

⁴² Per una rassegna, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

tivo costituzionale, che riserva la sovranità al popolo (art. 1) e che trattiene stabilmente i diritti fondamentali delle persone (art. 2) in quella sovranità che al popolo «*appartiene*» e che consente di porre in essere l'ordinamento, esercitando il potere costituente; poiché i diritti fondamentali delle persone (art. 2) sono riconosciuti esistenti come entità giuridiche (diritti fondamentali o sociali o inviolabili e libertà) nel momento costituente, essi non possono che appartenere alla sovranità. In questo senso, l'unica spiegazione possibile del potere pubblico, che è una delle forme attraverso le quali la sovranità si esercita, è ch'esso sia funzionale al godimento pieno ed uguale di quei diritti e libertà che lo pongono e che, stabilmente, si trattengono nella sovranità.

In questa prospettiva trova spiegazione e acquista contenuto anche il concetto (giuridico) di pubblico interesse, giacché esso apparirà come nient'altro che il compito costituzionale della pubblica amministrazione, vale a dire la massimizzazione del godimento dei diritti e delle libertà della persona.

4. Full jurisdiction come problema culturale.

Vi sono, quindi, molte ragioni per ritenere che l'affermazione nel diritto europeo della necessità della pienezza della tutela giurisdizionale delle pretese individuali non sia – di per sé – conferma o smentita del nostro sistema nazionale. Tutto dipende da come esso viene interpretato e costruito culturalmente.

Certamente, le versioni tradizionali del sistema si pongono in tendenziale contrasto con la *full jurisdiction*; tuttavia, esse contrastano anche con il disegno costituzionale, se letto correttamente. La questione è che diritto europeo e Costituzione sono essi stessi prodotti normativi che sono oggetto di una recezione culturale da parte dell'interprete.

Anche le versioni più avanzate del sistema, tuttavia, se riescono – con maggiori o minori difficoltà – a fornire una sua spiegazione coerente con la giurisprudenza della Corte EDU quanto alle questioni processuali ch'essa pone, tuttavia, con molta maggiore difficoltà persuadono rispetto alla concezione del potere pubblico, restando – quest'ultimo – il problema centrale di queste spiegazioni.