

2018
n. 2

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Redattore centrale

Donato Vese.

Comitato di redazione

Giuseppina Buia; Andrea Gemmi; Roberto Franco Greco; Lorian Maccari; Alberto Marcovecchio; Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Federico Romoli.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amoroso, Università "La Sapienza" di Roma; Antonio Barone, Università di Catania; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis

Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

email: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell’Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**.

SOMMARIO

I – SEZIONE MONOGRAFICA

BIAGIO GILIBERTI, Presentazione	p. 7
GUIDO RAIMONDI, L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	p. 9
MIRIAM ALLENA, L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo.....	p. 25
MASSIMILIANO BELLAVISTA, Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo	p. 47
ALBERTO CLINI, Potestà sanzionatoria delle Authorities e “giusto” sindacato giurisdizionale	p. 75
FULVIO CORTESE, Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?	p. 99
PIERO DE LUCA, Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione Europea	p. 115
FRANCESCO FOLLIERI, La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio	p. 133
PIERPAOLO FORTE, Full Jurisdiction, arte, cultura. Un discusso confine in movimento.....	p. 163
FRANCESCO GOISIS, Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3	p. 199
FIorenzo LIGUORI, Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità.....	p. 219
LUCA R. PERFETTI, La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione.....	p. 237
ARISTIDE POLICE, L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato.....	p. 263
FRANCESCO ROTA, Full jurisdiction e diritto di polizia	p. 285

GIOVANNI SABBATO, La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione..... p. 297

MICHELE TRIMARCHI, Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note..... p. 321

EWALD WIEDERIN, Protezione ambientale o ampliamento aeroportuale? Il principio di full Jurisdiction nell'ordinamento austriaco p. 337

II – STUDI

GIANMARCO POLI, La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge p. 353

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Estado social de derecho y daño sacrificial p. 375

III – OPINIONI E RECENSIONI

LUCIO IANNOTTA, Considerazioni introduttive e a margine di un convegno sulla piena giurisdizione..... p. 409

GUIDO BEFANI, L'evoluzione pubblicistica del «governo delle banche» tra stato e mercato p. 429

GLORIA SDANGANELLI, La fondazione teatrale come organismo di diritto pubblico tra regime nazionale e europeo p. 473

GIUSEPPE TROPEA, Recensione a Nicola Posteraro, Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere..... p. 493

GIOVANNI SALA, A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni amministrativi..... p. 507

VITO VELLUZZI, L'analogia “occultata” e l'analogia “negata”: spunti giurisprudenziali per l'analisi del ragionamento analogico p. 515

I

SEZIONE MONOGRAFICA

PRESENTAZIONE

La Rivista è dichiaratamente uno strumento di ricerca, concentrato prevalentemente su alcuni nuclei tematici e fermamente ancorata al metodo del confronto delle opinioni. In quest'orizzonte si inserisce anche la sezione monografica di questo fascicolo III – il n. 2/2018 – dedicato alla full jurisdiction. Si tratta di un percorso iniziato prima della nascita della Rivista e che ha visto una buona parte degli studiosi che si raccolgono nella direzione dedicare al tema attenzione particolare nell'ambito di studi che con esso si collegano e confrontarsi con molti degli autori dei contributi che qui si raccolgono. Il tema stesso – che finisce per coinvolgere questioni essenziali del diritto sostanziale e concezioni del processo – è affrontato e risolto in modi molto diversi dagli studiosi, sicché si presta particolarmente al confronto che, anzi, è stato ben presente anche all'interno della direzione, come i contributi che qui si pubblicano dimostra. Si ripropongono, dunque, in una veste aggiornata dalla giurisprudenza europea, le tematiche tradizionali – e, per molti versi, fondative – del diritto amministrativo sostanziale e processuale. Si è avvertita, quindi, la necessità di segnare una tappa in questo percorso, svolto negli anni – congiuntamente o individualmente a seconda dei casi – da parte di diversi studiosi creando un'occasione di dialogo con l'incontro svoltosi a Napoli il 9 marzo 2018 presso l'Università Telematica Pegaso. I saggi che seguono – collocati in ordine alfabetico – costituiscono, quindi, la rielaborazione critica delle riflessioni che hanno condotto a quell'incontro e che ne sono seguite. Come sempre nella nostra esperienza, incontrarsi e discutere è un segmento di un'elaborazione che intensamente ha preceduto e seguito l'incontro e che, quasi fatalmente, ne richiede di nuovo – primo tra tutti quello con il pubblico severo dei lettori di questa Rivista.

B. Giliberti

GUIDO RAIMONDI
Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo
guido.raimondi@ecbr.coe.int

L'INTENSITÀ DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

THE INTENSITY OF THE JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE DECISIONS IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

SINTESI

Il tema dell'ampiezza dei poteri del giudice amministrativo è importante e attuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per la corretta realizzazione degli obiettivi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in seguito: la Convenzione) è fondamentale la cooperazione tra il giudice interno e il giudice europeo. La tutela del diritto di accesso alla giustizia previsto dall'art. 6 della Convenzione, il quale bensì comprende la protezione della certezza del diritto (*sécurité juridique*), non può spingersi fino a fare della stessa Corte un giudice di terza o di quarta istanza. Pur riservandosi il potere di rilevare una possibile applicazione *abusiva* del diritto interno, la Corte sarà normalmente deferente nei confronti dell'applicazione del diritto fatta dai giudici nazionali, specie se posti al vertice dell'ordinamento. La Corte ha precisato che a essa non appartiene, normalmente, di verificare gli errori di fatto o di diritto che il ricorrente pretende siano stati commessi da una giurisdizione nazionale, sempre che non ci si trovi in presenza di un apprezzamento *indubitabilmente inesatto*, che abbia condotto ad una violazione dei diritti protetti dalla Convenzione. In tema di controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi la tutela dell'articolo 6 della Convenzione in materia di *fair trial* non è generalizzata: occorre che siano in gioco un «diritto o un'obbligazione di natura civile» ovvero un'accusa in materia penale», nei due casi secondo il senso autonomo che queste espressioni posseggono alla stregua della Convenzione. La giurisprudenza della Corte distingue tra diversi aspetti del controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative al fine di stabilire se il giudice interno abbia goduto di

* Articolo non sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

poteri sufficientemente ampi (piena giurisdizione). La Corte deve tener conto, a) da una parte, delle *questioni* che hanno formato oggetto del controllo del tribunale interno competente e, b) d'altra parte, del *metodo* da esso adottato per il suo controllo. Inoltre, c) la Corte deve prendere in esame i *poteri decisionali* di cui il tribunale in questione dispone per realizzare il controllo della decisione che ad essa è stata sottoposta. Le questioni inerenti all'ampiezza del controllo giurisdizionale di decisioni prese dalle autorità amministrative sono legate alla separazione dei poteri e quindi a principi e a regole che, in molti Stati parti alla Convenzione, hanno rango costituzionale. Più precisamente, ciò che è in gioco dal punto di vista della separazione dei poteri è, in primo luogo, l'esigenza che vi sia un controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative e, secondariamente, quella di fare in modo che i tribunali non possano in linea di principio, nell'esercitare il loro controllo, invadere le funzioni e le responsabilità dell'amministrazione. Certamente, quindi, la giurisprudenza della Corte non richiede che gli organi giurisdizionali si sostituiscano alle amministrazioni competenti quando statuiscono sugli affari che a essi sono sottoposti.

ABSTRACT

The strength of the powers of the administrative judge is an important, and ever more present, subject in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. For the correct implementation of the aims of the European Convention on Human Rights (hereafter «the Convention») cooperation between the domestic judge and the European judge is essential. The protection of the right of access to justice provided for by Art. 6 of the Convention, which includes the protection of legal certainty (*sécurité juridique*), cannot go so far as to make the same Court a judge of third or fourth instance. While reserving the power to detect a possible abusive application of domestic law, the Court will normally be deferential to the application of the law made by national courts, especially by those placed at the top of the legal system. The Court has specified that it is not normally its task to verify the factual or legal errors which the plaintiff claims to have been committed by a national jurisdiction, unless their findings can be regarded as arbitrary or manifestly unreasonable leading to a violation of the rights protected by the Convention. In terms of judicial control over administrative measures, the protection of a fair trial according to Article 6 of the Convention is not generalized: a «civil right or obligation» or a «criminal charge» must be at stake, in both cases according to the autonomous sense that these expressions possess in the Convention. The case law of the Court distinguishes between different aspects of judicial review of administrative decisions in order to establish whether the domestic judge has had sufficiently broad powers (full jurisdiction). The Court must take into account: a) the *issues* which have been the subject of the control of the competent domestic court; b) the *method* it has adopted for its control; and (c) the *decision-making powers* of the relevant domestic court in reviewing the decision submitted to it. Issues related to the extent of judicial review of decisions taken by administrative authorities are linked to the separation of powers and therefore to principles and

rules which, in many States Parties to the Convention, have a constitutional status. More specifically, what is at stake from the point of view of the separation of powers is, first of all, the need for a judicial control of administrative decisions and, secondly, to ensure that the courts cannot in principle, in exercising their control, invade the functions and responsibilities of the administration. Therefore, the jurisprudence of the Court does not require that the courts take the place of the competent administrations when they rule on the affairs which are subject to them.

PAROLE CHIAVE: Giudice interno, giudice europeo, atti amministrativi, controllo giurisdizionale, piena giurisdizione.

KEYWORDS: Domestic judge, european judge, administrative decisions, judicial review, full jurisdiction.

INDICE: 1. Introduzione - 2. Giudice europeo e giudice interno - 3. Estensione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi: a) Applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione 4. (segue): b) Estensione del controllo giurisdizionale richiesto dall'articolo 6 - 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'ampiezza dei poteri del giudice chiamato a trattare procedure giurisdizionali amministrative è un tema che si pone sempre di più all'attenzione della Corte di Strasburgo.

A fronte dell'aumento, generalizzato in Europa, specie nei Paesi più avanzati, dell'azione amministrativa, nei settori più vari, in particolare attraverso l'opera di autorità indipendenti, è sempre più sentita l'esigenza che i tribunali si preoccupino dell'effettività della tutela dei titolari delle posizioni soggettive rilevanti, assicurando per quanto possibile, nel rispetto della separazione dei poteri, piena giurisdizione.

In un'epoca in cui, non solo in Italia, il giudizio sull'atto amministrativo tende ad assumere un ruolo residuale, mentre riveste preminente rilevanza il giudizio sul rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione, l'esigenza della piena giurisdizione diviene sempre più pressante. Si tratta di un terreno sul quale esistono dei principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte di Strasburgo, principi sui quali cercherò di intrattenervi durante questa conversazione. È facile prevedere che la Corte europea dei diritti dell'uomo continuerà a occuparsene in futuro.

2. Giudice europeo e giudice interno.

Mi sembra opportuno premettere all'analisi di questa giurisprudenza un cenno ai rapporti tra giudice europeo e giudice interno, una relazione cruciale

per il buon funzionamento del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo.

Si tende generalmente considerare l'enorme numero di ricorsi pendenti a Strasburgo – oggi circa 56.000 – come la prova che la Convenzione sarebbe «vittima del suo successo». Ora, che la Convenzione abbia acquisito una notevole popolarità sul nostro continente, specie presso la classe forense, è senz'altro vero ed è un'ottima cosa. Crediamo però che si potrebbe parlare di vero successo della Convenzione solo se, a parità di diffusione della conoscenza della Convenzione, i ricorsi si riducessero al minimo. Solo questo dimostrerebbe il normale corretto funzionamento dei sistemi di giustizia nazionali, ai quali in primo luogo è affidato il compito di tutelare i diritti e le libertà affermati dalla Convenzione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si sente perciò chiamata a collaborare strettamente con i giudici interni – ovviamente le corti costituzionali e le corti supreme nazionali hanno un ruolo particolarmente importante in questo quadro – perché solo questo lavoro comune, alimentato da un dialogo che si esprime a vari livelli – innanzitutto attraverso la giurisprudenza, ma non solo – permette di proteggere i diritti e le libertà affermati dalla Convenzione con l'intensità desiderata da coloro che, reduci dagli orrori della seconda guerra mondiale, fortemente la vollero e ne ottennero l'adozione e l'apertura alla firma, a Roma, a Palazzo Barberini, il 4 novembre 1950.

Come sappiamo, la Corte ha inteso il suo ruolo, che fa di essa l'interprete finale della Convenzione, in modo da assicurare non solo la salvaguardia dei diritti, ma anche il loro sviluppo, in un contesto sociale, politico e culturale in perenne movimento. A volte la Corte è accusata di attendismo e di eccessivo formalismo. Altre volte, all'opposto, essa è accusata d'imprudenza, se non di temerarietà, o di «attivismo giudiziario», quando si spinge in avanti, sulla scia della propria notissima dottrina secondo la quale la Convenzione è uno strumento «vivente».

D'altra parte la considerazione generale che normalmente si fa a proposito degli strumenti internazionali adottati a protezione dei diritti della persona umana, che abbiano una dimensione universale ovvero regionale, come la Convenzione, è quella legata al concetto dei vasi comunicanti, nel senso che il progresso raggiunto in sede nazionale tende ad espandersi al livello internazionale, e viceversa, per cui vi è una costante tendenza a una sempre maggiore estensione dei diritti protetti.

Non c'è dubbio che i diritti oggi protetti a livello internazionale, soprattutto, ma non solo, quelli di natura civile e politica, hanno un'origine nazionale,

perché essi provengono dal costituzionalismo classico, che affonda le sue radici nella «*Magna Charta*» britannica, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nel «*Bill of Rights*» americano dello stesso anno. A queste fonti si sono ispirati gli autori della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e di tutti gli strumenti internazionali in tema di protezione dei diritti fondamentali che a essa hanno fatto seguito. Successivamente, i diritti proclamati a livello internazionale hanno influenzato le costituzioni degli Stati.

Si è avuta coscienza di questo fenomeno in modo particolarmente forte durante il processo di «ritorno alla democrazia» dei Paesi dell'Est europeo, giacché questi Paesi si sono dichiaratamente ispirati, in gran parte, alla Convenzione allorché si è trattato di redigere le loro nuove costituzioni democratiche. D'altro canto, gli strumenti internazionali sui diritti umani si atteggiavano normalmente come una rete di protezione «minima» dei diritti, una tutela che assolutamente non esclude una protezione più intensa a livello nazionale, come l'articolo 53 della Convenzione dice esplicitamente. Si crea così un processo di andata e ritorno tra il livello nazionale e quello internazionale che si risolve in un «circolo virtuoso» provocato dal fenomeno di «vasi comunicanti» al quale mi sono appena riferito.

Il processo è oggi anche più ampio, perché, specialmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, e quindi con la formale integrazione della Convenzione nel diritto dell'Unione europea e con l'equiparazione ai Trattati dell'Unione della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea, si parla oggi di «tutela multilivello» dei diritti umani – non va dimenticato che la Carta di Nizza contiene una disposizione equivalente all'articolo 53 della Convenzione, una disposizione che per coincidenza è contenuta proprio nel suo articolo 53 – in un contesto che tende quindi a favorire una protezione sempre più intensa.

Tornando al rapporto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e i giudici interni, mi sembra importante fare cenno a due aspetti in particolare. Il primo riguarda la deferenza della Corte europea dei diritti dell'uomo verso l'applicazione del diritto nazionale da parte delle corti nazionali, specie se supreme o costituzionali, il secondo la teoria del cosiddetto «margine di apprezzamento».

Sotto il primo profilo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiaramente stabilito nella sua giurisprudenza il principio secondo il quale la tutela del diritto di accesso alla giustizia previsto dall'art. 6 della Convenzione, il quale bensì comprende la protezione della certezza del diritto (*sécurité juridique*) non può spingersi fino a fare della stessa Corte un giudice di terza o di quarta istan-

za. Pur riservandosi il potere di rilevare una possibile applicazione *abusiva* del diritto interno, la Corte sarà normalmente deferente nei confronti dell'applicazione del diritto fatta dai giudici nazionali, specie se posti al vertice dell'ordinamento. La Corte ha precisato che a essa non appartiene, normalmente, di verificare gli errori di fatto o di diritto che il ricorrente pretende siano stati commessi da una giurisdizione nazionale, sempre che non ci si trovi in presenza di un apprezzamento *indubitabilmente inesatto*, che abbia condotto ad una violazione dei diritti protetti dalla Convenzione¹. Gli stessi principi valgono tutte le volte che la Convenzione fa rinvio al diritto nazionale nell'enunciazione di un diritto protetto dalla Convenzione (caso tipico, l'art. 5 § 1 della Convenzione in tema di legalità della privazione della libertà personale). La Corte europea dei diritti dell'uomo è peraltro intervenuta per sanzionare delle divergenze di giurisprudenza sotto il profilo della certezza del diritto garantito dall'art. 6 § 1 della Convenzione². Le divergenze, esaminate in particolare in due sentenze, riguardavano da una parte disparità nei giudizi resi da un insieme di giudici di merito, sottoposti alla gerarchia di una corte suprema, il cui ruolo era proprio quello di eliminare tali disparità fissando l'interpretazione da seguire³ e, dall'altra, contraddizioni nella giurisprudenza di una corte suprema nazionale⁴. La Corte ha precisato i criteri che guidano il suo apprezzamento, nel senso che solo divergenze di giurisprudenza *profonde e persistenti* possono condurre ad una violazione dell'art. 6 della Convenzione.

Sotto il secondo profilo, viene in rilievo la teoria del «margine di apprezzamento». All'affermazione del carattere «autonomo» delle espressioni convenzionali, che afferma la volontà unificatrice della Corte, fa da contrappunto la teoria del «margine di apprezzamento» riservato agli Stati, una teoria che, all'opposto esprime il cosiddetto *self restraint* della Corte, che intende rispettare la diversità degli Stati europei. In altre parole, la spinta unificatrice riguarda i concetti di base che tendono a fissare la protezione minima prevista dalla Convenzione per i diritti protetti, ma non ad imporre un diritto uniforme a tutto il Continente europeo. L'idea è che questo standard minimo non deve cancellare tutte le differenze tra i regimi giuridici nazionali. La dottrina del margine di ap-

¹ Corte EDU, *Dulaurans c. Francia*, n° 34553/97, 21 marzo 2000, § 38; Corte EDU, *García Ruiz c. Spagna* [GC], 30544/96, 21 gennaio 1999, § 28; Corte EDU, *Schenk c. Svizzera*, 12 luglio 1988, série A, n° 140, p. 29, § 45 ; Corte EDU, *Kemmache c. Francia*, n° 3, 24 novembre 1994, série A, n° 296-C, p. 88, § 44.

² Corte EDU, *Beian c. Romania* (n° 1), 30658/05, 6 dicembre 2007, §§ 38-40, e Corte EDU, *Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria*, 23530/02, 2 luglio 2009, § 51-53).

³ Corte EDU, *Beian*, cit., § 39.

⁴ Corte EDU, *Iordan Iordanov e altri*, cit., §§ 48-49.

prezzamento afferma che la Corte non vuole sostituirsi ai legislatori o alle giurisdizioni nazionali, che sono più vicini alle realtà giuridiche, economiche e sociali nelle quali affonda le sue radici la controversia che approda a Strasburgo, ma si riserva un «controllo europeo» sulle scelte e sulle decisioni assunte a livello nazionale, un controllo che riguarda sia la legge sia le decisioni che della legge fanno applicazione e nel corso del quale la Corte deve stabilire se le misure prese a livello nazionale si giustificano in linea di principio e sono *proporzionate*.

Questa dottrina, come dicevo, riguarda il legislatore, o più in generale il *regulator*, nazionale, ma anche le giurisdizioni⁵. La Corte, pur riservandosi il suo controllo europeo, presterà in ogni caso la massima attenzione alla valutazione fatta dall'autorità nazionale, più vicina alla situazione da regolare, e quindi anche dal giudice.

3. Estensione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi: a) Applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione.

Venendo ora al punto centrale del nostro discorso, va detto innanzitutto che perché una vicenda giurisdizionale sia attratta nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione, che prevede le garanzie del «giusto processo» (*fair trial*), garanzie che certamente comprendono, come subito vedremo, quella della «pienezza» della giurisdizione, occorre che sia in gioco un «diritto di carattere civile» ovvero un'«accusa in materia penale», secondo le nozioni autonomamente ricavabili dalla stessa Convenzione.

A differenza della disposizione corrispondente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'articolo 47, che «copre» per così dire tutte le procedure giurisdizionali, l'articolo 6 entra in gioco solo in presenza di vicende giurisdizionali qualificate dall'esistenza di un diritto di carattere civile o da un'accusa penale. Per esempio, non entrano nel campo di applicazione dell'articolo 6 le decisioni relative all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione degli stranieri, che non riguardano, secondo la giurisprudenza, né la determinazione di diritti o obblighi di natura civile né un'accusa in materia penale⁶.

Perché il controllo giurisdizionale relativo a un provvedimento amministrativo entri nel campo di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione bisogna quindi che sia in gioco, secondo le nozioni «autonome» contenute nello

⁵ Corte EDU, *Casado Coca c. Spagna*, 24 febbraio 1994, Serie A, n. 285-A, § 50; Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, Serie A, n. 24, §§ 48-50.

⁶ Corte EDU, *Maaouia c. Francia* [GC], no. 39652/98, § 40, ECHR 2000-X; Corte EDU, *Penafiel Salgado c. Spagna* (dec.), no. 65964/01, 16 aprile 2002; e Corte EDU *Sardinas Albo c. Italia* (dec.), no. 56271/00, ECHR 2004-I.

stesso strumento e interpretate dalla giurisprudenza, un diritto o obbligo di natura civile ovvero un'accusa in materia penale.

Naturalmente non mi è possibile in questa sede entrare nel dettaglio della giurisprudenza – ricchissima – che esiste sulla delimitazione di queste due nozioni.

Vorrei solo ricordare due importanti sentenze, l'una sulla nozione di «diritto o obbligo di natura civile», cioè «*Ferrazzini c. Italia*», e l'altra su quella di «accusa in materia penale», cioè la famosissima sentenza «*Engel c. Paesi Bassi*».

«*Ferrazzini*» riguardava la materia fiscale. In questa sentenza la Corte ha osservato, richiamando la sua precedente giurisprudenza, che possono esistere delle obbligazioni patrimoniali nei confronti dello Stato o delle entità adesso subordinate, che, ai fini dell'articolo 6 § 1 della Convenzione, rientrano esclusivamente nel dominio del diritto pubblico e, di conseguenza, non sono coperte dalla nozione di «*droits et obligations de caractère civil*». Salve le ammende qualificabili come sanzioni penali alla stregua della Convenzione, questo sarà normalmente il caso, in particolare, di un'obbligazione patrimoniale imposta dalla legislazione fiscale o che sia inclusa tra le obbligazioni «civiche» normali in una società democratica.⁷ Al momento, quindi, l'articolo 6 della Convenzione non «copre» la materia fiscale. In «*Ferrazzini*» la Corte ha però tenuto a ricordare che la sua valutazione potrebbe mutare in futuro. La Convenzione è uno «strumento vivente» che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali e che la Corte è chiamata a verificare, tenuto conto dei cambiamenti nella società relativamente alla protezione giuridica accordata agli individui nelle loro relazioni con lo Stato, se il campo di applicazione dell'articolo 6 § 1 debba essere esteso alle liti tra i cittadini e l'autorità pubblica relative alla legalità in diritto interno delle decisioni dell'autorità fiscale. Sempre in *Ferrazzini*, la Corte ha osservato che, evidentemente, nei cinquant'anni che separavano la sentenza dall'adozione della Convenzione, le relazioni tra Stato e individui si erano evolute in diversi settori, tenuto conto anche del fenomeno in crescita dell'intervento di norme statali nelle relazioni di diritto privato. Ciò ha condotto la Corte a considerare che alcune procedure rette sul piano interno dal diritto pubblico rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 6 sotto il suo aspetto «civile» quando l'oggetto della lite sia determinante per diritti ed obbli-

⁷ Corte EDU, *Schouten et Meldrum c. Paesi Bassi*, sentenza del 9 dicembre 1994, série A no 304, p. 21, § 50, Commissione EDU, *Société S. et T. c. Svezia*, no 11189/84, decisione dell'11 dicembre 1986, *Décisions et rapports* (DR) 50, pp. 121 à 161, e Commissione EDU, *Kustannus oy Vapaa-ajattelijä AB, Vapaa-ajattelijain liitto – Fritänkarnas Förbund r.y. et Kimmo Sundström c. Finlandia*, no 20471/92, decisione del 15 aprile 1996, DR 85-B, pp. 29 à 46.

ghi di carattere privato. Per esempio, in materia di vendita di terreni, di conduzione di una clinica privata, di diritto di proprietà, di rilascio di autorizzazioni amministrative relative alle condizioni di esercizio di attività professionali o di licenze per esercizi commerciali⁸.

Del resto, il crescente intervento statale nella vita quotidiana degli individui, per esempio in materia di protezione sociale, ha spinto la Corte in un primo momento a valutare gli aspetti di diritto pubblico e diritto privato prima di poter concludere che il diritto invocato possa essere qualificato di «carattere civile»⁹.

In *«Engel»*, la Corte ha fissato i criteri che permettono di identificare la «materia penale» come nozione autonoma della Convenzione. Si tratta di tre criteri: a) quello della qualificazione giuridica nel diritto nazionale, un criterio che è un «semplice punto di partenza», che ha un valore relativo, perché la Corte non è vincolata dalle qualificazioni nazionali; b) quello della natura dell'infrazione: sono inquadrabili nel diritto penale, secondo il senso ordinario dei termini, le infrazioni i cui autori si espongono a sanzioni destinate in particolare a esercitare un effetto dissuasivo e che consistono normalmente in misure privative della libertà o in sanzioni pecuniarie. La natura penale dell'infrazione è stabilita in base al carattere generale della norma e lo scopo sia preventivo sia repressivo della sanzione; c) la gravità della sanzione¹⁰.

Per esempio, nel caso *«A. Menarini Diagnostics c. Italia»*¹¹, la Corte, utilizzando questi criteri per qualificare una sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ne ha ritenuto la natura penale, e ha quindi applicato l'articolo 6 § 1 della Convenzione sotto il suo aspetto penale. In quella fattispecie la legittimità della sanzione era stata controllata a livello nazionale dal giudice amministrativo, in ultima analisi dal Consiglio di Stato. Le procedure del giudice amministrativo in questa vicenda sono state quindi vagliate dalla Corte alla stregua delle garanzie dell'art. 6 della Convenzione (penale).

⁸ Corte EDU, *Ringeisen c. Austria* del 16 luglio 1971, série A no 13, p. 39, § 94, Corte EDU, *König c. Germania* del 28 giugno 1978, série A no 27, p. 32, §§ 94-95, Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982, série A no 52, p. 29, § 79, Corte EDU, *Allan Jacobsson c. Svezia* (no 1) del 25 ottobre 1989, série A no 163, pp. 20-21, § 73, *Bentham c. Paesi bassi* del 23 ottobre 1985, série A no 97, p. 16, § 36, Corte EDU, *Tre Traktörer AB c. Svezia* del 7 luglio 1989, série A no 159, p. 19, § 43.

⁹ Corte EDU, *Ferrazzini c. Italia* [GC], no. 44759/98, 25 luglio 2001, spec. §§ 25-28.

¹⁰ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, nos 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, (Plénière), 8 giugno 1976, spec. § 82.

¹¹ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, no. 43509/08, 27 settembre 2011.

4. (segue): b) Estensione del controllo giurisdizionale richiesto dall'articolo 6.

Secondo la giurisprudenza della Corte, perché un tribunale possa decidere di una contestazione su diritti ed obblighi di natura civile ovvero su di un'accusa in materia penale in conformità con l'articolo 6 della Convenzione, occorre che esso abbia competenza a conoscere di tutte le questioni di fatto e di diritto pertinenti per la lite della quale esso sia investito¹². Sia la vecchia Commissione sia la Corte hanno affermato nella loro giurisprudenza che l'esigenza secondo la quale una corte o un tribunale debbono godere della «pienezza di giurisdizione» sarà soddisfatta se si può stabilire che l'organo in questione è dotato di competenza di una «estensione sufficiente» o è in grado di esercitare un «controllo giurisdizionale sufficiente» per trattare l'affare in questione.

L'esigenza relativa alla «pienezza di giurisdizione» ha ricevuto una definizione autonoma alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione e non dipende quindi necessariamente dalla qualificazione ritenuta dal diritto interno¹³.

Gli organi della Convenzione tengono conto del fatto che frequentemente, nei sistemi di controllo delle decisioni amministrative in vigore negli Stati membri del Consiglio d'Europa, l'estensione del controllo giurisdizionale dell'accertamento dei fatti è limitata e la stessa natura delle procedure di controllo implica che le autorità competenti si limitano a verificare le procedure anteriori della fase amministrativa in luogo di adottare nuove decisioni sui fatti. Emerge dalla giurisprudenza della Corte che il ruolo dell'articolo 6 non è quello di garantire l'accesso a un tribunale che potrebbe sostituire il suo proprio apprezzamento o il suo proprio parere a quello delle autorità amministrative. A questo proposito, in particolare nel caso «*Sigma Radio Television Ltd*», la Corte ha insistito sul rispetto che è dovuto alle decisioni prese dall'amministrazione su questioni di opportunità che spesso si riferiscono a settori specializzati del diritto¹⁴.

Per valutare se, in un determinato caso, le giurisdizioni interne abbiano effettuato un controllo di una estensione sufficiente, la giurisprudenza ha stabi-

¹² Per l'art. 6 «civile»: Corte EDU, *Terra Woningen B.V. c. Paesi Bassi*, 17 dicembre 1996, § 52, *Recueil* 1996-VI, Corte EDU, *Chevroil c. Francia*, n° 49636/99, § 77, CEDH 2003-III, e Corte EDU, *I.D. c. Bulgaria*, n° 43578/98, § 45, 28 aprile 2005; per l'art. 6 «penale»: Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., § 61.

¹³ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd c. Cipro*, nos 32181/04 et 35122/05, § 152, 21 luglio 2011, e i casi ivi citati.

¹⁴ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd*, cit., § 153.

lito che la Corte deve prendere in considerazione le competenze attribuite alla giurisdizione in questione e una serie di elementi, quali: a) l'oggetto della decisione che forma oggetto del giudizio, più in particolare se essa si riferisca a una questione specializzata che richieda conoscenze tecniche o un'esperienza professionale ovvero se essa implichi l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere discrezionale; b) il metodo seguito per pervenire alla decisione amministrativa e, in particolare, le garanzie procedurali esistenti nel quadro del procedimento amministrativo; e c) il tenore della lite, compresi i motivi di ricorso e i poteri del giudice¹⁵.

Quando la Corte verifica se gli strumenti legislativi e giurisdizionali pertinenti permettono un controllo adeguato dei fatti, la Corte deve tener conto della natura e degli obiettivi delle procedure giurisdizionali amministrative. In effetti, per quanto riguarda i ricorsi in materia amministrativa, la questione della sufficienza del controllo giurisdizionale dipende non solo dalla natura, discrezionale o tecnica, dell'oggetto della decisione impugnata e dall'aspetto particolare che il ricorrente intende presentare davanti ai tribunali come punto centrale per lui, ma anche, più in generale, della natura dei «diritti e obblighi di natura civile» in gioco e della natura degli obiettivi della politica perseguita dalla legislazione in questione¹⁶.

La risposta alla domanda se un controllo giurisdizionale di sufficiente estensione abbia avuto luogo dipenderà dunque dalle circostanze di ogni caso. La Corte deve esaminare la questione sollevata dal ricorso con il quale essa è stata adita e deve determinare se, nelle circostanze del caso, il controllo operato sia stato adeguato¹⁷.

A questo proposito, la Corte ha distinto due tipi di situazione. Una prima categoria riguarda i casi nei quali le giurisdizioni nazionali non sono state in grado ovvero hanno rifiutato di esaminare una questione centrale della lite perché esse si consideravano vincolate dalle constatazioni di fatto o di diritto delle autorità amministrative ed era impedito loro di procedere ad un esame indipendente di tali questioni. Nel caso «*Terra Woningen B.V.*», per esempio, la Corte ha trovato una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione perché il giudice interno non aveva rivalutato autonomamente la correttezza della decisione dell'amministrazione di considerare un terreno bisognoso di una bonifica sani-

¹⁵ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd*, cit., § 154.

¹⁶ Corte EDU, *Fazla Ali c. Regno Unito*, n. 40378/10, § 84, 20 ottobre 2015.

¹⁷ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd*, cit., § 155 e *Potocka et autres c. Pologne*, n° 33776/96, § 54, CEDH 2001-X.

taria, questione che incideva in una controversia relativa ad una locazione urbana¹⁸.

Il caso «*Tsfayo*» costituisce una variante particolare di questa prima categoria. Si tratta di un caso nel quale la decisione sottoposta a controllo giurisdizionale era stata presa da un organo che non solo era privo di indipendenza rispetto al potere esecutivo, ma aveva per di più un legame diretto con una delle parti litiganti. In questa situazione, la Corte ha considerato che la necessaria indipendenza di giudizio riguardo all'accertamento di un fatto essenziale – nella fattispecie si trattava dell'esistenza o meno di una ragionevole giustificazione (*good cause*) per il ritardo nella presentazione da parte della ricorrente di una domanda di sussidio alla locazione – rischiava di essere intaccata in un modo tale da non poter essere correttamente esaminata o rettificata nell'ambito del controllo giurisdizionale. Tenuto conto del fatto che il tribunale adito non era competente per assumere nuove prove e che quindi era impedito dallo statuire su di una cruciale questione di fatto, la Corte ha concluso nel senso della violazione dell'articolo 6 perché la questione centrale della lite non era stata decisa da un tribunale indipendente dalle parti litiganti. In altre parole, in questo caso l'assenza di indipendenza rispetto a una delle parti litiganti in prima istanza si univa al mancato riesame in sede di ricorso di una decisiva questione di fatto.

La seconda categoria comprende i casi nei quali il tribunale non abbia goduto della «pienezza di giurisdizione» secondo la legislazione nazionale, ma abbia esaminato punto per punto gli argomenti sollevati dal ricorrente nei motivi di ricorso senza doversi dichiarare incompetente per rispondervi o per controllare le constatazioni di fatto o di diritto dell'autorità amministrativa. In questi casi la Corte ha valutato l'intensità del controllo esercitato dalle giurisdizioni interne sulla discrezionalità esercitata dalla pubblica amministrazione, tenendo conto delle questioni che hanno formato oggetto del controllo del tribunale interno competente, del metodo da esso adottato per il suo controllo e dei poteri decisionali a disposizione del tribunale in questione¹⁹.

¹⁸ Corte EDU, *Terra Woningen B.V.*, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, §§ 46 et 50-55, Corte EDU, *Obermeier c. Autriche*, 28 juin 1990, §§ 66-70, série A n° 179, Corte EDU, *Tsfayo*, no 60860/00, 14 novembre 2006, § 48, Corte EDU, *Chevroi c. Francia*, n° 49636/99, CEDH 2003-III, § 78, Corte EDU, *I.D. c. Bulgaria*, n° 43578/98, 28 aprile 2005, §§ 50-55, Corte EDU, *Capital Bank AD c. Bulgaria*, n° 49429/99, §§ 99-108, CEDH 2005-XII (extraits), e Corte EDU, *Fazliyski c. Bulgaria*, n° 40908/05, § 59, 16 aprile 2013.

¹⁹ V., per esempio, Corte EDU, *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*, no. 3800/12, 15 settembre 2015, §§ 101-105, Corte EDU, *Bryan c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, série A n° 335-A, §§ 43-47, Corte EDU, *Potocka et autres*, cit., §§ 55-59, Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd*, cit., §§ 158-169, Corte EDU, *Galina Kostova c. Bulgaria*, no 36181/05, 12 novembre 2013, §§ 61-66, e, sotto

Sotto quest'ultimo profilo la Corte ha considerato nella sua giurisprudenza che, una volta riconosciuta la validità di un motivo di ricorso, la giurisdizione che procede al controllo deve avere il potere di annullare la decisione impugnata e sostituirla con una nuova decisione ovvero quello di rimettere l'affare allo stesso organo da cui la decisione promana, o a un altro organo²⁰.

Per altro verso non va dimenticato che l'articolo 6 richiede che le giurisdizioni interne indichino in maniera sufficiente i motivi sui quali le loro decisioni sono fondate. Senza giungere al punto di esigere una risposta dettagliata a ogni argomento del ricorrente, quest'obbligo presuppone che la parte di una procedura giudiziaria possa attendersi una risposta specifica e esplicita ai motivi di ricorso che siano decisivi per l'esito della procedura in questione²¹.

Ripeto un punto importante, che è valido per tutte le procedure giurisdizionali «coperte» dall'articolo 6, quindi non solo per quelle che riguardano il controllo di legalità degli atti amministrativi. Mi riferisco all'affermazione costante, che ricordavo in apertura, secondo la quale non è compito della Corte di sostituirsi alle giurisdizioni interne. Spetta in primo luogo alle autorità nazionali, specialmente alle corti e ai tribunali, di interpretare la legislazione interna²². La Corte non è un'istanza d'appello delle giurisdizioni nazionali e ad essa non spetta di conoscere degli errori di fatto o di diritto che si pretende siano stati commessi dai giudici interni, salvo se, e nella stretta misura in cui tali errori abbiano intaccato i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione²³.

Detto questo, nel quadro dei ricorsi davanti a una corte o a un tribunale contro delle decisioni amministrative, la nozione di «controllo» (*contrôle, revien*) giurisdizionale non è stata intesa come volta ad esigere un *riesame*, cioè un esame *de novo* dell'affare in sede di ricorso.²⁴ L'esigenza fondamentale è quella dell'*accesso a un controllo giurisdizionale* delle decisioni amministrative piuttosto che l'*accesso a un riesame* dell'oggetto di tali decisioni. Da questo discende in particolare che, invece di procedere, per esempio, a una ripetizione delle prove, per esempio di deposizioni testimoniali, il tribunale competente può appoggiarsi sulle constatazioni di fatto dell'organo amministrativo, salvo che, alla luce degli argomenti presentati e di tutti gli elementi pertinenti della procedura, il tribuna-

il profilo penale dell'articolo 6 § 1 della Convenzione, Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, cit., §§ 63-64.

²⁰ Corte EDU, *Kingsley c. Regno Unito* [GC] n° 35605/97, §§ 32 et 34, CEDH 2002-IV, e Corte EDU, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, no.21722/11, 9 gennaio 2013, § 125.

²¹ Ad es., Corte EDU, *Ruiz Torija c. Spagna*, 9 dicembre 1994, §§ 29-30, série A n° 303-A.

²² V., tra molte, Corte EDU, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia* [GC], n° 13279/05, 20 ottobre 2011, § 49.

²³ V., sempre tra molte, Corte EDU, *García Ruiz*, cit., § 28.

²⁴ Corte EDU, *Fazla Ali*, cit., §§ 79 e 82-87.

le consideri che la base fattuale non sia sufficiente a sostenere le conclusioni dell'amministrazione. In tal caso, il tribunale deve annullare la decisione e rimettere l'affare all'organo amministrativo per riesame.

Di conseguenza, come dicevo, nella giurisprudenza della Corte la questione del se la procedura seguita per il controllo giurisdizionale risponda all'esigenza che l'organo che lo compie sia dotato di competenze di una «estensione sufficiente» o eserciti un «controllo sufficiente» è stata analizzata tenendo conto delle circostanze del caso, delle caratteristiche particolari della decisione, della procedura condotta al livello amministrativo e della procedura specifica seguita in sede di ricorso giurisdizionale.

5. Conclusioni.

Riepilogando quanto detto finora, si può osservare che, per valutare l'estensione – e quindi la sufficienza - del controllo giurisdizionale esercitato sugli atti amministrativi, la giurisprudenza della Corte tiene conto, a) da una parte, delle questioni che hanno formato oggetto del controllo del tribunale interno competente e, b) d'altra parte, del metodo da esso adottato per il suo controllo. Inoltre, c) la Corte deve prendere in esame i poteri decisionali di cui il tribunale in questione dispone per realizzare il controllo della decisione che ad essa è stata sottoposta alla luce dei motivi di ricorso.

A proposito dell'*oggetto* del controllo ricordo che secondo la giurisprudenza, come dicevo, perché si possa considerare un organo giurisdizionale come dotato di piena giurisdizione, esso deve essere competente a esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto pertinenti per la lite della quale esso è investito. La Corte ritiene di dover verificare in primo luogo l'estensione materiale delle questioni che possono essere esaminate dall'organo giudiziario in questione. A questo proposito, oltre le questioni di fatto e di diritto relative al merito dell'affare, la Corte ha preteso, in casi concernenti delle sanzioni, che il tribunale fosse competente, se del caso, a controllare la proporzionalità della sanzione.²⁵ Inoltre, l'organo giudiziario deve poter pronunciarsi su motivi di ricorso con i quali si fanno valere errori di procedura commessi dall'autorità amministrativa²⁶.

Quanto al *metodo* di controllo delle procedure amministrative, se si ri-

²⁵ Corte EDU, *Diennet c. Francia*, n. 18160/91, 26 settembre 1995, § 34, Corte EDU, *Mérigaud c. Francia*, n° 32976/04, § 69, 24 settembre 2009, e, *mutatis mutandis*, Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd*, cit., § 168.

²⁶ V., *mutatis mutandis*, Corte EDU, *Potocka et al*, cit., §§ 55-56, e Corte EDU, *Tsanova-Gecheva*, cit., § 101.

chiede che l'organo giurisdizionale possa esaminare tutte le questioni pertinenti sollevate dinanzi ad esso, non è necessario, dal punto di vista della piena giurisdizione, che esso abbia il potere di riesaminare e rivedere tutte tali questioni. Nella sua costante giurisprudenza la Corte ha affermato che, almeno in linea di principio, non si richiede alle giurisdizioni interne che esse siano in misura di sostituire il loro apprezzamento e le loro constatazioni a quelli dell'autorità amministrativa competente. Di conseguenza, il controllo giurisdizionale può limitarsi alla verifica delle decisioni amministrative, senza che venga richiesta l'adozione di nuove decisioni, in particolare sui fatti. Di conseguenza il controllo giurisdizionale può essere considerato come di «piena giurisdizione» nel senso autonomo della Convenzione anche se esso non consiste in un riesame e in un nuovo apprezzamento degli elementi di prova, compresa una nuova audizione dei testimoni, ma si limita a una verifica – specialmente dal punto di vista della pertinenza, della sufficienza e della coerenza – dei fatti e degli elementi di prova sulla base dei quali il provvedimento amministrativo sottoposto al controllo del giudice è stato adottato, sempreché, come ricordato prima, non ci si trovi in presenza di fatti centrali per la controversia accertati dall'amministrazione senza che il giudice abbia la possibilità di rivedere autonomamente detto accertamento. In questo quadro, la Corte ha concluso, in particolare nel caso «*Menarini*» che ricordavo prima, nel senso della sufficienza del controllo giurisdizionale anche se il giudice competente non aveva proceduto a un esame *de novo* delle prove o a una loro autonoma rivalutazione²⁷. Inoltre, al fine di valutare se, in un dato caso, le modalità del controllo esercitato dal giudice abbiano soddisfatto le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, è necessario prendere in considerazione gli elementi contestati dinanzi al tribunale e le garanzie procedurali delle quali il ricorrente abbia potuto beneficiare durante il procedimento amministrativo.

Infine, con riguardo al *potere decisionale*, la giurisprudenza della Corte è chiara nel senso che, se un motivo di ricorso è considerato valido, il giudice deve poter annullare la decisione impugnata e, alternativamente, o prendere esso stesso un'altra decisione ovvero rinviare l'affare davanti all'autorità amministrativa. In effetti, la nozione di «piena giurisdizione» non esige che il giudice abbia in ogni caso il potere di adottare una nuova decisione sul merito dell'affare. La decisione che esso prende, in caso di successo del ricorso, può prendere la forma di un annullamento del provvedimento seguita da un rinvio dell'affare davanti all'autorità amministrativa competente.

²⁷ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, cit., §§ 63-64.

In effetti, le questioni inerenti all'ampiezza del controllo giurisdizionale di decisioni prese dalle autorità amministrative sono legate alla separazione dei poteri e quindi a principi e a regole che, in molti Stati parti alla Convenzione, hanno rango costituzionale. Più precisamente, ciò che è in gioco dal punto di vista della separazione dei poteri è, in primo luogo, l'esigenza che vi sia un controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative e, secondariamente, quella di fare in modo che i tribunali non possano in linea di principio, nell'esercitare il loro controllo, invadere le funzioni e le responsabilità dell'amministrazione. Certamente, quindi, la giurisprudenza della Corte non richiede che gli organi giurisdizionali si sostituiscano alle amministrazioni competenti quando statuiscono sugli affari che a essi sono sottoposti²⁸.

²⁸ È bene avvertire che in materia è attesa una pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo, nel caso *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, n. 55391/13 57728/13 74041/13, udienza del 22 marzo 2017.

MIRIAM ALLENA

Ricercatrice a tempo determinato di diritto amministrativo presso l'Università Bocconi
miriam.allena@unibocconi.it

L'ART. 6 CEDU E LA CONTINUITÀ TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

ART. 6 OF THE ECHR AND THE CONTINUITY BETWEEN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND JUDICIAL PROCESS

SINTESI

Il lavoro affronta il tema delle garanzie dell'art. 6 CEDU e delle modalità della loro attuazione nel procedimento e nel processo amministrativo. Dopo avere dato conto dei profili di teoria generale del diritto sottesi all'idea della applicazione delle regole del giusto processo alla fase procedimentale e, in mancanza, della possibilità di compensare ex post, in sede giurisdizionale, le garanzie non accordate in tale sede, si analizzano le principali incertezze applicative che da tale visione discendono. In particolare, si mostra come nelle vicende ricadenti nella "materia civile" la Corte di Strasburgo mostri una certa flessibilità e consenta, tendenzialmente, una realizzazione delle garanzie distribuita tra procedimento e processo: non emergono dunque parametri chiari che consentano di definire quando una garanzia debba essere accordata fin da subito e quando, invece, possa essere compensata ex post. Anche nella "materia penale" emergono alcune problematicità: innanzitutto, il meccanismo della compensazione ex post appare strutturalmente inapplicabile ad alcune garanzie. In secondo luogo, la giurisprudenza di Strasburgo propone talora una ambigua distinzione tra «minor offences» nelle quali è ammessa ampiamente la compensazione ex post e sanzioni, invece, più gravi che richiederebbero una piena attuazione delle garanzie fin dalla fase procedimentale della loro irrogazione: in molti casi, però, sanzioni amministrative fortemente afflittive sono state ritenute «minor» per definizione. Infine, con riferimento a talune sanzioni amministrative asseritamente «minor», in quanto non implicanti un «significativo grado di riprovazione sociale» la Corte di Strasburgo ha ritenuto addirittura di poter affermare la possibilità di bypassare del tutto talune garanzie proprie della materia penale.

ABSTRACT

The paper addresses the issue of the guarantees laid down in Article 6 of the ECHR, and their applicability implementation in the administrative proceeding and trial. First, the discussion revolves around the general legal principles un-

derpinning the ideas of due process rules' applicability to the administrative procedural phase, and then analyses the ex post compensation, namely the possibility to compensate judicially the absence of said guarantees during the administrative phase. The main uncertainties in the implementation of this approach are subject of review. In particular, the analysis outlines how in issues falling within the "civil law" domain, the Strasbourg Court reveals some flexibility, and leans towards allowing a fulfilment of the guarantees allocated between proceeding and trial. Thus, clear parameters to determine when a guarantee shall be granted already at the beginning, and, on the contrary, when it can be compensated ex post, are not available.

The "criminal law" domain as well reveals some concerns: first, the ex post compensation mechanism seems inherently unsuited to be applied to specific guarantees. Second, the Strasbourg jurisprudence at times proposes an ambiguous difference: on one hand it acknowledges "minor offences", where ex post compensation is extensively allowed; on the other hand, it recognises more serious offences which would call for a full implementation of the guarantees already during the phase of imposition of a sanction within the proceeding. However, in many cases very serious administrative sanctions have been conceived as "minor" by definition. Concluding, considering some allegedly "minor" administrative sanctions, because they do not imply a "significant degree of social stigma (o disapproval)", the Strasbourg Court has gone as far as envisaging the possibility to bypass in toto some of the guarantees typical of the "criminal law" domain.

PAROLE CHIAVE: continuità tra procedimento e processo, profili di teoria generale, compensazione ex post, incertezze generate dalla compensazione ex post.

KEYWORDS: continuum between administrative procedure and trial, ex post compensation, general legal principles, critical issues raised by the ex post compensation.

INDICE: 1. Premessa. – 2. L'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo e la compensazione *ex post*. – 3. Il retroterra culturale della continuità tra procedimento e processo: dogmatica e profili di teoria generale. – 4. I procedimenti incidenti su «diritti di carattere civile»: una realizzazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU "distribuita" tra procedimento e processo? – 5. I limiti dell'approccio compensativo in materia sanzionatoria. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Nel presente lavoro ci si soffermerà su un profilo specifico della giurisprudenza di Strasburgo relativa all'art. 6 CEDU: vale a dire quello che può essere definito l'approccio unitario o compensativo della Corte europea la quale, nel verificare il rispetto delle garanzie dell'«equo processo», non si limita a considerare una singola fase o "porzione" della procedura, ma valuta unitariamente procedimento e processo amministrativo e consente, a certe condizioni, una

compensazione delle garanzie che non siano state offerte nella fase procedimentale in quella, successiva, che si svolge di fronte a un giudice in senso formale.

Il problema che si tenterà di affrontare è cioè quello, essenziale sul piano pratico, delle condizioni e dei limiti a cui è subordinata la capacità della fase giurisdizionale di compensare le carenze del procedimento amministrativo assicurando *ex post* garanzie che, idealmente, avrebbero dovuto già essere riconosciute in precedenza.

Prima di affrontare tale tema, non pare però inutile, onde inquadrare i termini del problema, ripercorrere brevemente le modalità attraverso le quali la Corte europea dei diritti dell'uomo è pervenuta a estendere le garanzie dell'art. 6 CEDU alla fase procedimentale amministrativa e ad elaborare il suddetto meccanismo della compensazione *ex post*: di ciò si dirà nel par. 2.

Nel par. 3 si darà invece conto di quelli che sono i probabili presupposti di teoria generale del diritto sottesi a tutta la elaborazione della Corte di Strasburgo relativa alla norma sull'«equo processo». L'intento è quello di impostare su più solide basi concettuali l'analisi, che sarà condotta nei successivi parr. 4 e 5, di alcune delle criticità poste dalla visione della continuità tra procedimento e processo (ossia, dal meccanismo della cd. compensazione *ex post*), sia nel caso dei procedimenti amministrativi incidenti su «diritti di carattere civile» (ossia, in termini generali, quelli riconducibili alla legge n. 241 del 1990), sia nel caso di procedimenti di carattere «penale» (ossia, quelli diretti all'irrogazione di sanzioni amministrative).

2. L'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo e la compensazione *ex post*.

È oramai ben noto che, nell'ottica CEDU, le garanzie dell'«equo processo» dovrebbero trovare compiuta soddisfazione fin dal momento di esercizio della funzione amministrativa, la quale dovrebbe svolgersi, in linea di principio, attraverso un procedimento giusto e paritario, in tutto rispettoso delle garanzie dell'art. 6 CEDU.

Come chi scrive ha avuto modo di spiegare in altra sede¹, è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dagli anni Settanta del Novecento, a in-

¹ Cfr., se si vuole, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, spec. 36 ss. Le tesi erano state anticipate nel saggio *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giustamm.it*, 10 novembre 2012.

interpretare estensivamente tale previsione (letteralmente riferita al solo processo civile e a quello penale) in modo da ricomprendere nel suo campo di applicazione pure le questioni di diritto pubblico, originariamente escluse in ragione di una presunta specialità delle stesse². Così, seguendo un percorso (come si dirà) solo apparentemente singolare, l'art. 6 CEDU è divenuto rilevante anche per il diritto amministrativo: non tanto, però, per la fase processuale quanto, innanzitutto e direttamente, per la fase sostanziale, ossia per il procedimento amministrativo.

Ciò è accaduto perché la Corte di Strasburgo ha interpretato autonomamente e in senso sostanziale le nozioni di «tribunale», quella di «diritti di carattere civile» e quella di «accusa penale» contenute nel testo dell'art. 6, par. 1, CEDU³.

In estrema sintesi, «tribunale» è, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, qualsiasi soggetto pubblico chiamato a esercitare una funzione giurisdizionale in senso sostanziale, cioè capace di incidere sulla realtà giuridica modificandola con effetti vincolanti, a prescindere dalla risoluzione di una controversia in senso proprio e tecnico⁴. In quest'ottica, pure la pubblica amministrazione, quando adotti un provvedimento amministrativo sanzionatorio avente un carattere afflittivo e non meramente risarcitorio, o quando emani un altro provvedimento comunque incisivo della sfera soggettiva individuale, è qualificabile come un «tribunale» che, nel linguaggio della Corte, rispettivamente, decide una «accusa penale»⁵ o «determina» un «diritto di carattere civile»⁶. Di

² Come ben spiegato da K.C. MORRISON, *The dynamics of development in the European human rights convention system*, The Hague, 1981, 115 ss.

³ Il quale dispone che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta».

⁴ Cfr., *ex multis*, Corte eur. dir. dell'uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, caso n. 22330/05, *Oluje v. Croatia*, par. 37: «The Court reiterates that for the purpose of Article 6, par. 1, of the Convention a tribunal need not to be a court of law integrated with the standards judicial machinery (...) since a tribunal is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say, the determining of matters within its competence on the basis of rule of law and after proceedings conducted in a prescribed manner».

⁵ La prima individuazione dei tre criteri (natura intrinsecamente penale dell'infrazione, carattere punitivo della sanzione e gravità della stessa) che consentono di qualificare una determinata misura come «penale» ex art. 6 CEDU, a prescindere dalla qualificazione formale che la stessa riceva in un dato ordinamento si deve, come è noto, a Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, spec. parr. 81-82, riguardante sanzioni di carattere detentivo in ambito militare qualificate nei Paesi Bassi come disciplinari-amministrative.

⁶ In specie, rientra nella nozione di «diritti di carattere civile» qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati firmatari della CEDU, anche ove ricadente nell'ambito del diritto pubblico (dunque, anche ove configurante un interesse legittimo): in tal

conseguenza, essa è tenuta, in linea di principio, a rispettare le garanzie del diritto di difesa e del giusto processo proprio nella fase procedimentale che precede l'adozione di quel dato provvedimento.

Il percorso ermeneutico della Corte EDU ha consentito di estendere notevolmente l'applicabilità dell'art. 6 CEDU non solo ben oltre il diritto civile o penale ma, altresì, al di fuori dell'orbita giurisdizionale che, almeno dal punto di vista letterale, ne costituiva l'ambito di elezione (come emerge dalla stessa rubrica della norma che fa riferimento al «Diritto a un equo processo»).

D'altro canto, se intesa in modo radicale, una compiuta conformità dei procedimenti amministrativi al canone dell'equo processo avrebbe richiesto riforme radicali nei vari Stati firmatari della CEDU: è noto infatti che il modello di procedimento amministrativo paragiurisdizionale è, in massima parte, estraneo alla tradizione del diritto amministrativo continentale⁷.

In tale contesto, la giurisprudenza di Strasburgo ha mostrato, fin da subito, una certa flessibilità. Così, con riferimento alla materia penale, quantomeno nel caso delle cd. «*minor offences*», cioè di sanzioni «minori» (tipicamente sanzioni pecuniarie di basso importo), ha sostenuto che le garanzie devono sì essere tutte rispettate, però possono trovare soddisfazione in una fase diversa da quella procedimentale, ossia in quella giurisdizionale (ciò è stato chiarito almeno a partire dalla sentenza *Oztürk c. Germania* del 1984, riguardante una sanzione pecuniaria irrogata in conseguenza di illeciti connessi alla circolazione stradale⁸). Con riferimento poi ai procedimenti incidenti su «diritti di carattere civi-

senso, in termini espressi, Corte eur. dir. dell'uomo. 5 ottobre 2000, caso n. 33804/96, *Mennitto v. Italy*, par. 27. Tra l'altro, se originariamente erano considerati «diritti di carattere civile» essenzialmente le posizioni soggettive aventi un carattere patrimoniale, cioè attinenti a pretese economiche direttamente esercitate nei confronti della p.a. (per es., la pretesa a ottenere una determinata sovvenzione pubblica, come nel caso, ma anche la pretesa a ottenere il rilascio di un provvedimento autorizzatorio o concessorio direttamente incisivo sulla possibilità di produrre reddito, come nel caso ...), oggi anche tale carattere patrimoniale è in via di superamento. Di conseguenza, anche altre posizioni soggettive soddisfabili nell'ambito di rapporti pubblicistici, come il diritto ad accedere all'istruzione universitaria (Corte eur. dir. dell'uomo, 23 settembre 2008, caso 9907/02, *Emine Araç v. Turkey*, par. 20) o quello a non subire discriminazioni nell'ambito di una gara pubblica (Corte eur. dir. dell'uomo, 21 settembre 2006, caso 69037/01, *Araç c. Turquie*, par. 21) sono state ricondotte alla categoria in esame.

⁷ Su questi profili cfr., per tutti, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 17; nonché, più di recente, S. BATTINI, B.G. MATTARELLA e A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 2007, 107 ss.

⁸ Tra le prime, cfr. la nota sentenza della Corte eur. dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, par. 56, ove si legge: «*Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6*».

le»⁹, la possibilità di una attenuazione delle garanzie nella fase procedimentale è stata consentita anche con maggiore larghezza, data la tendenziale minore incisività di tali provvedimenti nella sfera soggettiva dei destinatari.

In tutte queste ipotesi, la Corte EDU sostiene che il processo possa rimediare alle carenze della fase procedimentale a patto che la decisione giurisdizionale sia assunta da un soggetto in posizione di indipendenza e dotato di «*full jurisdiction*», vale a dire della capacità di riesaminare compiutamente, «*point by point*»¹⁰, in fatto e in diritto, la decisione assunta nel corso del procedimento amministrativo¹¹. In altri termini, onde assicurare che le garanzie dell'art. 6 CEDU siano rispettate in una fase che, ancorché successiva, sia davvero quella di assunzione della decisione, il giudice deve poter riesercitare *ex novo* il potere, sostituendosi compiutamente all'amministrazione, anche in presenza di valutazioni di carattere tecnico complesso e, addirittura, spingendosi a sindacare la stessa discrezionalità amministrativa, con il solo limite delle scelte di merito in senso proprio che, in quanto democraticamente rilevanti (perché riguardanti questioni di governo della comunità quali, per es., le scelte di indirizzo, ovvero quelle pianificatorie o di regolazione in senso ampio) chiamino in causa il principio di sovranità popolare¹².

⁹ Cfr. tra le prime, Corte eur. dir. dell'uomo, *Grand Chamber*, 23 giugno 1981, casi nn. 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere v. Belgium*, riguardante una sanzione disciplinare irrogata a un medico, ossia un provvedimento che rientra, secondo la sistematica della Corte di Strasburgo, tra quelli incidenti su «diritti di carattere civile». Ivi, al par. 51 si legge: «*Whilst Article 6, par. 1, embodies the "right to a court", it nevertheless does not oblige the Contracting States to submit "contentious" (disputes) over "civil rights and obligations" to a procedure conducted at each of its stages before "tribunals" meeting the Article's various requirements. Demands of flexibility and efficiency, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, a fortiori, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect; the legal tradition of many member States of the Council of Europe may be invoked in support of such a system.*».

¹⁰ Così la sentenza 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Priea and Others v. the Czech Republic*, par. 111: «*The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 par. 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts. By way of contrast, the Court found violations of Article 6 par. 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently.*».

¹¹ Per ulteriori riflessioni sul tema della «*full jurisdiction*» cfr., da ultimo, F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, in questo numero della presente Rivista.

¹² Su tutti questi profili e per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali sia consentito rinviare ancora a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., spec. 66 ss. e 207 ss., 311 ss.

In ciò consiste il modello che si è definito della “continuità” tra procedimento e processo, in quanto basato sull’idea che occorra considerare non una singola fase, ma l’intero procedimento amministrativo e giurisdizionale, onde accertare se le garanzie di cui all’art. 6 CEDU siano compiutamente assicurate.

3. Il retroterra culturale della tesi della “continuità” tra procedimento e processo.

Il substrato teorico sotteso a tutta la ricostruzione della Corte EDU relativa all’art. 6 CEDU è evidentemente rinvenibile nell’idea che il provvedimento adottato dall’amministrazione non sia diverso dalla sentenza del giudice¹³, nella misura in cui entrambi costituiscono attuazione della volontà della legge nel caso concreto.

Trattasi di visione che, da un lato, riprende certi orientamenti presenti nel diritto comune medievale – in cui si riconducevano al concetto di *jurisdictio* una serie di attività oggi ritenute funzioni amministrative¹⁴ – e che, dall’altro, era già nota ai padri fondatori del diritto amministrativo europeo. Basti ricordare che Otto Mayer, al quale si deve una delle prime compiute elaborazioni della nozione di provvedimento amministrativo, rilevava che «*L’acte administratif représente, pour l’administration, le pendant nécessaire du jugement des tribunaux (...). Il en a la force, les effets et la position dominantes*»¹⁵ ed evidenziava come tale comunanza fosse stata notata già dai giuristi tedeschi dei primi dell’Ottocento¹⁶.

Tuttavia, in base a tale visione, la ricostruzione del provvedimento alla luce della nozione di sentenza non implicava, almeno espressamente, che la sua

¹³ Come è del resto esplicitato dalla circostanza che l’autorità amministrativa è vista come un «tribunal» in senso funzionale

¹⁴ Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 201 ss.

¹⁵ Cfr. O. MAYER, *Le droit administrative allemand*, Paris, 1903, 72-73: «*L’idée de l’acte administratif – idée qui est de la première importance, est déjà indiquée tacitement par la situation subordonnée à la loi qu’occupe l’administration ainsi que la justice. Avant la Révolution, cet acte était complètement inconnu. Avec la nouvelle organisation de la puissance publique, il devient subitement un produit de la séparation des pouvoirs. L’acte administratif représente, pour l’administration, le pendant nécessaire du jugement des tribunaux; il est nécessaire afin que l’organisation de l’administration ait une valeur égale au point de vue du droit. C’est pour cela que, dès les débuts, on insiste, avec une grande énergie, sur la valeur égale de l’acte administratif par rapport au jugement. Il en a la force, les effets et la position dominante. Il n’en diffère qu’autant que les circonstances – tout autres – dans lesquelles il doit, dans l’administration, se produire et avoir son effet, le comportent. Bien que ces divergences extérieures soient nombreuses et frappantes, néanmoins, dans l’essentiel, la concordance parfaite subsiste*»; e 129: «*L’acte administratif saisit (...) le cas individuel à la manière du jugement du tribunal civil*».

¹⁶ Cfr. O. MAYER, *op. ult. cit.*, 74, nota 11, che cita il lavoro di M. HENRION DE PANSEY, *De l’autorité judiciaire*, ove lo stesso avrebbe «*établi déjà, en 1810, cette comparaison entre le jugement et l’acte administratif*».

adozione dovesse avvenire nelle forme del giusto processo, ma era soprattutto funzionale ad affermare che il provvedimento amministrativo, come la decisione giudiziale, doveva manifestare la volontà della legge nel caso concreto e, dunque, a quest'ultima essere pienamente subordinato¹⁷. In tal senso l'amministrazione era equiparabile a un giudice, perché come un giudice attuava la legge e non la volontà di se stessa intesa come apparato¹⁸.

Dell'insegnamento originario di Otto Mayer riguardo al provvedimento amministrativo è stata tradizionalmente valorizzata soprattutto la prospettiva, indubbiamente presente, dell'imperatività¹⁹, più che il suo porsi come dichiarazione della legge nel caso concreto²⁰. Occorre però ricordare che, nella visione dell'Autore, era proprio questo secondo profilo a segnare il passaggio dallo Stato di polizia – in cui il provvedimento era in se stesso imperativo – allo Stato di diritto (*Rechtsstat*)²¹ ove il provvedimento, ancora imperativo, è però subordinato alla legge e da questa deriva tale sua qualità (non, dunque, da un aprioristico e metagiuridico riconoscimento del potere sovrano): «*Aucun doute n'est possible. Notre droit actuel a créé, pour l'administration, l'idée de l'acte d'autorité, idée étrangère au droit ancien. Cet acte ressemble au jugement de la justice; il peut aller jusqu'à en prendre tout à fait la forme. L'essentiel c'est toujours la détermination juridique du cas individuel. L'acte administratif complète la grande idée du Rechtsstat, de l'Etat soumis au régime du droit par l'adaptation à l'administration des formes de la justice*»²².

¹⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, spec. par. 4, che rileva come Otto Mayer appartenesse a quell'indirizzo dottrinale che «sentì l'istanza del principio di legalità dell'azione pubblica e di azionabilità delle pretese del cittadino. Onde si pose sulla strada di ridurre l'atto amministrativo sotto regole che ne rendessero evidenti le componenti e gli effetti».

¹⁸ O. MAYER, *op. ult. cit.*, 80, nt. 20: «*Toute l'idée du Rechtsstat consiste dans la conformité de l'administration à la justice*», ossia, nell'attribuire «à l'autorité administrative le rôle du juge et non plus celui de la partie».

¹⁹ Sintetizzata, per es., nell'equiparazione dell'autorità del provvedimento a quella della sentenza: per la sottolineatura di questo aspetto cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 43 ss.

²⁰ Che i due profili fossero entrambi ben presenti nella visione dell'Autore è però riconosciuto da M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, spec. par. 4, che evidenziava come Otto Mayer appartenesse a quell'indirizzo dottrinale che «sentì l'istanza del principio di legalità dell'azione pubblica e di azionabilità delle pretese del cittadino. Onde si pose sulla strada di ridurre l'atto amministrativo sotto regole che ne rendessero evidenti le componenti e gli effetti». Del resto, Giannini rilevava, citando Otto Mayer, che per quest'ultimo «l'atto amministrativo era la “pronuncia autoritativa di pertinenza dell'amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui dev'essere conforme al diritto”».

²¹ Il punto è colto da F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss., 9.

²² Cfr. O. MAYER, *op. ult. cit.*, 80. È vero, peraltro, che lo Stato di diritto ispirato alle teorie del *Rechtsstaat* non garantiva la subordinazione della legge a una disciplina di grado superiore (la c.d. *higher law*, coincidente con la legge divina o naturale o, a seguito dell'avvento dello Stato

A ogni modo, le implicazioni di tale teorica sul momento di formazione dell'atto amministrativo (cioè sul procedimento) sono state colte solo successivamente, anche a livello di teoria generale del diritto, a opera degli esponenti della Scuola di Vienna e, in particolare da Hans Kelsen e Adolf Merkl. Partendo dall'idea che l'attività giurisdizionale e quella amministrativa consistono entrambe nella applicazione di norme²³ e che, dunque, hanno entrambe una funzione esecutiva²⁴, essi hanno tratto la conclusione che ciò che rileva non è tanto chi eserciti tale funzione (se il giudice o l'amministrazione), ma che le garanzie (in specie, quelle che assistono la funzione giurisdizionale) non si perdano nel momento in cui il potere passa da un organo all'altro dello Stato.

Insomma, se l'attività amministrativa non è logicamente distinguibile da quella giurisdizionale (tanto che il provvedimento amministrativo può essere, come una sentenza, fortemente incisivo delle posizioni individuali), occorre che pure a essa si applichino le regole del giusto processo (*«If the Constitution prescribes that no interference with the property, freedom, or life of the individual may take place except by the “due process of law”, this not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of “due process of law”»*)²⁵.

costituzionale di diritto, con la legge positiva di grado più elevato, ossia con la Costituzione), capace di vincolare la stessa maggioranza politica impedendone derive totalitarie. Sicché, lo Stato di diritto era inteso come «una forma di tutela della libertà individuale, non già nei confronti di qualsiasi interferenza, e specialmente di quelle provenienti dalla maggioranza parlamentare (come nella Rule of Law), ma nei soli confronti della pubblica amministrazione»: su questi profili cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, voce *Libertà (Problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, 4 ss., 11 ss., il quale evidenzia appunto la distanza del modello dello Stato di diritto liberale come inteso nella concezione del *Rechtsstaat* invalsa nella dottrina tedesca preweimariana (e, in qualche misura, pure nella dottrina dell'*État de droit* sviluppatasi in Francia), rispetto alla versione della *Rule of Law* propria del diritto inglese e americano.

²³ A. MERKL, *Das Doppelte Rechtsantlitz*, in *Juristische Blätter*, 1917, 425 ss. e H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Harvard), 1945, 269: «There are not three but two basic functions of the State: creation and application (execution) of Law» e 258: «Insofar as the so called executive and judicial function consists in the creation of individual norms on the basis of general norms and in the final execution of individual norms, the legislative power, on the one hand, and the executive and judicial power, on the other, represent only different stages of the process by which the national legal order – according to its own provision – is created and applied». Come è noto, la Scuola di Vienna ha elaborato la nota teoria dei cd. gradi di produzione del diritto (*Stufenbau*), per cui in ogni ordinamento si procede da norme generali a formazioni sempre più specifiche (ossia, gli atti amministrativi e le sentenze), esecutive delle precedenti, e a loro volta ulteriormente produttive di diritto, con la conseguenza che non vi sarebbe differenza tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa, ma la distinzione avrebbe un mero valore organizzatorio.

²⁴ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 273: «The judicial function is in fact executive in exactly the same sense as the function which is ordinarily described by this world».

²⁵ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 278.

Non solo, ma se la funzione amministrativa e quella giurisdizionale sono strutturalmente unitarie, non sussiste alcuna necessità di immaginare un potere riservato all'amministrazione o al giudice e, di conseguenza, il principio di separazione dei poteri non rinviene una sua giustificazione logica. Sicché, non c'è nulla di sorprendente nel fatto che il giudice possa esercitare un sindacato anche molto penetrante sull'azione amministrativa e, estremizzando, addirittura sostituirsi compiutamente all'amministrazione visto che, di fatto, il potere esercitato è sempre lo stesso.

È quasi superfluo notare la contiguità di questa visione con quella, tipica della CEDU, dell'applicabilità delle garanzie dell'art. 6 anche e innanzitutto al procedimento amministrativo, nonché, successivamente, della capacità della «full jurisdiction» di compensare i limiti di quest'ultima.

Prima di proseguire oltre, vale però ancora la pena sottolineare che le tesi della Scuola di Vienna hanno avuto un importante seguito pure nella dottrina italiana. Non sfugge, infatti, che Feliciano Benvenuti definiva l'autarchia (ossia, la «funzione materiale esecutiva») come la capacità dell'amministrazione di compiere «una continua concretizzazione delle norme giuridiche, costituendo, modificando o estinguendo, mediante l'uso di poteri di impero, posizioni (e quindi rapporti giuridici) degli altri soggetti, onde soddisfare primariamente il proprio interesse»²⁶. L'Autore aveva dunque ben presente la vicinanza (anche se non ne riconosceva la totale identità) di funzioni tra amministrazione e giurisdizione sotto il profilo del loro essere attuazione della legge²⁷. Tanto che, coerentemente, egli ricostruiva la stessa discrezionalità come attività di interpretazione delle leggi da attuare («l'amministrazione agisce sempre in attuazione dei precetti e perciò non ha la capacità di porne di nuovi»)²⁸, piuttosto che come ponderazione e scelta di interessi²⁹. Non è un caso, allora, che sia stata proprio la Scuola di Benvenuti e ivi, in particolare,

²⁶ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 261.

²⁷ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 89: «In questo senso è, allora, esecuzione, ciò che attua concretamente una modificazione nella posizione giuridica di un soggetto secondo una preesistente norma giuridica in senso sostanziale o formale. Sennonché questo concetto di esecutivo ha, ancora, un valore generale perché esso può comprendere sia l'attività di amministrazione che quella di giurisdizione, ed infatti vi furono Autori che tentarono di avvicinare, sotto questo profilo, le due manifestazioni di sovranità». L'espressione «esecutivo» doveva peraltro essere riservata «ai soli poteri e atti che attuano i precetti, mentre la stessa espressione non potrà essere utilizzata per quegli atti che sono attuazione della sanzione e che si chiamano atti giurisdizionali o sentenze».

²⁸ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 195.

²⁹ Secondo la ricostruzione, che ha avuto maggiore fortuna nel nostro ordinamento, di Massimo Severo Giannini: cfr., in particolare, dell'A., il lavoro *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939.

Giorgio Pastori, ad avere proposto per primo, in Italia, una riflessione compiuta sul procedimento amministrativo visto come «*luogo di composizione dialettica e paritaria delle posizioni dei soggetti interessati*»³⁰.

Del resto, se è vero che il riconoscimento della natura intrinsecamente esecutiva delle due funzioni di amministrazione e giurisdizione non conduce necessariamente a una assimilazione del procedimento di formazione dell'atto amministrativo al processo giurisdizionale, è però indubbio che tale sviluppo è certamente facilitato da una visione, quale quella kelseniana (nelle sue linee essenziali condivisa anche da Benvenuti), della sostanziale identità logica (e quindi non necessariamente riconosciuta dall'ordinamento positivo di volta in volta preso in considerazione) tra le due funzioni.

Tornando alla impostazione teorica della Corte di Strasburgo, il suo essere così fortemente tributaria delle teorie della Scuola di Vienna può forse spiegarsi, al di là della indubbia autorevolezza delle tesi in quel contesto sviluppate, anche alla luce di una ragione, per così dire, pratica: infatti, come Kelsen si occupava di quella che lui stesso definiva la «dottrina pura del diritto», allo stesso modo la Corte di Strasburgo doveva prescindere dal diritto (e dalle qualificazioni formali) dei singoli ordinamenti europei e guardare a elementi comuni sui quali fondare una costruzione unitaria che potesse essere “calata” nei vari contesti nazionali. La elaborazione proposta dalla Scuola di Vienna, che più di ogni altra guardava al profilo logico, alla sostanza, alla intrinseca natura dell'ordinamento giuridico, anziché al dato positivo, si prestava, più di ogni altra, a una simile operazione.

A ogni modo, quanto si è sin qui detto dimostra che la giurisprudenza di Strasburgo – quando parla di giusto procedimento come «equo processo», quando configura il sindacato giurisdizionale come «*full jurisdiction*» e l'autorità amministrativa come un «*tribunal*» – riprende in gran parte visioni che, da un lato, erano alla base della nascita stessa del moderno diritto europeo e, dall'altro, sono riconducibili a uno dei più autorevoli orientamenti della teoria generale del diritto di tutti i tempi.

³⁰ Cfr. G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID., *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, ora in ID., *Scritti scelti*, I (1962-1991), Napoli, Jovene, 2010, 81 ss. La citazione nel testo è tratta da G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, 805 ss., ora in G. PASTORI, *Scritti scelti*, I (1962-1991), cit., 361 ss., 364.

4. I procedimenti incidenti su «diritti di carattere civile»: una realizzazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU “distribuita” tra procedimento e processo?

Si è detto che, in linea generale, la regola dettata dalla Corte EDU è quella per cui in caso di carenze della fase procedimentale, il successivo controllo giurisdizionale dovrebbe essere esercitato da un organo dotato di «*full jurisdiction*» e, al contempo, provvisto dei necessari caratteri di indipendenza e di terzietà, in modo da assicurare tutte le garanzie di un contraddittorio effettivo («*Even where an adjudicatory body determining disputes over “civil rights and obligations” does not comply with Article 6 § 1, there is no breach of the Convention if the proceedings before that body are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1*»)³¹.

Tuttavia, specie in materia civile, è emersa talora l'idea che sia altresì possibile una soddisfazione delle garanzie attuata in modo parziale nel procedimento e poi, successivamente, nel processo. Ossia, che l'art. 6 non debba per forza essere compiutamente realizzato nell'una o nell'altra fase, ma possa esserlo anche congiuntamente nel procedimento e nel processo, considerati in modo unitario.

Questo approccio è stato seguito, per es., nella famosa sentenza *Bryan v. the United Kingdom*, riguardante un procedimento urbanistico per abuso edilizio nel quale un ordine di demolizione adottato dall'autorità amministrativa locale era stato successivamente confermato dal commissario del Governo nominato dal *Secretary of State for the Environment* per decidere il ricorso dell'interessato avverso la prima decisione. Ivi, sebbene il commissario governativo non presentasse caratteri di indipendenza dall'esecutivo e, d'altro canto, il successivo controllo giurisdizionale si fosse risolto in un sindacato di mera ragionevolezza (secondo i canoni della *judicial review* inglese), la Corte di Strasburgo ha sostenuto che, comunque, l'art. 6 CEDU non fosse stato violato. Secondo i giudici europei, per valutare la sufficienza del momento giurisdizionale ad attuare la compensazione *ex post*, occorreva infatti avere riguardo all'intero procedimento (amministrativo e giurisdizionale)³². Poiché da un esame di quest'ultimo emer-

³¹ Cfr. Corte eur. dir. dell'uomo, *Grand Chamber*, 28 maggio 2002, caso 35606/97, *Kingsley v. the United Kingdom*, par. 32, riguardante il mancato rinnovo della licenza per lo svolgimento dell'attività al direttore di una società operante nell'ambito del gioco d'azzardo.

³² Corte eur. dir. dell'uomo, *Grand Chamber*, 22 novembre 1995, caso 19178/91, *Bryan v. the United Kingdom*, par. 45: «*in assessing the sufficiency of the review available to Mr Bryan on appeal to the High Court, it is necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against,*

geva, tra l'altro, che, nell'assumere della decisione, il Commissario governativo aveva seguito una «*quasi judicial procedure*», ciò giustificava un successivo sindacato più limitato, ossia di tipo non sostitutivo (quello che noi definiremmo un sindacato estrinseco o di mera legittimità).

Guardando a tale pronuncia, si è sostenuto che la Corte di Strasburgo avrebbe riconosciuto valore al contraddittorio procedimentale anche ove esso non si accompagni a una effettiva indipendenza e terzietà dell'organo decidente e che, dunque, il sistema convenzionale non imporrebbe, quantomeno con riferimento alla materia civile, un rigido modello di procedimento amministrativo improntato alla paritarietà tra accusa e difesa e alla assoluta terzietà dell'organo decidente rispetto alle parti³³.

In realtà, al di là del fatto che costituirebbe un errore metodologico quello di assolutizzare singole pronunce della Corte EDU, occorre considerare che il contraddittorio paritario, ove non assistito anche dalla predisposizione di un organo decidente in posizione, quantomeno, di distanza dalla controversia (se non, addirittura, di assoluta terzietà) appare principio largamente indebolito. Anzi, a voler ragionare rigorosamente, un effettivo contraddittorio paritario non sarebbe nemmeno ipotizzabile laddove manchi il dato strutturale della terzietà del decidente, perché qualunque ragione fatta valere da una delle parti sarebbe poi valutata, ai fini della decisione, dalla controparte. In tale contesto, ove cioè la decisione finale sia assunta da una delle parti della "controversia" (come avviene, tipicamente, nei procedimenti amministrativi nel nostro Paese), solo un sindacato giurisdizionale pienamente sostitutivo potrebbe sanare il vizio originario.

In ogni caso, nella sentenza *Bryan* qui in esame, l'organo decidente, pure se non indipendente dall'esecutivo, presentava però caratteri di terzietà rispetto alle parti in causa, visto che era stato nominato per decidere il ricorso proposto avverso il primo provvedimento di contrasto all'abuso edilizio assunto da una amministrazione locale. Non a caso, il ricorrente non aveva contestato il profilo della terzietà intesa come distanza dell'autorità decidente rispetto alle parti della controversia, ma si era limitato a una generica obiezione quanto alla nomina governativa del commissario e alla astratta possibilità, per il Governo, di rimuovere lo stesso dall'ufficio. Circostanze, queste, non certo direttamente at-

the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.

³³ L'influenza della sentenza *Bryan* sull'ordinamento inglese e la capacità della stessa di legittimare un certo modo di intendere il principio di *fairness* e il contraddittorio procedimentale sono da ultimo sottolineate da A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 164 ss.

tinenti al profilo qui in discussione della equidistanza strutturale, intesa come capacità di decidere in posizione di terzietà.

Del resto, con riferimento alle autorità amministrative, il requisito della piena autonomia e indipendenza dall'esecutivo manca sempre. Ciò non significa, però, che non ci possa invece essere una qualche terzietà dell'organo decidente, quando quest'ultimo (come nel caso *Bryan* e, in genere, nei procedimenti strutturati secondo un modello *quasi-judicial* ossia implicanti una qualche distinzione tra organo istruttorio e organo competente ad adottare la decisione finale) non sia parte diretta della controversia amministrativa. E in tal caso, effettivamente, le garanzie dell'art. 6 CEDU troverebbero una attuazione più compiuta già in sede procedimentale.

Quanto detto può già contribuire a spiegare la disponibilità mostrata dai giudici di Strasburgo nel caso *Bryan* a considerare accettabile, ai fini dell'art. 6 CEDU, il successivo sindacato di *judicial review*. Tuttavia, pure questo ultimo profilo (ossia, quello della limitatezza del sindacato esercitato dalle Corti inglesi), può in qualche misura essere ridimensionato ove si legga con attenzione la motivazione della sentenza: ivi, seppure con qualche ambiguità, si valorizza il fatto che ricorrente non aveva contestato la ricostruzione fattuale compiuta dall'amministrazione ma, semmai, aveva lamentato una non corretta applicazione della legge al caso concreto e, dunque, aveva sollevato censure, in sé, pienamente sindacabili da parte della Corte di *judicial review*³⁴. Sicché, da questo punto di vista, il sindacato giurisdizionale poteva in effetti anche essere ritenuto pieno, se rapportato ai motivi di ricorso fatti valere in concreto.

Ciò conferma, ancora una volta, non solo che la Corte di Strasburgo decide casi specifici e che, dunque, sarebbe quantomeno imprudente trarre principi generali guardando a singole pronunce ma, altresì, che occorre sempre avere presenti le particolarità del caso concreto e le ragioni di doglianza sollevate dai ricorrenti in sede nazionale ed europea prima di trarre conclusioni relative ai profili di violazione dell'art. 6 CEDU ritenuti rilevanti o esclusi in una data sentenza.

Ciò detto, è comunque innegabile che, nella materia civile, la Corte di Strasburgo mostri una maggiore disponibilità ad ammettere soluzioni flessibili, nell'ottica di contemperare le garanzie procedimentali con l'efficienza della

³⁴ Cfr., ancora, Corte eur. dir. dell'uomo, *Bryan v. the United Kingdom*, cit., par. 47: «*In the present case there was no dispute as to the primary facts. Nor was any challenge made at the hearing in the High Court to the factual inferences drawn by the inspector, following the abandonment by the applicant of his objection to the inspector's reasoning under ground (b) (see paragraphs 11 to 13 above). The High Court had jurisdiction to entertain the remaining grounds of the applicant's appeal, and his submissions were adequately dealt with point by point.*».

pubblica amministrazione. Tale atteggiamento può forse essere spiegato anche alla luce del fatto che non opera, in questi casi, il principio della presunzione di innocenza – valevole, invece, per la materia penale (cfr. l'art. 6, par. 2, CEDU) – il quale impone che una pesante sanzione immediatamente esecutiva non possa essere imposta se non a seguito di un «equo processo»³⁵.

In ogni caso, anche il minor rigore che talora emerge nelle sentenze della Corte EDU relative alla materia civile – e il connesso approccio volto a consentire una realizzazione delle garanzie per così dire “distribuita” tra procedimento e processo – affonda ancora le sue radici nell’idea, fondamentale, della indistinzione ontologica tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale e della loro comune sottoposizione alle garanzie dell’art 6 CEDU in quanto viste come procedure dei pubblici poteri che determinano un diritto civile o infliggono una sanzione penale. Questo punto di partenza è molto chiaro nella giurisprudenza di Strasburgo e va tenuto presente laddove si vogliano davvero comprendere gli orientamenti convenzionali senza sovrapporli, tra l’altro, alle categorie e ai problemi propri dell’ordinamento nazionale (ove invece è chiara la essenzialità della distinzione tra funzione amministrativa e giurisdizionale).

5. I limiti dell’approccio compensativo in materia sanzionatoria.

Soffermandoci ora sul problema della compensazione *ex post* in materia di sanzioni amministrative, occorre fare alcune precisazioni perché, anche qui, ove pure la Corte EDU si è mostrata, nel complesso, più coerente rispetto alla materia civile, emergono alcune “sbavature”.

Ci si limita a evidenziarne tre.

Innanzitutto, vi sono garanzie che, strutturalmente, non possono essere compensate.

Si pensi, per tutte, al diritto dell’individuo a essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato di una accusa penale a suo carico (art. 6, par 3, lett. a, CEDU).

In questi casi, in linea di principio, occorrerebbe riconoscere alla proposizione del ricorso giurisdizionale un effetto sospensivo automatico dell’esecutività dei provvedimenti sanzionatori (in modo analogo a quanto avviene in Germania e a quanto, del resto, è già oggi previsto, per es., in materia

³⁵ Trattasi di orientamento espresso chiaramente, per es., con riferimento a sanzioni tributarie: cfr., per es., Corte eur. dir. uomo, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, par. 50, ove si precisa che: «*an enforcement of tax surcharges prior to a court determination of the liability to pay the taxes and surcharges in question should be confined within reasonable limits that strike a fair balance between the interests involved*».

di appalti, dove il cd. *stand still* processuale, impedisce la stipulazione del contratto in caso di proposizione del ricorso giurisdizionale, fintantoché non si arrivi a una decisione, cautelare o di merito, sul ricorso stesso).

In secondo luogo, si è detto che il presupposto per l'operatività del meccanismo della compensazione *ex post* in materia sanzionatoria è che vengano in rilievo «*minor offences*», ossia illeciti meno gravi e sanzionati in modo più lieve.

Occorre però subito sgomberare il campo dall'equivoco che tutte le sanzioni amministrative siano, per definizione, «*minor*» e, dunque, sottratte alle garanzie dell'«equo processo» nel momento procedimentale della loro irrogazione: la Corte di Strasburgo lo ha chiarito fin dal già richiamato caso *Öztürk* del 1984 – ove ragionava di sanzioni amministrative aventi un carattere intrinsecamente penale e tuttavia ammetteva che, all'interno di queste, alcune potessero avere un carattere minore e, dunque, potessero essere compensate *ex post* – e lo ha ribadito varie volte, anche di recente³⁶.

Si tratta, del resto, di conseguenza direttamente discendente dalla natura tra loro alternativa del secondo e del terzo criterio *Engel*, che fanno riferimento, rispettivamente, al carattere punitivo di una sanzione e alla gravità della stessa: in tale contesto, ben può accadere che una sanzione “penale” ai fini CEDU (perché intrinsecamente punitiva) sia poi, in concreto, «*minor*»³⁷ e, dunque, sottratta alla necessità di una applicazione immediata di tutte le garanzie dell'art. 6 fin dalla fase procedimentale.

Eppure, la tesi che nel caso di tutte le sanzioni amministrative possa operare la compensazione *ex post* è stata talora sostenuta, tra l'altro, sulla base delle sentenze Menarini e *Grande Stevens* riguardanti l'Italia.

In effetti, in questi due casi, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, nonostante il procedimento di irrogazione di pesanti sanzioni pecuniarie, rispetti-

³⁶ Cfr., per es. Corte eur. dir. dell'uomo, 10 luglio 2014, caso n. 40820/12, *Marcan v. Croatia*, parr. 33-36: «The Court notes at the outset that minor-offence proceedings concerning road traffic offences fall to be examined under the criminal limb of Article 6 of the Convention (see, for example, *Baischer v. Austria*, no. 32381/96, par. 22, 20 December 2001; *Berdajs v. Slovenia* (dec.), no. 10390/09, 27 March 2012; and *Mesesnel v. Slovenia*, no. 22163/08, par. 28, 28 February 2013). The Court reiterates that while entrusting the prosecution and punishment of minor offences to administrative authorities is not inconsistent with the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against him before a tribunal that offers the guarantees of Article 6 (see, amongst many others, *Lauko v. Slovakia*, 2 September 1998, par. 64, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI)».

³⁷ Cfr., ancora, Corte eur. dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, cit., par. 53, ove si legge: «There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness», in quanto «it would be contrary to the object and purpose of Article 6, which guarantees to “everyone charged with a criminal offence” the right to a court and to a fair trial, if the State were allowed to remove from the scope of this Article a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty».

vamente, dell'Antitrust e della Consob, non fosse stato rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, il successivo controllo giurisdizionale da parte di un organo indipendente e imparziale, dotato di «*full jurisdiction*», potesse compensare i vizi della fase procedimentale.

In realtà, però, quantomeno con riferimento alla pronuncia Menarini, si deve rilevare che l'impresa ricorrente non aveva lamentato i vizi della fase procedimentale di irrogazione della sanzione, ma aveva appuntato le sue doglianze sulla mancanza di un sindacato di «*full jurisdiction*» da parte del giudice amministrativo italiano rispetto alla sanzione irrogata dall'Antitrust. In altri termini, il ricorrente non aveva contestato il procedimento di irrogazione della sanzione e la Corte di Strasburgo, dunque, non poteva certo rilevare d'ufficio vizi non dedotti, visto che anche nella fase giudiziale davanti ai giudici di Strasburgo vale il principio della domanda.

Più perplessi lascia la soluzione del caso *Grande Stevens* perché lì, in effetti, i vizi del procedimento sanzionatorio della Consob erano stati rilevati, anche se, di nuovo, il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo non aveva affrontato il tema della compensabilità *ex post*, in sede giurisdizionale, dei deficit del procedimento sanzionatorio amministrativo, né era stato evidenziato il limite alla compensabilità *ex post* rappresentato dalle *minor offences*³⁸.

In ogni caso, è evidente che se bastasse qualificare come amministrativa una sanzione per sfuggire ai vincoli dell'art. 6 CEDU (sia pure solo nella fase procedimentale), assisteremmo di nuovo a quel fenomeno di “truffa delle etichette” che la Corte di Strasburgo stessa da sempre contrasta, nell'ottica di un approccio sostanzialista e attento alla natura intrinseca delle misure in concreto irrogate. E, d'altra parte, una compensazione *ex post* anche in presenza di offese non «*minor*» contrasterebbe con il già richiamato principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, CEDU, visto che è quantomeno dubbio che, in presenza di misure particolarmente pesanti, la grave afflizione subita dal destinatario possa essere compiutamente sanata *ex post*, in sede processuale.

Venendo al terzo profilo critico relativo al tema della compensazione *ex post*, occorre tenere presente che vi è una linea giurisprudenziale della Corte EDU secondo la quale, in presenza di «*minor offences*» non comportanti un «*significant degree of stigma*», ossia non connesse a un significativo grado di riprovazio-

³⁸ Per un commento e per più ampie riflessioni su tale sentenza sia consentito rinviare a M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 1053 ss., 1066, ove si è, tra l'altro, avanzata l'ipotesi che la Corte di Strasburgo tenda, talora, a modulare le richieste di adattamento degli ordinamenti degli Stati membri alle garanzie dell'art. 6 CEDU in ragione del grado di maturità e di sensibilità da essi mostrata per il tema.

ne sociale, le garanzie di cui all'art. 6 CEDU (o, almeno, alcune di tali garanzie) potrebbero non tanto essere posticipate, ma del tutto e radicalmente bypassate.

Si tratta dell'orientamento inaugurato a partire dal 2001 con la sentenza *Jussila* la quale ha ritenuto che una sanzione tributaria di modesta entità, pari a circa 300,00 Euro, non appartenesse al cd. «*hard core of criminal law*» (ossia, al nocciolo duro del diritto penale) e, dunque, potesse essere inflitta anche a seguito di un procedimento nel quale non vi era stata una udienza pubblica ove controinterrogare l'ispettore fiscale incaricato della conduzione del procedimento sanzionatorio.

In altri termini, secondo questa giurisprudenza, in presenza di una sanzione di carattere “minore” le garanzie dell'art. 6 CEDU non dovrebbero essere assicurate tutte, ma solo quelle strettamente necessarie e funzionali alla difesa dell'incolpato. Vi sarebbero cioè «*criminal charges of different weight*» (di peso diverso) che, in quanto tali, andrebbero trattate diversamente anche sotto il profilo delle garanzie procedurali e processuali³⁹.

Questa giurisprudenza viene spesso valorizzata in sede comunitaria nelle difese della Commissione europea per sostenere che le sanzioni da essa stessa irrogate, pur essendo di natura penale, non apparterrebbero però al “nocciolo duro” della materia penale e, dunque, potrebbero essere inflitte anche in base a un procedimento non rispettoso di tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU purché, poi, tali garanzie siano integrate in sede di successivo sindacato giurisdizionale da parte della Corte europea di Giustizia⁴⁰.

³⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*, cit., par. 43: «Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (*Öztürk*, cited above), prison disciplinary proceedings (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, Series A no. 80), customs law (*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A), competition law (*Société Stenuit v. France*, 27 February 1992, Series A no. 232-A), and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (*Guisset v. France*, no. 33933/96, ECHR 2000-IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see *Bendenoun and Janosevic*, par. 46 and par. 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 par. 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body, and, a contrario, *Findlay*, cited above)».

⁴⁰ Cfr., per es., le Conclusioni dell'Avv. gen. Mengozzi, 17 febbraio 2011, causa C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, punti 31-32, ove si legge: «Come più volte sottolineato dalla Commissione nelle sue memorie, nella sentenza *Jussila*, resa dalla *Grande Chambre*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha confermato quanto in parte già desumibile da alcuni precedenti, vale a dire che, nell'ambito delle procedure che conducono all'applicazione di sanzioni da con-

In questo modo, però, la Commissione europea finisce per prescindere da un giudizio sulla gravità della sanzione dimenticando che, invece, nel caso *Jussila* tale profilo era stato dirimente: il rischio, estremizzando tale discorso, è dunque che si finiscano per considerare escluse dal “nocciolo duro” della materia penale tutte le sanzioni amministrative, a prescindere dalla loro gravità.

Per altro verso, questo modo di ragionare confonde i piani: la sentenza *Jussila* affrontava il tema delle garanzie che dovevano o meno essere accordate, ammettendo che in taluni casi (ossia, in presenza di sanzioni di lieve entità) alcune di esse potessero essere del tutto bypassate, e non si occupava, invece, del momento in cui tali garanzie dovevano essere assicurate (se nel procedimento o nel processo). La flessibilità della sentenza *Jussila* viene invece applicata dalla Corte europea di Giustizia al profilo temporale per affermare che le sanzioni della Commissione possono essere irrogate anche in assenza di alcune delle garanzie dell’«equo processo» purché, poi, queste ultime siano recuperate in sede processuale.

Con il ché, però, si stravolge il senso della compensazione *ex post* la quale presuppone, viceversa, che una data garanzia sia necessaria e, in quanto tale, debba sempre, prima o poi, essere accordata.

Insomma, quel che si vuole dire è che, ove si ritenga che una data garanzia sia necessaria (a prescindere dalla fase nella quale essa venga in concreto accordata), il richiamo alla *Jussila* non è pertinente: il tema delle concrete garanzie che devono essere assicurate in un dato procedimento va infatti tenuto distinto da quello della compensabilità *ex post* che riguarda la fase nella quale tali garanzie devono essere collocate.

6. Conclusioni.

Come si confida sarà emerso, il profilo della compensazione *ex post* è centrale e, però, non privo di profili di perdurante incomprensione e oggettiva incertezza.

siderarsi come penali in base all’art. 6 CEDU, una distinzione può essere tracciata tra le procedure (e sanzioni) che rientrano nel cosiddetto «nocciolo duro» del diritto penale e quelle che invece si collocano al di fuori dello stesso. Al punto 43 di tale sentenza, dopo aver rilevato che l’adozione di una nozione autonoma di «accusa in materia penale» ha determinato una progressiva estensione dell’ambito penale dell’art. 6 CEDU a settori che «non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale», quali appunto le «sanzioni pecuniarie inflitte per violazione del diritto della concorrenza», la Corte europea dei diritti dell’uomo ha affermato che, in tali settori, le garanzie offerte da detto articolo «non devono applicarsi necessariamente in tutto il loro rigore» (...). Coerentemente con quanto precisato al punto 43 della sentenza *Jussila* (...), la concentrazione dei poteri di istruzione, accusa e decisione in capo alla Commissione nel quadro di tali procedure non si pone di per sé in contrasto con l’art. 6 CEDU, a condizione, tuttavia, che le imprese che vi sono assoggettate dispongano di un diritto di ricorso contro la decisione della Commissione dinanzi ad un organo che risponda alle esigenze di tale articolo».

Esso è centrale perché, fin dall'origine, ha segnato la possibilità di estendere l'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo senza però stravolgere i sistemi di diritto amministrativo continentale (e l'idea, in essi accolta, di una distinzione essenziale tra procedimento e processo).

Oggi, tale profilo segna altresì la possibilità di estendere l'art. 6 in via diretta al diritto dell'Unione europea (in particolare, ai procedimenti sanzionatori della Commissione) e dunque offre la possibilità di trovare un – pur come si è visto discutibile – punto di equilibrio tra un *public enforcement* potenzialmente veloce ed efficiente e, d'altra parte, il godimento, pur posticipato, delle garanzie dell'«equo processo».

Del resto, non sembra un caso che pure in sede di diritto europeo si sia privilegiata la strada della compensazione *ex post*⁴¹: anche in quell'ordinamento vi è piena consapevolezza che le garanzie del giusto processo, ove applicate al procedimento, richiederebbero profondi e formali cambiamenti dell'agire amministrativo. Invece, il giudice di «*full jurisdiction*», anche quando (come dovrebbe in effetti accadere) non si limiti ad affermare tale sindacato penetrante, ma lo realizzi davvero, è semplicemente un giudice che supera certe timidezze nel sindacato pieno dei fatti e dei presupposti del potere sulla base di una competenza che, quantomeno in relazione alle sanzioni amministrative, gli è già, peraltro, conferita dall'ordinamento europeo e nazionale (cfr., rispettivamente, l'art. 261 del TFUE che attribuisce alla Corte di Giustizia la possibilità di esercitare una «*competenza giurisdizionale anche di merito*» sulle sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione europea; e l'art. 134, c. 1, lett. c, del Codice del processo amministrativo italiano, a norma del quale il giudice amministrativo esercita giurisdizione con «cognizione estesa al merito» nelle controversie aventi a oggetto le sanzioni amministrative pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla sua cognizione).

Tuttavia, la visione della “continuità” tra procedimento e processo, quando applicata in concreto, non è priva di profili di incertezza: anzitutto, la maggiore flessibilità mostrata dalla Corte EDU con riferimento alla materia civile ha condotto ad affacciare l'idea, non del tutto convincente sul piano logico, per cui il procedimento amministrativo, pure ove manchi la terzietà dell'autorità decidente, consentirebbe un godimento delle garanzie del giusto processo parziale ma pur sempre accettabile in ottica CEDU. In realtà, come si è detto, la terzietà del “giudicante” appare una preconditione per il godimento

⁴¹ Come ben emerge in alcune pronunce recenti: cfr. Corte europea di Giustizia, 8 dicembre 2011, *KME Germany e a. c. Commissione Europea*, cause riunite C-272/09, C-386/10 e C-389/10.

delle ulteriori garanzie dell'art. 6 CEDU, più che una garanzia in se stessa come tale soddisfabile, al limite, solo nella fase giurisdizionale.

In materia penale, invece, andrebbe sicuramente approfondito il rapporto tra presunzione di innocenza e compensazione *ex post*, almeno nella misura in cui la sanzione amministrativa non sia soggetta a un effetto sospensivo automatico a seguito dell'impugnazione giudiziale. Intuitivamente, infatti, una sanzione di misura significativa, inflitta a prescindere dalla instaurazione preventiva di un giusto processo e immediatamente esecutiva, mette in crisi la prima e fondamentale *ratio* del principio di presunzione di innocenza, ossia la garanzia di non subire il *malum* derivante da una sanzione senza essere stati giudicati nell'ambito di un «equo processo».

Infine, occorre avere ben chiaro che sottolineare la prospettiva unitaria del procedimento e del processo e affermare che, dal punto di vista convenzionale, ove le garanzie fossero già compiutamente assicurate in sede procedimentale, una successiva fase giurisdizionale potrebbe, al limite, persino mancare, non significa naturalmente dimenticare l'importanza per l'ordinamento nazionale delle garanzie giurisdizionali e, tra esse, innanzitutto, del principio di necessaria giustiziabilità degli atti amministrativi di cui all'art. 113, c. 1, Cost.

Infatti, le garanzie CEDU si aggiungono e non si sostituiscono a quelle nazionali ed è grazie a una loro virtuosa combinazione, ossia grazie a una prospettiva che sia allo steso tempo sostanziale e formale, che è possibile e doveroso ricercare livelli più avanzati di tutela per i cittadini.

Il principale merito della giurisprudenza di Strasburgo è del resto forse proprio quello di avere imposto di riconsiderare una serie di istituti fondamentali del diritto amministrativo nazionale quali le garanzie procedimentali, le garanzie processuali, i rapporti tra potestà amministrativa e giurisdizionale, la nozione di sanzione amministrativa e di discrezionalità amministrativa, e così via.

Basta dare uno sguardo, anche veloce, alla giurisprudenza nazionale per accorgersi che le pronunce (anche delle giurisdizioni superiori) che fanno riferimento, più o meno direttamente e correttamente, all'insegnamento CEDU, sono oramai numerosissime e potenzialmente idonee ad avviare, sia pure lentamente, un cambiamento del volto del diritto amministrativo come sinora lo abbiamo conosciuto.

MASSIMILIANO BELLAVISTA

Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena

massimiliano.bellavista@unisi.it

IL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI NELLA CONTINUITÀ FRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS IN THE CONTINUITY BETWEEN PROCEDURE AND PROCESS

SINTESI

L'argomento principale che è stato usato per negare la continuità fra procedimento e processo deriva dal principio di separazione dei poteri. Da questo principio in realtà, se correttamente inteso, non è possibile trarre tali conclusioni. La distinzione fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale sta solo nel diverso ruolo che le stesse hanno nel disegno organizzativo dei poteri derivante dalla costituzione. La prima, infatti, è indirizzata al futuro ovvero a costituire quel regolamento di interessi per la cura non solo dell'interesse pubblico concreto, ma pure degli interessi delle persone coinvolte; mentre la seconda è volta al passato ossia a dirimere una lite fra la pubblica amministrazione e la persona, poiché il regolamento di interessi, del quale si è detto, non si è formato correttamente. Per rendersi conto di ciò, è sufficiente volgere lo sguardo ad altri ordinamenti giuridici (ad esempio lo statunitense, l'austriaco, quelli dei paesi di lingua spagnola ecc.) dove la continuità fra procedimento e processo è pacifica ed è ritenuta in armonia che il principio in questione. Tale continuità si articola sia sul piano formale sia su quello sostanziale. Su quello formale, essa è data dall'adozione di modelli processuali, fondati sul contraddittorio, anche per la decisione amministrativa; pur con le dovute differenze, derivanti dalla diversa natura delle due funzioni. Su quello sostanziale, essa è data dall'apertura della cognizione del giudice all'intero processo formativo del regolamento di interessi sostanziale (ovviamente nei limiti delle domande delle parti). La continuità formale garantisce che, pure nella funzione amministrativa, la persona goda delle garanzie proprie di quella giurisdizionale; da sola essa, però, non è in grado di offrire dei livelli di protezione sufficienti alla persona che entra in contatto con la p.a. D'altro canto, la continuità sul piano sostanziale è assicurabile solo a mezzo di quella formale. Sicché, dalla presenza di ambedue è possibile salvaguardare tutti gli interessi, che danno contenuto ai diritti inviolabili della persona, sia nella fisiologia (ossia nella funzione amministrativa) sia nella patologia (ovvero nella funzione giurisdizionale). Su questo doppio piano si gioca

l'effettività dei diritti inviolabili; questo sembra essere il contenuto ed il compito della *full jurisdiction*.

ABSTRACT

The main argument that has been used to deny the continuity between administrative procedure and process derives from the principle of separation of powers. From this principle indeed, if correctly understood, it isn't possible to reach these conclusions. The distinction between administrative function and jurisdictional function is found only in the different role that they have in the organizational design of the powers deriving from the constitution. The administrative function, in fact, is aimed at the future, that is to constitute that regulation of interests for the care not only of the concrete public interest, but also of the interests of the people involved; while the jurisdictional function is aimed at the past since it gives rise to a dispute between the public administration and the person, since the regulation of interests, of which we have said, has not formed correctly. To realize this, it is sufficient to look at other legal systems (for example, the US, the Austrian, those of the Spanish-speaking countries, etc.) where the continuity between the process and the procedure is peaceful and is considered harmony that the principle in question. This continuity is articulated both on the formal and on the substantive level. On the formal one, it is given by the adoption of procedural models, based on the contradictory, also for the administrative decision; even with the due differences, deriving from the different nature of the two functions. On the substantive level, it is given by the opening of the judge's knowledge to the whole formative process of the regulation of substantial interests (obviously within the limits of the questions of the parties). Formal continuity ensures that, even in the administrative function, the person benefits from the guarantees of the jurisdictional one; however, it is not able to offer sufficient levels of protection to the person who comes into contact with the public administration. On the other hand, continuity on the substantive level can only be ensured through the formal one. Therefore, from the necessary presence of both, it is possible to safeguard all interests, which give content to the inviolable rights of the person, both in physiology (that is in the administrative function) and in pathology (that is in the jurisdictional function). On this double plane the effectiveness of inviolable rights is played and this seems to be the content and the task of full jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: Separazione dei poteri, continuità formale, continuità sostanziale, pretese, decisione amministrativa.

KEYWORDS: Separation of powers, formal continuity, substantive continuity, pretensions, administrative decision.

INDICE: 1. Premessa – 2. Il principio di separazione dei poteri – 3. Procedimento e processo – 4. (Segue) Caratteri comuni e caratteri differenzianti – 5. Il diritto come pretesa: le utilità che la persona viandante si aspetta dal procedimento e dal processo – 6. La struttura delle pretese – 7. *Full Jurisdiction* come presidio della continuità fra procedimento e processo – 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Per molto tempo la dottrina (ed in parte la giurisprudenza) italiana, a differenza di quella di altri paesi (come l'Austria, l'Inghilterra e la Spagna)¹, si è interrogata, prima, sull'esistenza e, poi, sul contenuto del procedimento amministrativo.

La questione non era, certo, un mero esercizio di capacità accademiche, giacché molte erano le implicazioni sia con riguardo alla conformazione dell'attività amministrativa, sia con riferimento (oggi diremmo) alle tecniche di tutela sostanziali dei diritti e degli interessi della persona *viandante* che entrava in contatto con i pubblici poteri.

Non è questo il luogo per ripercorrere tali percorsi storici², ma qui serve solo precisare che l'ambiente culturale italiano, per gran parte del secolo scorso, non era certo favorevole alla teorizzazione ed alla costruzione del procedimento amministrativo; difatti, il *grande stile*³ delle imponenti opere del tecnicismo giuridico, sulla spinta della dottrina germanica, aveva come tema lo studio degli atti amministrativi piuttosto che delle procedure⁴.

Tutto ciò, però, non solo ebbe un effetto negativo sugli studi, determinando un notevole ritardo della scienza italiana rispetto a quella straniera (in

¹ Prima di tutto, si deve fare riferimento alla classica opera di F. TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, Manz, 1896. Si veda, in proposito, la notazione sull'appartenenza della teoria del procedimento (e la sua processualizzazione) alla *Kulturstaat* moderna di H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. LUTHER e E. DALY, Milano, Giuffrè, 2013, p. 539. Cfr. pure R. WALTER, R. THIENEL, *Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 2004; K. RINGHOFER, *Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 1978. Sul versante della dottrina inglese si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, tenth edition, Oxford, Oxford Univ. Press, 2009, p. 402 ss.; J. BEATSON, M. MATTHEWS, M. ELLIOT, *Administrative Law*, fourth edition, Oxford, Oxford Univ. Press, 2010, p. 342 ss. Con riguardo alla dottrina nordamericana, si veda K. WERHAN, *Principles of Administrative Law*, St. Paul, Thomson/West, 2008, p. 158 ss. Sul versante spagnolo, cfr. D. J. VERA JURADO, *Questiones generales del procedimiento administrativo*, in *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del sector público*, diretto da EDUARDO GAMERO CASADO, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 1273 ss.

² Sul punto ci si permette il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo, parte I: Contenuto e struttura*, Padova, Cedam, 2012, p. 7 ss. e bibliografia ivi citata.

³ Con il sintagma *grande stile* non si intende il migliore stile, ma quello che permette di conferire ad un insieme di conoscenze, ad una trama narrativa, unità di tono ed essenzialità. Sul punto cfr. C. MAGRIS, *L'anello di Clarisse*, Torino, Einaudi, 1999, p. 13.

⁴ Per rendersi conto di ciò, è sufficiente fare riferimento alle osservazioni in proposito fatte da Giovanni Miele: «Ma l'occasione è buona per prospettare alcuni rilievi intorno a un concetto, di cui non sono bene stabiliti in dottrina il contenuto e i limiti, né con esattezza specificati i relativi principi; di cui è dubbio perfino se si tratti di un vero e proprio istituto giuridico o se l'accezione vada presa in un significato meramente empirico», cfr. G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 119.

special modo con riferimento a quella austriaca), ma soprattutto lo ebbe sul piano della fatticità del diritto amministrativo.

Infatti, sul piano sostanziale permaneva lo stato di insoddisfazione per il perdurare della carenza di tutela delle situazioni soggettive coinvolte od investite dall'attività amministrativa.

La carenza di tutela sul piano sostanziale avrebbe, anche, potuto essere giustificata ed accettata a condizione che l'ordinamento avesse contemplato un efficace sistema di tutele giurisdizionali, in caso di inutile (e, quindi, di illegittimo) sacrificio delle pretese della persona viandante che, suo malgrado, aveva avuto la ventura di imbattersi con il pubblico potere.

Con altro modo di dire, l'asimmetria di tutela fra amministrazione e giurisdizione poteva essere giustificata solo nell'ipotesi, mai avverata, di un recupero di tutela, appunto, in ambito giurisdizionale.

Ma ciò non fu ed in definitiva non era possibile, atteso che la carenza di tutela sostanziale condizionava, in maniera inequivocabilmente negativa, le possibilità della giurisdizione.

Tutto ciò per la ragione che la centralità dell'atto amministrativo (inteso da taluni come manifestazione della sovranità)⁵, a discapito dell'attività e del procedimento, impediva l'accesso al fatto da parte del giudice di legittimità.

Per molto tempo, si è intesa e si è difesa tale limitazione come se fosse la logica implicazione dell'ordinamento costituzionale vigente.

La parola, per così dire magica, che evocava siffatto sistema era *legittimità*: l'atto amministrativo si presumeva legittimo (salvo, poi, accorgersi che suddetta presunzione era tutt'altro che conforme all'ordito costituzionale), gl'interessi erano legittimi in rapporto di conformazione con l'interesse pubblico astratto ed il sindacato del giudice era di legittimità (salvo che nella giurisdizione di merito). In maniera tale da tenere separata l'amministrazione dal consorzio sociale e, di conseguenza, dal suo elemento costitutivo, ossia dalla persona.

Ma alla persona che, una volta entrata in contatto con il soggetto pubblico, si lamentava del cattivo esercizio del potere poco importava di tutto ciò; giacché la sua pretesa non era volta a far affermare il formale rispetto della legge, ma ad ottenere da parte della giurisdizione la protezione del proprio bene della vita che riteneva ingiustamente sacrificato.

Con altro modo di dire, ciò che ha sempre connotato l'oggetto della domanda processuale del viandante insoddisfatto, oltre le formalità di rito, è la

⁵ Sul punto si veda F. LEVI, (voce) *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 132.

concretezza del fatto e non l'astrattezza delle forme; il fatto, però, sul piano sostanziale, in assenza di procedimento, era di esclusiva cognizione della p.a., mentre sul piano processuale al giudice era precluso accedervi grazie allo sbaramento dato dall'opacità dell'atto amministrativo.

Dagli anni cinquanta in poi del secolo scorso, si avviò un periodo di revisione negli studi del diritto amministrativo; infatti, da un lato, si incominciò a prendere in seria considerazione il fenomeno del procedimento e, dall'altro lato, si iniziò a recuperare spazi di tutela attraverso la completa rilettura dell'eccesso di potere⁶.

Il panorama normativo e culturale, oggi rispetto ad allora, è completamente mutato e ciò è avvenuto grazie al movimento innescato, proprio in quegli anni, da una parte della dottrina che ha, alla lunga, determinato l'attuale quadro normativo (grazie alle riforme degli anni novanta del secolo scorso e di quelle di inizio dell'attuale, sino al c.p.a.) ed alla completa rivisitazione del concetto di interesse legittimo⁷.

Sicché, la centralità del procedimento, come luogo di incontro e scontro fra gli interessi in gioco (in forza della l. 7 agosto 1990, n. 241), e l'accesso del fatto nella cognizione del giudice amministrativo (grazie al principio di concentrazione delle tutele, disposto dall'art. 7, co. 7, c.p.a.) risulta essere di difficile discutibilità. Nondimeno, rimane sullo sfondo la relazione fra procedimento e processo, con particolare riguardo al rapporto fra le pertinenti tutele.

Il tema non sembra essere di poco conto dal momento che l'effettività delle tutele sostanziali dipendono dalla quantità e dalla qualità della cognizione del giudice amministrativo sulla procedura amministrativa; d'altro canto, l'effettività della tutela giurisdizionale discende dalla reale cognizione del giudice stesso sulla fattispecie, per come essa è stata trattata nella procedura amministrativa e non solo come contenuto della decisione amministrativa.

⁶ In realtà la costruzione concettuale del procedimento amministrativo avvenne un decennio prima, grazie alla possente opera di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), rist., Milano, Giuffrè, 1958. Sulla teoria della funzione e sull'eccesso di potere, cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, p. 1 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 118 ss. Per una recente lettura dell'opera del maestro veneziano, cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99 ss.

⁷ Sul punto, anche per l'evoluzione storica del concetto, si veda per tutti F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Torino, Giappichelli, 2017. Il concetto di interesse legittimo è stato, però, completamente e fruttuosamente rivisitato (con un approccio in chiave comparata) dalla dottrina spagnola, cfr. L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

2. Il principio della separazione dei poteri.

È fuori dubbio che una lettura formalistica e rigida del principio della separazione dei poteri⁸ (o delle funzioni)⁹ abbia determinato una forma di pre-comprensione tale da portare, talune volte, alla negazione, da un lato, della sindacato giurisdizionale *tout court* sull'attività amministrativa¹⁰ e, dall'altro lato, dell'esistenza di una reale attività valutativa dell'amministrazione nell'applicazione della legge¹¹; ma al di là di tali estremizzazioni¹², anche nelle letture meno formalistiche, una certa mitologia che si è creata attorno a tale principio ha indubbiamente fatto segnare il passo all'analisi dei nessi fra giurisdizione e amministrazione¹³.

In realtà, il tema così è mal posto, poiché il principio montesquiviano è uno dei criteri di organizzazione delle funzioni pubbliche che interagisce con altri principi, come quello costituzionale di sovranità del consorzio sociale, o con i sistemi di contrappesi costituzionali.

In questo senso, esso può essere preso a pretesto per negare ogni nesso fra giurisdizione ed amministrazione; ma, allo stesso tempo, il medesimo può

⁸ Sul punto cfr. G. GOTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 61 ss.

⁹ Sul principio, la bibliografia è sterminata, fra le altre si segnalano le seguenti opere H. KELSEN, *Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Arch. für Rechts und Wirtschaftphilos.*, 1923 – 1924, p. 374 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1965, p. 48 ss.; G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 673 ss. Per un singolare spunto critico rispetto alla teoria montesquiviana, si veda L. PEREGO, *La dinamica della giustizia*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 331 s.

¹⁰ È nota la polemica di Toqueville avverso Macarel (contro la pretesa insindacabilità, da parte del giudice, dell'attività amministrativa) che sfociò nella relazione tenuta, nell'anno 1846, presso l'Accademia di scienze morali e politiche. Cfr. A. DE TOQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata: «Corso di diritto amministrativo»*, in *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, vol. I, Torino, Utet, 1968, p. 234 ss.

¹¹ Cfr. il saggio critico di F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. It.*, 1895, p. 83 ss.

¹² Proprio in reazione alle concezioni formalistiche del principio della separazione dei poteri, si è affermato che, più che rincorrere la separazione, si dovrebbe disegnare un armonico equilibrio fra i poteri o le funzioni dello stato, sul punto N. MATTEUCCI, *Lo stato moderno*, Bologna, Il mulino, 1993, p. 157 ss.; R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, p. 166 ss. Sulla funzione amministrative nell'ottica della separazione dei poteri, cfr. G. MARONGIU, (voce) *Funzione. II) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss. Per una lettura discorsiva del principio, cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992, trad. it., *Fatti e norme*, Milano, Guerini e associati, 1996, p. 207 s.

¹³ Sebbene il principio di separazione delle funzioni non postuli la negazione dei nessi essenziali fra amministrazione e giurisdizione ossia fra procedimento e processo, come è stato riaffermato di recente. Sul punto si veda F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 31 ss.

essere preso in considerazione, pure, per ottenere il risultato opposto.

Sicché, il tema deve essere declinato in maniera diversa, ovvero lasciando sullo sfondo il principio, per verificare il contenuto e la struttura della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale.

È fuori dubbio che le due funzioni abbiano caratteri differenziali, ma ciò non significa che gli stessi siano incomunicabili.

La loro pretesa assoluta separazione non trova ragione nell'ordinamento giuridico, ma essa affonda le radici nei motivi che hanno portato alla creazione del diritto amministrativo moderno.

Per rendersi conto di ciò, sembra sufficiente fare riferimento ad un'incursione operata sul tema da parte della dottrina processualcivilistica, nella prima parte del secolo scorso¹⁴.

L'Autore ricava la distinzione concettuale ragionando, prima di tutto, sul contenuto delle corrispondenti funzioni in ragione degli interessi dello stato dalle stesse tutelati.

In questo senso, sia l'amministrazione sia la giurisdizione hanno la funzione di attuare il diritto obbiettivo, ma tale notazione non è sufficiente ad individuare il contenuto dei due concetti; difatti, esso è individuato nelle differenti modalità di attuazione, appunto, del diritto oggettivo.

Con l'amministrazione, lo stato si muove in vista dell'utilità sociale e non di quella individuale, la quale tutt'al più può trovare guarentigia in via indiretta¹⁵; con la giurisdizione, invece, lo stato si muove in vista dell'utilità individuale delle parti, nel concedere alle stesse lo strumento giuridico per dirimere un conflitto di interessi.

Su questa linea, nell'amministrazione lo stato ha un interesse diretto all'attuazione del diritto obbiettivo, giacché esso è cogente; mentre nella giurisdizione, lo stesso ha un interesse mediato, perché il diritto oggettivo non è cogente, ma è dispositivo (e quindi necessità dell'iniziativa di almeno una delle parti)¹⁶.

Il tema qui è declinato (pur con la perfezione geometrica del tecnicismo giuridico) in chiave evidentemente autoritaria; si potrebbe essere tentati di affermare che l'opera (vista la data di pubblicazione: il 1926) sia in ordine con lo spirito del tempo. Ma, se lo si facesse, sarebbe un errore, non solo per la storia personale dell'autore (processualcivilista allievo di Calamandrei ed alieno dal

¹⁴ Cfr. A. RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Roma, Athenaeum, 1926.

¹⁵ Cfr. A. RASELLI, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁶ Cfr. A. RASELLI, *Op. cit.*, p. 18.

potere e dall'ideologia fascista), ma proprio per il contenuto della tesi stessa¹⁷.

Infatti, essa è pur sempre fedele al principio della separazione dei poteri (come portato dello stato di diritto); se è vero che fra stato di diritto e stato totale vi è una differenziazione nell'allocazione quantitativa del potere piuttosto che una distinzione qualitativa (con riguardo al potere pubblico)¹⁸, è altrettanto corrispondente a realtà che la forza delle istituzioni dello stato di diritto in Italia, se non furono in grado di evitare la deriva, riuscirono quanto a porvi un freno.

A differenza di ciò che avvenne al tempo in Germania, da noi si arrivò, certamente, allo stato totale, ma mai a quello totalitario.

Non è questo il luogo per un approccio non approssimativo sulla questione, ma ai fini del discorso che si va facendo è sufficiente ricordare che una parte del merito di ciò lo si deve alla dottrina; la quale rimanendo fedele al metodo (che si era formato negli ultimi decenni del secolo precedente) pose più di un ostacolo all'ingresso delle teorie totalitarie. Con altro modo di dire, se è vero che l'*ethos* dello stato legislativo arretrò di fronte al *pathos* dello stato amministrativo¹⁹, è pure vero che l'ideologia sottesa a quest'ultimo non pervase interamente l'organizzazione pubblica e, con essa, quella del consorzio sociale (che riuscì a non snaturarsi del tutto).

In questo senso, pure gli intellettuali, anche oltre il margine giuridico, vicini al regime (salvo rare eccezioni di personaggi di minore rilievo) raramente ebbero atteggiamenti radicali; si pensi al costituzionalista Carlo Alberto Biggini²⁰ oppure al filosofo Giovanni Gentile²¹.

La fallacia, quindi, dell'incursione teorica di Alessandro Raselli non è dovuta al periodo ed all'ambiente politico culturale in cui essa nacque, ma è data dalla comune lettura che al principio della separazione dei poteri (e di quello della distinzione fra amministrazione e giurisdizione, come sua implicazione

¹⁷ In senso contrario si veda L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, p. 61 s.

¹⁸ Sul punto ci si permette il rimando a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, p. 69 ss.

¹⁹ Cfr. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in G. PECORA (a cura di), *Potere politico e legittimità*, Milano, SugarCo Edizioni, 1987, p. 151 s.

²⁰ Cfr. C.A. BIGGINI, *Dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti grafiche Pagini Mariotti, 1943.

²¹ Il padre dell'attualismo nel suo saggio del 1943, dal titolo *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, quando affronta il tema della contrapposizione fra democrazia e stato autoritario, pur riferendosi nominalmente al modello totalitario di organizzazione statale (e non alla forma più addomesticata di quello totale), di fatto gli sbarra la strada, facendo salva in qualche guisa la figura ed il ruolo dell'individuo (*rectius* della persona). Sul punto G. GENTILE, *L'attualismo*, Milano, Bompiani, 2014, p. 1361 ss.

logico – giuridica) fu propria dei cultori del tecnicismo giuridico²², la quale era pur sempre autoritaria.

In realtà, la funzione amministrativa, nella procedura amministrativa, implica la tutela degli interessi in gioco in guisa imparziale, ossia alla stessa maniera nel momento in cui si forma la c.d. *compossibilità*; solo successivamente, nella definizione del regolamento d'interessi finale (che identifica la cura dell'interesse pubblico concreto), con il passaggio dalla *compossibilità* alla *decisione* approda alla differenziazione degli stessi²³.

Lo schema è lo stesso della giurisdizione, la differenza sta nella discordante qualità che si ha nel dialogo fra i vari interessi in gioco: nella giurisdizione vi è una lite fra parti; nell'amministrazione no, per quanto vi possa essere in un procedimento concorrenza od antagonismo fra i vari interessi pertinenti alla fattispecie.

Amministrare significa dare seguito concreto all'equilibrio disegnato in maniera astratta dall'ordinamento giuridico; giudicare, invece, equivale al ristabilimento di quell'equilibrio turbato in concreto dall'amministrazione con una decisione illegittima.

La conferma di quanto si va dicendo si ritrova nel diritto positivo e, in particolare nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248 All. E).

Gli articoli 2 e 3 della medesima disciplinano in maniera semplice e precisa la distinzione fra giurisdizione e amministrazione; dalla lettura delle due norme, si ricava l'ambito dell'amministrazione per esclusione rispetto a quello di giurisdizione. Infatti, l'espressione iniziale della norma contenuta nell'art. 3 (*Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative*), il cui valore precettivo è indiscutibile, indica in maniera chiara che è oggetto dell'attività amministrativa tutto ciò che non è riservato a quella giurisdizionale.

E cosa è riservato alla giurisdizione? Semplicemente la risoluzione di una lite fra l'amministrazione e la persona.

Quindi, il criterio della lite è l'unico idoneo per individuare con sicurezza ciò che è amministrazione e ciò che è giurisdizione.

A tale lettura, possono essere fatte due obiezioni: la prima attiene al fatto che l'art. 2 dell'All. E della L. 2248/1865 disciplina l'ambito della giurisdi-

²² Sul metodo, e sull'ideologia ad esso sottesa, propria del tecnicismo giuridico, si perdoni l'ulteriore rimando a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, cit. p. 55 ss.

²³ Sul concetto di *compossibilità* nella determinazione e sul rapporto fra questo e quello di decisione si rimanda a M. BELLAVISTA, *Determinazione, decisione, procedura*, in *PA persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 45 ss. In questo senso, pure con approccio divergente, si veda P. FORTE, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo*, in *PA persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 98 ss.

zione ordinaria e non di quella amministrativa; la seconda concerne il fatto che in alcuni casi, non irrilevanti, l'oggetto del procedimento amministrativo è, proprio, una lite.

A ben vedere, ambedue le obiezioni sono facilmente superabili.

Con riguardo alla prima, è fuori dubbio che quello sia il contenuto pre-cettivo dell'art. 3 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, ma lo è oggi e non lo era nel 1865; a quel tempo la norma in questione non disciplinava una giurisdizione, ma la giurisdizione in caso di lite fra amministrazione e cittadini.

Con riguardo alla seconda, è vero che i procedimenti di giustizia amministrativa hanno per oggetto una lite, ma essi sono procedimenti di secondo grado finalizzati al sindacato su una decisione amministrativa presa; in questo caso la p.a. non amministra, ma giudica (e lo fa, pure, quando ha il potere di riformare nel merito il provvedimento impugnato, nel caso del ricorso gerarchico).

Quindi, ciò che conta per definire la distinzione fra amministrazione e giurisdizione è la comparazione fra l'attività di primo grado della prima e quella della seconda: in questo senso, ci si rende conto che la prima guarda tendenzialmente al futuro, perché è suo compito costituire il regolamento di interessi per la cura dell'interesse pubblico concreto; mentre la seconda guarda tendenzialmente al passato, dal momento che la sua missione postula la risoluzione di una controversia.

Una volta definita in siffatta guisa la linea di confine fra i due settori dell'esperienza giuridica, ci si rende conto che essa non offre alcun argomento per negare l'adozione di modelli processuali per la decisione amministrativa; tanto è vero che, da un lato, l'art. 3 della ricordata legge contiene la disciplina dei principi sul procedimento amministrativo e, dall'altro lato, tali principi modellano la trattazione nel procedimento sulla falsariga del contraddittorio e dove vi è contraddittorio il procedimento diventa rito (sulla traccia del processo), mentre dove questo è assente il procedimento acquisisce una connotazione inquisitoria²⁴.

3. Procedimento e processo.

La circostanza che procedimento e processo possano essere assimilati, pure, dal punto di vista linguistico, significa che i due modelli di decisione, pos-

²⁴ Sul punto si rimanda ad E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; E. FAZZALARI, *La dottrina processualciviltistica italiana: dall'azione al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 919 ss.

sono in taluni casi avere dei caratteri comuni, ma ciò non significa che essi siano completamente assimilabili²⁵.

Prima di tutto, procedimento e processo possono essere posti sullo stesso piano, a condizione che il primo sia conformato al principio del contraddittorio; in caso di assenza di contraddittorio, invece, nessun apparentamento è possibile fra i due.

L'assenza di contraddittorio si può avere per ragioni attinenti ad un certo ordinamento giuridico, perché conformato a principi autoritari, oppure essa può essere una delle possibili forme del procedimento amministrativo.

Ogni ordinamento, democratico e liberale, contempla, infatti, pure la possibilità che si verifichi il caso di procedimenti in assenza di contraddittorio; ciò non dipende dalla struttura del procedimento, ma discende dalla fenomenologia dello stesso: le procedure amministrative possono essere avviate o su domanda di parte oppure d'ufficio; nel primo caso, in presenza della parte interessata, il contraddittorio sussiste sempre; nel secondo caso non è detto, giacché a fronte dell'iniziativa dell'amministrazione, la parte interessata (ossia il destinatario del provvedimento oppure il controinteressato) è libero di scegliere come meglio curare l'interesse oppositivo di cui è portatore e, quindi, decidere se costituirsi (ovvero partecipare) oppure no.

Sicché, nel caso di assenza di partecipazione procedimentale, l'amministrazione deve comunque procedere in maniera unilaterale ossia in guisa inquisitoria.

Ne consegue che se la giurisdizione, nel nostro ordinamento, si attua solo ed esclusivamente mediante il giusto processo (art. 111 cost.) conformato al principio del contraddittorio, la stessa cosa non può dirsi per l'amministrazione, la quale si attua solo tendenzialmente mediante il principio del giusto procedimento.

Si tratta, a questo punto, di appurare se i sintagmi *giusto processo* e *giusto procedimento* abbiano lo stesso significato.

Prima di tutto, però, è necessario chiarire l'accezione del lemma *giusto* in relazione ai lemmi procedimento e processo. Normalmente il primo lo si riferisce (come si è visto) al contraddittorio (in concordanza al testo dell'art. 111 cost.), ma tale apparentamento potrebbe non essere così scontato.

L'aggettivo giusto rimanda al significato che qualcosa è conforme a giu-

²⁵ A tal proposito si rimanda a L.R. CARRANZA TORRES, *El procedimiento administrativo nacional*, Buenos Aires, Legis, 2008, p. 31 ss.

stizia²⁶; questo qualcosa riferito ad una procedura (indifferente che si tratti di procedimento o di processo) è un'attività giuridica.

Questa attività è costituita da una trattazione (ossia dal modo in cui essa condotta) e da una decisione (ovvero da come essa è conclusa); da ciò consegue che il lemma giusto potrebbe essere ascrivito all'una od all'altra oppure ad ambedue.

Non a caso, in teoria generale, si è soliti distinguere i procedimenti (si usa il lemma in questo caso in un'accezione atecnica) a giustizia procedurale pura, perfetta ed imperfetta²⁷.

La prima forma implica che al rispetto delle regole procedurali consegua sempre un risultato giusto; quindi in questo caso l'aggettivo giusto è riferito tanto all'attività quanto decisione. È oltremodo rara l'esistenza di procedure giuridiche conformate a criteri di giustizia pura, giacché alla astratta e potenziale non fallibilità della procedura si oppone la concreta fallibilità di chi le conduce ossia dell'uomo²⁸.

Si può ipotizzare che un procedimento di certazione oppure quello attraverso il quale lo studente universitario si iscrive agli esami siano a giustizia pura; dal momento che dati i presupposti (ad esempio, per questo, essere in pari con il pagamento delle tasse universitarie, essere iscritto all'anno di corso per quel determinato esame ed avere rispettato le propedeuticità) il risultato è sempre giusto. Ma in realtà nell'uno e nell'altro caso non si è in presenza di vere procedure (giacché né c'è trattazione, né c'è decisione), perché esse non sono assistite da alcun tipo di valutazione (neppure discrezionale in senso tecnico), ma solo da attività di accertamento che, oramai, sono condotte tramite sistemi informatici (la presenza umana è limitata alla rettifica di errori, sempre possibili, del sistema).

La seconda forma comporta che il lemma giustizia sia apparentato alla decisione; la qual cosa significa che, per ottenere ciò la struttura del procedimento deve essere conformata al raggiungimento del risultato; ovvero che trattazione non può essere assistita da troppe garanzie per la parti, se queste si frappongono al raggiungimento del risultato finale.

La terza forma sottende che l'aggettivo in questione sia ascrivito alla trat-

²⁶ Sul concetto di giustizia la bibliografia è sterminata, qui ci si limita a rimandare a M. ASCOLI, *La giustizia. Saggio di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1930; e, con un approccio diverso, ad H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?*, Macerata, Quodlibet, 2015.

²⁷ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, p. 84 ss.; J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1996, p. 202 ss.

²⁸ Cfr. B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 111.

tazione, il ch  presuppone che essa sia sostenuta da tutte le garanzie possibili affinch  le parti possano essere poste in condizione di poter efficacemente far valere le proprie ragioni.

Se si esclude la prima (per le ragioni poste in evidenza), la seconda forma, che si ritiene ripiegata sull'efficienza, si contrappone alla terza, permeata dalle garanzie; tale opposizione, per ,   frutto di una finzione²⁹; tenuto conto del fatto che garanzia ed efficienza non sono termini fra di loro comparabili.

Infatti, garanzia significa protezione o difesa, mentre il lemma efficienza³⁰ implica un giudizio di adeguatezza di uno strumento rispetto alla sua funzione (o di una persona al suo compito). Quello dell'efficienza  , pertanto, un parametro di giudizio, in s  assolutamente neutrale, e che assume un determinato contenuto in ragione dell'oggetto di giudizio di volta in volta dato.

In questo senso, esso pu  essere riferito alla mera decisione amministrativa (considerata come separata dal resto del procedimento) ed allora il peso delle garanzie nella trattazione, pu  determinare un giudizio negativo sul punto. Ma lo stesso pu , pure, essere ascritto alla trattazione, in generale, ed alle garanzie, in particolare; allora il risultato   all'opposto di quello sulla decisione *tout court*.

Con altro modo di dire, l'enunciato che acquisisce significato grazie al lemma efficienza ha natura *constativa*, dal momento che esso implica la descrizione di un fatto in termini di vero/falso³¹.

Invero, l'enunciato *le garanzie, proprie della trattazione nel procedimento amministrativo, offrono protezione adeguata alle parti interessate* significa un giudizio di vero/falso sull'efficienza delle stesse; il quale, per , presuppone un'ulteriore giudizio, con riguardo tanto all'esistenza di tali garanzie quanto allo loro completa attuazione.

In questa ipotesi, pertanto, il giudizio di adeguatezza di uno strumento rispetto alla sua funzione (efficienza)   inscindibilmente legato a quello di effettivit  o meglio di fatticit ³² dello stesso. Con altro modo di dire, non   pratica-

²⁹ Sulla teoria delle finzioni si veda la nota opera di Hans Vaihinger del 1911 oggi ripubblicata in lingua originale, Cfr. H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, Paderbon, Salzwasser, 2013 nonch  F. TODESCAN, *Diritto e realt . Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, Cedam, 1979.

³⁰ Sull'efficienza in senso giuridico, nel margine del diritto amministrativo, si vada D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, Wolters Kluwer – Cedam, 2018.

³¹ Sulla distinzione fra enunciati constativi ed enunciati performativi, cfr. J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962. Gli enunciati performativi sono sottoposti a condizioni di *riuscita* (io sto compiendo un'azione nella maniera in cui deve esserlo), mentre quello *constativo*, che descrive uno stato di cose,   sottoposto a condizione di verit .

³² Sull'autentico significato dei lemmi *effettivit * e *fatticit *, si rimanda a M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer, 2001,   29.

bile il giudizio di efficienza di uno strumento giuridico, se esso è solo immaginato o desiderato (ossia se lo stesso è *de iure condendo*), oppure se il medesimo è disciplinato, ma tale norma è inattuata o non correttamente attuata.

Sicché, l'enunciato sull'*effettività* ha natura mista (constativa - performativa)³³: constativa sul fatto che le garanzie procedurali siano previste dalla norma giuridica; performativa sulla riuscita applicativa delle stesse; mentre l'enunciato sull'*efficienza*, di natura meramente constativa, esprime il giudizio di adeguatezza sul livello di protezione dei diritti procedurali delle parti interessate, nel caso di corretta attuazione delle previste garanzie.

Con altro modo di dire, il giudizio di efficienza potrebbe avere, anche, esito negativo, ancorché l'ordinamento predisponga delle garanzie procedurali ed alle stesse sia dato seguito.

Dalle osservazioni fatte, dunque, risulta chiaro che la dicotomia fra *giustizia procedurale perfetta* e *giustizia procedurale imperfetta* si gioca non sull'opposizione *garanzia/efficienza*, ma sull'enunciato tipicamente misto che attiene all'*effettività* delle garanzie procedurali.

Nel nostro ordinamento, il sintagma *giusto processo* è riferibile alla *giustizia procedurale imperfetta*, tanto è vero che l'art. 111 cost. contiene l'espresso riferimento alla garanzia del contraddittorio; la stessa cosa può dirsi per quello del *giusto procedimento*³⁴, ma la via per raggiungere tale approdo è stata maggiormente cosparsa di ostacoli, rispetto a quella del processo.

La conformazione del procedimento al processo, mediante il modello del contraddittorio³⁵, è stato un cammino lento³⁶, costellato pure di momenti di arresto: la dottrina maggiormente sensibile al tema delle garanzie ne ha gettato le basi, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, ed oggi con la L. 241/1990 (soprattutto a seguito delle novelle intercorse a partire dal 2005), con il diritto comunitario e con il Trattato EDU³⁷, la questione sembra essere non più discutibile.

D'altro canto, l'estensione delle garanzie del processo al procedimento non poteva essere un'operazione semplice, non solo in Italia, ma pure in altri

³³ Spesso gli enunciati non sono distinguibili, in maniera rigida, secondo il criterio indicato, ma sono di natura mista, ovvero sono in parte performativi ed in part constativi. Sul punto si rimanda a J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit. p. 132 ss.

³⁴ Cfr. L.R. CARRANZA TORRES, *El procedimiento administrativo nacional*, cit., p. 73 ss.

³⁵ Sul tema si veda fra gli altri A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, Giappichelli, 2016, in specie p. 34 ss.

³⁶ Per la descrizione di tale percorso, ci sia permesso il rimando a M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 618 ss.

³⁷ Sul punto si veda M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

ordinamenti; a tal proposito si pensi all'Inghilterra, dove solo a seguito della sentenza della *House of Lords* del 1966 (resa nella causa *Ridge v. Baldwin*) si è avviato quel percorso che ha portato ad estendere le garanzie della *Natural Justice* (prima fra tutte quella del *fair hearing*) alle procedure amministrative³⁸.

4. (Segue) Caratteri comuni e caratteri differenzianti.

In conseguenza di ciò che si è visto, i caratteri comuni al procedimento ed al processo sono la logica implicazione del principio che si esprime con il sintagma *giusta procedura*, la quale non postula solo il generico diritto di difesa delle parti.

Essi attengono tanto alla trattazione quanto alla decisione possono essere così semplificati:

- a) la qualità di parte in una procedura si acquisisce o grazie alla domanda o grazie alla conoscenza diretta dell'avvio della stessa (nel processo con la notificazione, nel procedimento con la comunicazione);
- b) la domanda implica sempre una decisione sul merito o sul rito, l'obbligo di provvedere (tanto per i procedimenti avviati su domanda di parte, quanto per quelli avviati d'ufficio) vale, anche, nelle procedure amministrative ai sensi dell'art. 2. co 1, della L. 241/90;
- c) le parti concorrono alla formazione progressiva del *thema disputandum ac decidendum*, ovvero pure nel procedimento amministrativo esso è dato sia dall'atto di avvio (che contiene la domanda), sia dalle allegazioni successive, ai sensi dell'art. 10 e 10 *bis* della l. 241/90;
- d) il dialogo procedurale, nella trattazione è condotto nel rispetto del contraddittorio anche nel procedimento amministrativo, permettendo ad ogni parte interessata la conoscenza degli atti e dei documenti del procedimento ed a presentare memorie contenenti deduzioni o controdeduzioni (artt. 10 e 10 *bis* della legge sul procedimento amministrativo);
- e) le parti concorrono alla formazione progressiva del *thema probandum*, sebbene la legge italiana sul procedimento amministrativo non contenga una disciplina di dettaglio sul punto (a differenza della legge austriaca del

³⁸ In tema cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 327 ss. e p. 335 ss.; T. HENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford – New York, Oxford Press, 2011, p. 113 ss. In generale, cfr. G. GANZ, *Administrative procedures*, London, Sweet & Maxwell, 1974. Per la portata della *Natural Justice* prima del 1963, si veda W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, London, Stevens & Sons limited, 1951, p. 1 ss. e 325 ss. Per la descrizione delle garanzie procedurali della *Natural Justice*, anche, prima della sentenza *Ridge v. Baldwin* cfr. G. VALENTI, *Natural Justice e giusto procedimento* in www.ilmerito.org.

1925³⁹ e di quelle dei paesi di lingua spagnola), è fuori dubbio infatti che le allegazioni probatorie delle parti (ai sensi dei ricordati artt. 10 e 10 *bis* della L. 241/90) siano obbligatorie per l'amministrazione;

f) anche nel procedimento amministrativo, la procedura è nella disponibilità delle parti; difatti, non solo l'amministrazione può rinunciare, archiviando il procedimento avviato d'ufficio, ma pure la parte interessata può farlo, quando lo stesso è stato avviato su sua domanda;

g) la decisione amministrativa deve essere fondata, al pari di quella giurisdizionale, non a caso l'art. 3, co 1, della legge sul procedimento amministrativo contiene stringenti prescrizioni in tema di motivazione del provvedimento finale.

Amministrazione e giurisdizione, però, assumono a ruoli diversi, poiché, come si è visto nel precedente paragrafo, le pertinenti funzioni hanno natura eterogenea; cosicché, pure, procedimento e processo hanno caratteri differenzianti.

Prima di tutto, il processo (con l'eccezione di quello penale) è strumentale alla soluzione di una lite, fra parti, su un regolamento d'interessi già formato (con l'eccezione dei giudizi di natura costitutiva); mentre il procedimento deve appena formare un regolamento d'interessi che garantisca la cura (oltre agli interessi scaturenti delle pretese fondate delle parti interessate) dell'interesse pubblico concreto. Ciò implica che il processo è tendenzialmente a contenuto soggettivo (ad esclusione di quello penale), mentre il procedimento è a contenuto tendenzialmente oggettivo.

Da qui scaturiscono significative differenze fra i due percorsi decisori:

a) il c.d. rapporto processuale si instaura fra tre soggetti (due parti con interessi antagonisti ed un terzo, il giudice, che funge da arbitro); nel procedimento amministrativo, quand'anche il responsabile del provvedimento sia un soggetto diverso da quello del procedimento, colui che decide, pur se imparziale, non ha la posizione del giudice;

b) il procedimento ha natura costitutiva⁴⁰ al contrario del processo (con l'eccezione, come si è detto, dei giudizi di natura costitutiva);

c) nel procedimento amministrativo l'intensità della garanzia del contraddittorio può affievolirsi ed in alcuni casi esso può addirittura scomparire: nei procedimenti a cognizione differenziata (quali quelli previsti dall'art. 13 della L. 241/90) l'intensità del contraddittorio non è certo pari a quella prevista

³⁹ Sulla legge austriaca si rimanda a G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.

⁴⁰ Cfr. G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 80 ss.

dalla legge sul procedimento amministrativo; in caso mancata partecipazione al procedimento, come si è accennato, l'assenza del contraddittorio è fisiologica, mentre per taluni procedimenti a cognizione differenziata (quali quelli volti all'adozione di misure contingibili ed urgenti) l'assenza del contraddittorio esiste di fatto e sembrerebbe essere strutturale, sebbene si possa dubitare della correttezza di tale ricostruzione e della legittimità di tali procedimenti con riferimento alla questione;

d) la formazione della prova sembra essere nella disponibilità attenuata delle parti interessate, visto che il principio acquisitivo, di cui all'art. 6 della L. 241/90, è di maggiore estensione rispetto a quello vigente nel processo

5. Il diritto come pretesa: le utilità che la persona viandante si aspetta dal procedimento e dal processo.

La persona è un viandante nel modo del diritto che, nel suo peregrinare, intreccia rapporti e relazioni per ottenere quelle utilità necessarie al soddisfacimento dei suoi bisogni.

Talune volte l'instaurazione di certe relazioni non solo è necessitata, ma è l'unico modo per provvedere alla cura dei suoi interessi.

La qual cosa accade quando in questa relazione è coinvolto il potere pubblico⁴¹; in siffatti casi, il viandante è costretto a condividere parte del suo percorso con la pubblica amministrazione.

Ma cosa si aspetta il viandante in tale situazione?

Egli si attende da siffatta relazione (o da cosiffatto rapporto) che l'amministrazione non gli tolga ciò che invece vuole togliergli (ad es. nel caso dell'espropriazione), oppure che la stessa gli dia ciò che l'ordinamento, al momento, gli nega (ad es. nella concessione) od anche che la medesima rimuova quegli ostacoli che l'ordinamento frappone fra lui ed il soddisfacimento dei suoi interessi (come nel caso dell'autorizzazione) oppure che, in caso di bisogno, la p.a. (o chi per essa) gli fornisca una prestazione di carattere patrimoniale oppure personale (in caso di servizi pubblici).

Tutte queste aspettative, di carattere sostanziale, innervano i suoi interessi (pretensivi od oppositivi) che confluiscono in delle pretese di carattere sostanziale (a loro volta di contenuto oppositivo oppure pretensivo).

Ci si potrebbe domandare, a questo punto, se non limitare il discorso al rapporto fra aspettative ed interessi senza coinvolgere la pretesa, ossia ci po-

⁴¹ Forse al lemma relazione andrebbe sostituito quello di rapporto, anche in costanza di procedimento, come sottolinea M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

trebbe interrogare se sia necessario, oppure no, allungare di un tanto la catena logica.

La risposta è intuitiva: l'aspettazione è l'anticipazione di un fatto futuro, a sua volta quel fatto futuro (che è oggetto di quell'aspettazione), per avere un senso, deve essere collegato ad un fatto attuale che determina una situazione d'interesse in ragione di un bene della vita che non è nella completa disponibilità della persona (o che corre in rischio di un esserlo più, come nel caso dell'espropriazione).

Quindi l'aspettazione senza la situazione d'interesse non avrebbe alcuna concretezza, potendo al più ridursi a mera immaginazione; per canto suo, la situazione d'interesse senza la prima non avrebbe alcun senso pratico, dal momento che solo l'aspettazione, nell'anticipare l'evento futuro, prepara all'azione.

Ambedue, però, mancano dell'elemento dinamico che è dato dalla cura (come essere dell'esserci)⁴² che, al contrario, si trova nella pretesa, la quale postula un esigere, un reclamare.

Non caso la teoria del diritto come pretesa (abbozzata da Cesarini Sforza e declinata da Bruno Leoni)⁴³ evidenzia il lato dinamico dell'esperienza giuridica, permettendo così di cogliere la sorgente viva delle relazioni giuridiche e, di conseguenza, dell'ordinamento giuridico nel suo complesso⁴⁴.

In questa accezione, la pretesa della persona ad un certo comportamento dell'amministrazione colora giuridicamente sia la situazione d'interesse, sia l'aspettazione; giacché solo con essa le ultime due si arricchiscono di utilità pratica.

Ciò vale per il momento sostanziale, ma lo stesso ragionamento può essere condotto, pure, per quello procedurale.

La procedura amministrativa non esiste per se stessa, ma ha natura strumentale con riguardo ad una o più relazioni giuridiche sostanziali.

Con altro modo di dire, senza il procedimento amministrativo, esiste l'aspettazione ed esiste la situazione d'interesse, ma non la pretesa; il tutto per la ragione che l'attività amministrativa rimane, in questo caso, estranea alla partecipazione della parte interessata.

Sicché, si può ben dire che il procedimento amministrativo è lo strumen-

⁴² Cfr. M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., § 41.

⁴³ Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 1947, p. 181 ss.; B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, Liberilibri, 2004, p. 119 ss.

⁴⁴ Cfr. C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2011, p. 64.

to giuridico che conferisce effettività sia all'aspettazione sia alla situazione d'interesse, rendendo possibile la pretesa sostanziale.

In questo senso: l'aspettazione, sotto il profilo della procedura, è dunque l'anticipazione che prepara ad un evento strettamente di rito, la situazione d'interesse (sempre sotto tale profilo) prefigura l'ottenimento di un'utilità concreta ed attuale dall'uso degli strumenti propri della procedura in ragione della formazione della decisione amministrativa; la pretesa postula il raggiungimento di determinate utilità pratiche dal comportamento, nel rito dell'amministrazione tanto per ciò che attiene la trattazione (ad es. ottenere l'accesso agli atti del fascicolo; depositare memorie e documenti ecc.), quanto per ciò che concerne l'epilogo (cioè che le deduzioni e le prove siano correttamente valutate, al fine che la decisione sia fondata).

Qualora l'esito dell'epilogo sia corretto, quella particolare relazione fra persona ed amministrazione si estingue; in caso contrario essa permane, dal momento che questa non ha ottenuto tutto ciò che l'ordinamento giuridico permette, per carenza di collaborazione da parte della pubblica amministrazione.

A questo punto, entra in gioco il processo che ha la funzione di dirimere la lite con riguardo al regolamento di interessi che la p.a. ha erroneamente costituito, con la decisione infondata, quindi illegittima.

Il collegamento logico fra aspettazione, situazione di fatto pretesa descritta con riguardo al rito amministrativo sostanziale, vale, pure, per il processo, con un arricchimento in più.

Il primario scopo di ogni pretesa processuale è che il giudice dia completo e corretto seguito alla garanzia contenuta nell'art. 7, co 7, c.p.a., il quale postula la concentrazione di tutte le tutele processuali di fronte al giudice amministrativo; dal momento che, solo in tale maniera, è possibile stabilire la continuità fra sostanza e processo ossia fra questo ed il procedimento amministrativo.

6. La struttura delle pretese.

Come si è visto, la persona viandante, che si trova ad entrare in relazione con l'amministrazione, si aspetta che la stessa tenga un certo comportamento.

Quando dalla semplice aspettazione (ove si prepara l'azione in ragione di un futuro evento) si passa alla dinamica della pretesa si ha la pratica prefigurazione del suddetto comportamento.

Com'è stato correttamente rilevato, nell'ambito della teoria del diritto come pretesa, ogni forma di manifestazione della stessa ha immanente la pos-

sibilità che il destinatario della medesima tenga quella certa e desiderata linea di condotta⁴⁵.

A livello pratico, per il margine che qui interessa ossia nell'ambito di una procedura, la pretesa trova il suo luogo nella domanda (in via di azione oppure in via d'eccezione); dal momento che essa, alla fine, altro non è che l'esercizio in una procedura della pretesa stessa.

Il terreno dell'azione e dell'eccezione, che normalmente è pertinente al processo, è estensibile, pure, al procedimento (per quelle linee di continuità teoriche e normative indicate nei precedenti paragrafi); in definitiva, la richiesta di avvio del procedimento altro non è che una domanda in via di azione, come la risposta della parte interessata (nel primo atto partecipativo) all'avvio del procedimento d'ufficio è una domanda in via d'eccezione.

Ambedue in casi, trovano fondamento nella pretesa della parte interessata finalizzata ad imporre alla p.a. quel determinato comportamento che solo le può permettere di conseguire una decisione amministrativa favorevole.

La previsione, quindi, si struttura in due momenti: il primo attiene alla previsione del comportamento; il secondo al vantaggio da conseguire per effetto di tale comportamento. È ovvio che il momento previsivo determina il contenuto di quello dispositivo.

Non ogni comportamento può essere, però, oggetto di previsione; esso deve essere assistito sia dal requisito della possibilità, sia da quello della non necessità⁴⁶.

Il comportamento, quindi, deve essere possibile e non necessitato, affinché la pretesa possa essere valutata nel merito.

Ad esempio, non è possibile il comportamento, che pur essendo di natura astrattamente amministrativa, concretamente non rientra fra quelli possibili di quella p.a., in ragione della sua competenza; non è possibile la pretesa volta ad ottenere un permesso di costruzione, se la domanda è presentata ad un comune territorialmente incompetente.

Se il comportamento è necessitato (ad esempio, in caso di attività vincolate che rispondono al rigido criterio di vero/falso, presupponendo solo attività accertative ed in nessun caso valutative anche solo in senso tecnico), essa non può essere oggetto di previsione; perché, in questo caso, né ci può essere una vera pretesa (e conseguentemente una vera domanda, in senso tecnico, della parte interessata) né ci può essere una vera decisione della p.a., dal momento che, se in possesso dei requisiti previsti dal diritto, alla domanda dell'interessato

⁴⁵ Cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, p. 61 ss.

⁴⁶ Cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit. p. 63 ss.

corrisponde meccanicamente quel risultato a lui favorevole, indicato nella norma.

Una volta che il fatto è stato correttamente identificato (esso è possibile e non è inevitabile), la pretesa è sottoposta ad un giudizio di probabilità; il quale si esplica sia con riguardo alla previsione, sia con riferimento momento dispositivo della stessa.

Con altro modo di dire, il comportamento oggetto della previsione, ancorché possibile, devono essere probabile, affinché la domanda possa essere accolta.

Se la condotta in questione è possibile, ma non probabile nel caso di specie, la pretesa è illegittima (si usa il termine in senso atecnico)⁴⁷, come nel caso di assenza dei requisiti soggettivi della parte interessata (è illegittima, ad es., la pretesa ad un permesso di costruzione se chi la formula non ha titolo per chiederla).

Tanto i requisiti per la validità della previsione quanto quelli di legittimità della pretesa attengono alla possibilità della decisione nel merito; ne consegue che, in caso di invalidità della previsione o di illegittimità della pretesa, la decisione sarà in rito sul punto della non ammissibilità.

Ritenuta la pretesa (e la concernente domanda) assistita dai necessari criteri di validità, in generale, e di legittimità, particolare, ciò non significa che la stessa sia fondata; dal momento che la valutazione nel merito del suo contenuto può avere esiti negativi per la parte interessata che l'ha formulata.

La pretesa sostanziale è, di solito, assistita da una o più pretese procedurali o sul rito.

Se è vero che la procedura è strumentale a dare effettività al diritto sostanziale, è altrettanto vero che anche i singoli strumenti procedurali lo sono.

Nella trattazione, la formulazione delle pretese procedurali è finalizzata all'uso degli stessi strumenti nell'intento pratico di supportare quella sostanziale; normalmente, tali tipi di pretese si esplicano con riferimento all'avvio, alla trattazione o ad ambedue; nondimeno, la pretesa di carattere procedurale può assistere la sostanziale, anche, in ragione alla decisione.

In questo caso, il suo contenuto è rivolto verso la formazione della decisione amministrativa, in maniera tale che essa sia fondata; giacché, da un lato, la decisione infondata è generalmente sfavorevole e, dall'altro lato, nel caso in cui, al contrario, essa sia di contenuto favorevole per la parte interessata, espone la stessa al rischio dell'annullamento.

Nel caso in cui la questione cambi luogo giuridico e divenga oggetto di cognizione e di decisione del giudice, pure sul versante del processo si avranno

⁴⁷ ID., *Op. cit.*, p. 75 s.

pretese sia di carattere sostanziale sia di carattere processuale, secondo lo schema appena indicato.

7. Full Jurisdiction come presidio della continuità fra procedimento e processo.

Si è visto nei paragrafi precedenti, il contenuto del principio del giusto processo e quello del giusto procedimento, sia nei caratteri che li accomunano sia in quei che li differiscono.

Ma l'esistenza del giusto procedimento e del giusto processo (sebbene facenti parte di un più ampio principio che si è esemplificato con la locuzione giusta procedura) potrebbero implicare livelli di protezione minori di quelli che ci si aspetterebbe.

Per chiarire, se ambedue, oltre a quello logico giuridico, non implicato pure il collegamento fra gli ambiti di loro pertinenza, ossia fra il procedimento ed il processo, si corre il rischio che non tutti i profili sostanziali della fattispecie possano trovare ingresso nel momento giurisdizionale.

La qual cosa comporta, da una parte, un minore grado di tutela delle situazioni giuridiche soggettive e, dall'altra parte, implica una minore forza propulsiva delle pretese individuali nel processo, rispetto a quelle del procedimento.

A ben vedere, sino alle riforme del processo amministrativo avviate con la L. 205/2000 questa era la situazione in cui si trovava chi avesse voluto ricorrere alla tutela giurisdizionale amministrativa.

I motivi sono noti. Essi attenevano per lo più alla carenza di strumenti processuali idonei allo scopo (la tutela era, nel giudizio di legittimità, solamente demolitoria; l'istruzione era differenziata, per qualità e quantità, a seconda del tipo di giurisdizione amministrativa ove il giudizio si allocava; il processo amministrativo, a differenza di quello civile, non era dotato di riti a cognizione differenziata, in ragione della particolarità della fattispecie ecc.).

Oltretutto, persistevano forme di precomprensione che determinavano una vera e propria cesura fra procedimento e processo. Quella maggiormente pervasiva era data dalla convinzione che la funzione si risolvesse interamente nel provvedimento amministrativo e che, per questa ragione, la cognizione del giudice amministrativo dovesse essere incentrata su questo piuttosto che sull'intero procedimento.

Oggi, gli strumenti processuali contenuti nel codice di rito permettono al giudice amministrativo la completa cognizione sull'attività amministrativa esercitata tramite la procedura amministrativa; nondimeno, rimangono ancora

momenti di precomprensione, dati dalla tradizione, che mettono ancora in discussione la continuità fra procedimento e processo.

Su di essi pesa, pure, la concezione statica di ordinamento e con essa quella del rapporto fra sostanza e processo (ossia tra diritto sostanziale e diritto processuale); in tale ottica, la stessa concezione strumentale del processo nei confronti dei rapporti giuridici che si formano grazie al diritto sostanziale certamente aiuta, ma non risolve il problema.

Per poter individuare una soluzione che sia, da un lato, accettabile e, dall'altro lato, coerente con il sistema, è necessario cambiare l'ottica e guardare all'aspetto dinamico dell'ordinamento.

La dottrina, maggiormente sensibile alla questione, ha notato che esso trova senso giuridico nella sua effettività, la quale è data dall'azione umana che vi si adegua ed in quanto si adegua⁴⁸.

Senza l'azione umana l'ordinamento non è semplicemente ineffettivo, ma è privo di contenuto; quindi, l'ordinamento si risolve, volta per volta, nell'azione umana che nell'adeguarsi lo rende vivo. In questo senso, com'è stato giustamente rilevato, c'è perfetta unione fra ordinamento ed azione umana⁴⁹.

In caso crisi, ossia qualora non ci sia spontanea adeguazione, l'ordinamento necessita di essere, comunque, attuato in concreto, pena la sua inesistenza. In questo caso entra in gioco la giurisdizione, la quale nel dire il diritto (*ius dicere*) per il caso concreto supplisce al mancato spontaneo adattamento delle parti.

In questo senso, la decisione del giudice è attuazione concreta dell'ordinamento al pari dell'azione della persona.

Se così è, e si ritiene di non doverne dubitare, l'unità dell'ordinamento pone sullo stesso piano la prima e la seconda.

Amministrazione e giurisdizione, perciò, non solo appartengono allo stesso ordinamento, ma sono parte dello stesso sistema di attuazione concreta dell'ordinamento; solamente, come si è visto, hanno ruoli diversi: nell'ambito della prima si dà concretizzazione all'ordinamento formando un regolamento di interessi; nell'ambito della seconda si gestisce la crisi determinata dalla mancata spontanea attuazione dell'ordinamento stesso, o con il sanzionare il regolamento illegittimamente formato, oppure con il rigetto della domanda del ricorrente, perché infondata.

Infatti, è utile sottolineare che il mancato adeguamento può dipendere

⁴⁸ Cfr. S. SATTA, *Trattatello di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 32.

⁴⁹ ID., *Op. cit.*, p. 33. La volontà della persona e la conseguente sua azione non è mera soggezione, come sottolinea l'Autore, ma è forza creatrice dell'ordinamento.

tanto dall'azione del titolare di pubblici poteri che decide in maniera scorretta (quindi illegittima), quanto da quella della persona che entra in contatto con la p.a., la quale, pur a fronte di una decisione corretta (di conseguenza legittima), provvede in ogni modo a ricorrere al giudice amministrativo.

Nella relazione che intercorre fra persona e amministrazione (sia nel momento sostanziale, sia in quello giurisdizionale) la prima pone una domanda sempre nei confronti dell'amministrazione; la differenza sta nel fatto che, nel primo, quest'ultima non è avversario, ma è soggetto imparziale, mentre nel secondo essa è avversaria della persona, dal momento la decisione spetta al giudice (che non solo è imparziale, ma è soggetto terzo).

Su questa linea, la connessione fra sostanza e processo è sistemica e la conseguente continuità è non solo logicamente necessaria, ma è addirittura praticamente contingente.

Essa è logicamente necessaria, atteso che il procedimento ed il processo non possono prescindere dall'amministrazione e dalla persona.

Nel primo caso: il responsabile del procedimento ed almeno una parte interessata (ossia il destinatario della decisione amministrativa); e ciò vale al contempo in caso di avvio su domanda di parte oppure d'ufficio (ed anche se, in questa ultima ipotesi, il destinatario non si costituisce – ossia non partecipa; dal momento che la mancata partecipazione, al pari della contumacia, è frutto o della non conoscenza dell'esistenza della procedura oppure di una libera scelta).

Nel secondo caso: la persona ricorrente e l'amministrazione resistente.

Sicché, l'azione della parte interessata (che chiede l'avvio del procedimento) o quella del responsabile del procedimento (che lo avvia d'ufficio) sono formazione dell'ordinamento giuridico al pari dell'azione esercitata nella sede della giurisdizione.

Quindi, se è vero che il funzionamento dell'azione nella giurisdizione altro non è che il funzionamento dell'ordinamento giuridico in quanto tale⁵⁰, è altrettanto vero che la stessa cosa può dirsi con riferimento all'azione nel procedimento amministrativo (*rectius* procedura o rito).

Essa è praticamente contingente, dal momento che, sia nel procedimento sia nel processo, la pretesa della persona, che da adito all'azione è sempre volta ad ottenere un provvedimento (amministrativo o giurisdizionale) di vantaggio, rispetto alla particolare cura di un determinato bene della vita.

Difatti, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, l'azione deve essere assistita dall'interesse ad agire; non a caso alla sentenza di rito per

⁵⁰ ID., *Op. cit.*, p. 97.

inammissibilità (ai sensi dell'art. 35, co 1, c.p.a.) corrisponde il provvedimento di rito per inammissibilità (ai sensi dell'art. 2, co 1, seconda alinea, L. 241/90).

L'azione della persona rivolta all'amministrazione, nel momento sostanziale, è postulazione del procedimento, mentre in quello giurisdizionale è postulazione del giudizio; in ambedue i casi essa è parte della decisione, come suo momento genetico.

La qual cosa non cambia nel caso in cui la persona subisca l'azione (perché il procedimento è stato avviato d'ufficio); giacché la stessa (se decide di agire) lo fa postulando il procedimento in contraddittorio, al fine di poter difendere il proprio interesse ad un bene della vita che è aggredito dall'amministrazione.

Se il bene della vita (che riempie di contenuto la situazione giuridica soggettiva della persona) entra a pieno titolo nel procedimento amministrativo, non si comprende per quale motivo oggi la stessa cosa non debba valere per il processo di fronte al giudice amministrativo.

La pretesa nel processo, sulle questioni di merito, è volta ad ottenere una pronuncia favorevole da parte del giudice amministrativo, a protezione proprio di quell'interesse al bene della vita già fatto valere in sede amministrativa; e con ciò a ristabilire quell'equilibrio che è stato turbato dalla mancanza di collaborazione dell'amministrazione nell'attuazione concreta dell'ordinamento giuridico.

Il codice sul processo amministrativo, attualmente, è dotato di tutti gli strumenti idonei per ottenere tale risultato.

Oltre quello tradizionale dato dall'effetto conformativo del giudicato demolitorio ed a quello del risarcimento (anche in forma specifica) c'è la condanna al rilascio del provvedimento amministrativo negato in sede sostanziale (ai sensi dell'art. 34, co 1, lett. c), c.p.a.), nonché un numero adeguato di processi a cognizione differenziata a seconda dei particolari interessi tutelati dalla norma ed, infine, un sistema di formazione della prova che può dirsi soddisfacente.

Non serve altro che dare concreta attuazione a tali strumenti. A ciò non può essere opposto il classico argomento che ritroverebbe, proprio, nel concetto di azione nel processo amministrativo l'ostacolo decisivo per impedire che tutto ciò che è stato oggetto della relazione sostanziale trovi ingresso nel momento processuale, dal momento che è stato dimostrato che tale lettura dell'azione (o meglio del correlato diritto) non è più attuale⁵¹.

⁵¹ Sul punto si rimanda integralmente a L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

D'altro canto, il principio del giusto processo (art. 2 c.p.a.), quello di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.), quello di concentrazione delle tutele di fronte al giudice amministrativo (art. 7, co 7, c.p.a.) o non hanno alcun senso giuridico (riducendosi a mere petizioni di principio) oppure hanno l'effetto di riportare la giurisdizione dal potere alla funzione ossia allo *ius dicere*⁵².

L'effettività della tutela nel procedimento amministrativo dipende, in tutto e per tutto, da quella nel processo amministrativo; per tale motivo, si può sostenere che oggi la full jurisdiction è non solo logicamente necessaria, ma è praticamente contingente.

8. Conclusioni.

Il tema della continuità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo non è solo esercizio di competenze accademiche.

Esso ha una portata pratica relevantissima. Il legislatore, anche costituzionale, può ben stabilire l'inviolabilità dei diritti della persona e, a cascata, delle situazioni giuridiche corrispondenti; ma tali principi perdono, anzi non acquistano, alcun significato giuridico se lo stesso non offre alla persona idonei strumenti giuridici di tutela.

Tali strumenti giuridici sono il procedimento amministrativo ed il processo amministrativo.

Ambedue contengono tecniche di tutela volte a gestire il formarsi dell'esperienza giuridica nel suo momento dinamico e, con essa, a dare seguito alle pretese della persona viandante che in un certo momento entra in contatto con la pubblica amministrazione.

Essi, per rispondere al ruolo che l'ordinamento gli affida, devono essere conformati alla stessa maniera, ossia sul modello del contraddittorio; perché solo tramite questo, nei due momenti del fenomeno amministrativo, ci può essere effettivo diritto di difesa per la persona.

Sul versante del processo il contraddittorio è scontato; la stessa cosa non può dirsi su quello del procedimento.

In quest'ultimo caso il contraddittorio è una conquista recente; infatti quando alla locuzione procedimento amministrativo si sostituisce quella di procedura amministrativa o di rito sostanziale amministrativo, lo si fa non solo per meglio descriverne il contenuto e la portata, ma anche per l'effetto simbolico che tali sintagmi hanno.

⁵² Di recente è stato addirittura sostenuto che la giurisdizione, più che funzione, sarebbe un servizio, sul punto G.D. COMPORI, *Dalla giurisdizione amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in AA.VV., *La giurisdizione amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 7 ss.

Tutto ciò, però non è sufficiente.

Adeguati livelli di tutela si possono ottenere solo a condizione di abbattere quelle residue barriere che, ancora oggi, sembrano osteggiare la continuità fra il momento sostanziale e quello processuale del fenomeno amministrativo.

Non è più una questione di disciplina di diritto positivo (il codice sul processo amministrativo è dotato, a tal fine, di adeguate tecniche di tutela), ma di approccio condizionato alla lettura delle norme.

Solo rimuovendo antiche e persistenti forme di precomprensione, si può ottenere tale risultato.

In definitiva la lotta per la full jurisdiction è di natura squisitamente culturale, sebbene la sua realizzazione sia di pratica contingenza.

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza *Università di Urbino Carlo Bo*
alberto.clini@uniurb.it

POTESTÀ SANZIONATORIA DELLE AUTHORITIES E “GIUSTO” SINDACATO GIURISDIZIONALE

THE SANCTIONS POWER OF AUTHORITIES AND THE “RIGHT” JUDICIAL REVIEW

SINTESI

Il contributo si collega al diffuso interesse sollevato dal provvedimento sanzionatorio a séguito delle notevoli incidenze che esso oramai contempla non solo sul versante degli effetti inflitti agli operatori economici quali diretti destinatari delle misure adottate dalle Authorities – spesso di notevole entità –, ma al tempo stesso sul piano della adeguatezza di un modello di cognizione processuale che assicuri un’effettiva garanzia alle correlate posizioni soggettive incise. In particolare, sui provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti, si è concentrata una specifica attenzione in relazione ai presidi di tutela offerti dal nostro sistema giurisdizionale, con l’avvio di un vasto dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull’intensità del sindacato operato dal giudice amministrativo, in conformità ai parametri delle disposizioni processuali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), per come interpretati ed applicati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU). La gran parte dei contributi scientifici, condivide ed amplifica la scelta della Corte EDU nell’ottica di rafforzare verso le sanzioni amministrative una tutela maggiore, attraverso un’intensità del sindacato giurisdizionale di *full jurisdiction*. L’approccio pone una serie di problemi, tra cui la ricostruzione sistematica di provvedimento sanzionatorio, il rapporto tra procedimento e processo, la sussistenza o meno di limiti all’esercizio di poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo. Dopo una sintesi di tali questioni, si è cercato di affrontare un nodo problematico che non appare ancora adeguatamente approfondito. Si tratta di una considerazione che muove da un’applicazione sempre più estesa dei *criteria Engel*, vale a dire delle tutele dedotte dalla giurisprudenza della Corte ex artt. 6 e 7 CEDU. In particolare, attraverso il criterio della gravità si introduce invero un parametro di identificazione del provvedimento sanzionatorio indeterminato. Si ritiene che tale criterio non possa qualificare la posizione soggettiva del destinatario, ma si risolve in una caratteristica del provvedimento oggettivizzato. Ciò determina due ingiustificate conseguenze: la prima, contrappone atti amministrativi (a tutela

piena) che corrispondono ai parametri del provvedimento sanzionatorio ad un insieme residuale di “altri” atti che ne risulterebbero esclusi (anche in termini di intensità di tutela). È noto e dimostrato, difatti, che non solo la sanzione (sia essa formalmente o sostanzialmente intesa), ma anche provvedimenti favorevoli possono produrre effetti negativi (e dunque “gravi”) nei confronti di soggetti differenti dal destinatario (controinteressati, pubbliche amministrazioni ecc.). *Quid juris* sul regime di tutela contro questi ultimi provvedimenti. La seconda, si pone in dissonanza con il sistema costituzionale del diritto di azione, vale a dire nella identificazione dell’interesse meritevole di tutela sottostante la posizione soggettiva incisa dall’atto, in conformità all’art. 24 Cost. senza graduazioni rispetto al paradigma della *full jurisdiction*. La costruzione di una *full jurisdiction* declinata sul criterio della gravità della misura inflitta, si risolve in un ritorno al passato, vale a dire in un processo sull’oggettività di un provvedimento “sanzionatorio”, qualificato in relazione ad un parametro di severità che non appartiene al destinatario, ma alla caratteristica intrinseca dell’atto astrattamente inteso: così si finisce per alterare l’oggetto del giudizio, che deve essere l’atto nel perimetro tracciato dalle accuse mosse al privato e, quindi, in relazione all’interesse sostanziale del ricorrente.

ABSTRACT

This essay is linked to the widespread interest raised by the sanctioning measures following the considerable impact that it currently implies, not only with regard to the effects for the economic operators as addressees of the often significant measures adopted by the Authorities, but also in terms of the adequacy of a model of judicial cognition able to ensure effective guarantees to the related subjective positions. In particular, special focus has been cast on the sanctioning measures adopted by the independent Authorities, with regard to the protection ensured by the Italian jurisdictional system. A wide case law and jurisprudence debate has started on the width and intensity of the administrative judges’ control, in accordance with the procedural provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as construed and applied by the European Court of Human Rights. Most of the scientific contributions share and boost the choice of the European Court of Human Rights in order to ensure a better protection against administrative sanctions by means of a judicial control in *full jurisdiction*. This approach poses a number of problems, including the systematic reconstruction of the sanctionary measure, the relationship between proceedings and process, the existence or not of restrictions to the exercise of investigation and decision-making powers of the administrative judge. After summarizing the above issues, an awkward issue has been tackled, still not studied in depth. It is raised by an ever increasing application of the Engel criteria, i.e. of the protections inferred by the Court’s jurisprudence pursuant to articles 6 and 7 of the ECHR. In particular, through the criterion of seriousness, a parameter of identification of the indeterminate sanctionary measure is introduced. Such criterion is not believed to be able to define the subjective position of the addressee,

but it remains a feature of the objectified measure. This has two unjustified consequences: the first one sets up (full protected) administrative measures, corresponding to the parameters of administrative sanctions, against some other residual measures that would be excluded (also in terms of intensity of protection). It is well known and proven, in fact, that not only a sanction (both formal and substantial), but also favorable measures can have negative and serious effects on subjects other than the addressees (counterparts, public administration, etc.). *Quid juris* on the protection regime against the latter measures? The second consequence clashes with the constitutional system of the right of action, when it identifies the interest worthy of protection underlying the subjective position affected by an administrative measure, in accordance with article 24 of the Constitution without distinctions with respect to the *full jurisdiction* paradigm. The creation of a *full jurisdiction* centered on the severity of the measure imposed turns out to be a step backwards, that is to say, a process on the objectivity of a sanctionary measure, defined according to a severity parameter that has nothing to do with the addressee, but with the intrinsic nature of the measure in itself. This way, the subject-matter of the judgment (that must fall within the framework of the charges against the private subject and, therefore, linked to the applicant's material interest) is altered.

PAROLE CHIAVE: full jurisdiction - sindacato giurisdizionale - Authorities

KEYWORDS: full jurisdiction - judicial review - Authorities

INDICE: 1. Protagonisti ed interpreti sulle sanzioni adottate dalle Autorità amministrative indipendenti – 2. Dalla sanzione amministrativa alla amministrazione di sanzioni? – 3. Procedimento e processo: verso un “giusto modello europeo”? – 4. Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni emesse dalle Authorities – 5. *Full jurisdiction*: per molti ma non per tutti?

1. Protagonisti ed interpreti sulle sanzioni adottate dalle Autorità amministrative indipendenti.

Si è di certo ridestato un interesse sempre più vasto sul provvedimento sanzionatorio a séguito delle notevoli incidenze che esso oramai contempla non solo sul versante degli effetti inflitti agli operatori economici quali diretti destinatari delle misure adottate dalle Authorities – spesso di notevole entità –, ma al tempo stesso sul piano della adeguatezza di un modello di cognizione processuale che assicuri un'effettiva garanzia alle correlate posizioni soggettive incise¹.

¹ La ricostruzione teorica della nozione di sanzione, sia in relazione al raccordo con la norma prescrittiva dell'azione giuridicamente illecita che nelle conseguenze che discendono dalla violazione del precetto, è stata oggetto di una vasta elaborazione di tesi che privilegiano a volte la misura inflittiva come norma autonoma, altre come secondaria rispetto ad una norma prin-

Sicché, attraverso lo scrutinio giurisprudenziale dell'esercizio di poteri sanzionatori svolti dalla Autorità amministrative indipendenti (AAI)², si è elevata una sempre più estesa attenzione in relazione ai presidi di tutela offerti dal nostro sistema giurisdizionale, ed in special modo all'intensità del sindacato operato dal giudice amministrativo, in conformità ai parametri delle disposizioni processuali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³, per come interpretati ed applicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)⁴.

capale o ancora come precetti necessariamente interrelati (sicché non si configura un illecito senza sanzione ed il suo opposto); G. GAVAZZI, (voce) *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992; F. D'AGOSTINO, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 303 ss.; E. CASETTA, (voce) *Sanzione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, v. XIII, Torino, Utet, 1997, pp. 598 ss. Per un autorevole tentativo di superamento delle differenti letture nella prospettazione di un concetto unitario di sanzione, sulla base della funzione assolta circa la determinazione del comportamento in quanto necessario, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 1, pp. 223 ss. Per una recente ed esaustiva ricostruzione delle differenti teorie, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, 2017, Napoli, Editoriale Scientifica, spec. Cap I.

² Sulle specificità della potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti e sullo scrutinio esercitato dal giudice amministrativo, si vedano gli studi monografici di E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000; R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, 2, p. 340; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., pp. 320 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2015; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007; tra gli oramai copiosi contributi, si veda tra i più recenti M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *www.federalismi.it*, 2017; E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 108; B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction"*. Brevi considerazioni a Consiglio di Stato sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 745; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 546; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, p. 669; L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *amministrativ@mente*, 2016, 9-10; P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, pp. 767 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, p. 181; F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale, in 20 anni di Antitrust: L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, vol. I, Torino, Giappichelli, 2010, p. 264; ID., *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 257; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2308; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *GiustAmm.it*, 2013, 10.

³ In generale, sui rapporti tra diritto amministrativo e Convenzione EDU, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; C.E. GALLO,

In particolare, nel percorso di assimilazione della CEDU al diritto comunitario, in attesa del completamento dell'*iter* di adesione dell'Unione europea alla Convenzione, non è dubbio che si sia manifestata negli anni un'indiscussa influenza della fonte convenzionale verso il nostro ordinamento, nel rispetto dei meccanismi di applicazione fissati dalla Corte costituzionale⁵.

La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani, in *Dir. amm.*, 1996, 3, pp. 499 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2000, pp. 25 ss.

⁴ Sulle influenze della giurisprudenza della Corte EDU sui giudici amministrativi in merito ai provvedimenti sanzionatori ed in particolare a quelli adottati dalle AAI italiane, oltre agli studi citati nelle precedenti due note, per la specificità del tema trattato si veda A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *www.rivistaaic.it.*, 2011; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, p. 685; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. - Tar*, 2013, 4, p. 1228; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la Cedu: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, p. 825.

⁵ A séguito della riforma costituzionale del 2001 ed il richiamo da parte dell'art. 117, co. 1, agli "obblighi internazionali", si è avuto un *revirement* della Corte costituzionale rispetto ad una precedente fase di "chiusura" nei confronti della Convenzione CEDU "relegata" al rango di legge ordinaria (ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848): con le note sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la Consulta ha confermato che la Cedu non costituisce un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti; tuttavia «l'art. 117, comma 1, cost., nel condizionare l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Cedu, assegna a queste ultime il rango di "fonti interposte", la cui funzione è di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato. Le norme Cedu, peraltro, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, non si sottraggono - così come interpretate dalla Corte di Strasburgo - al controllo di costituzionalità. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione». Sicché l'applicazione in caso di contrasto interno non è rimessa al giudice mediante il metodo della disapplicazione, bensì va risolto, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, considerando le relative disposizioni come norme interposte ex art. 117 comma 1 Cost. Tra i numerosi commenti C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3518; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, pp. 201 ss. Peraltro rispetto al tentativo di riconoscere un'immediata efficacia delle disposizioni convenzionali dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, per cui «gli art. 6 e 13 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a séguito della modifica dell'art. 6 del trattato, disposta dal trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009) impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio the domestic remedies must be effective» (Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1220), la Consulta ha disatteso qualsiasi apertura ribadendo che «anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona restano valide le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale riguardo alla impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione Europea, di far derivare dalla qualificazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo quali "principi generali" del diritto dell'Unione la riferibilità dell'art. 11 cost. alla convenzione europea. I principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Ciò vale anche per la Carta dei diritti fondamentali, poiché si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta dello "stesso valore giuridico dei trattati" nell'art. 6, par. 1, Tue abbia effetti sul ri-

Difatti, la oramai generosa produzione scientifica ricostruttiva dei condizionamenti tra ordinamento convenzionale e quello nazionale, nonché l'attenzione corrisposta dalla giurisprudenza interna sui raccordi tra l'esercizio del potere sanzionatorio ed i caratteri dello scrutinio giurisprudenziale in vista della difesa del cittadino nei confronti del potere amministrativo (ed in particolare di quello sanzionatorio), tendono complessivamente a declinare un sistema di tutele che, pur dichiarandosi il più possibile conforme al modello di "giusto processo", mantiene un assetto non ancora consolidato, forse per via, come cercheremo di illustrare, di alcune forzature ermeneutiche assunte come presupposto dell'intero impianto.

Per dare conto di tali spunti problematici, occorre preliminarmente ricostruire i capisaldi del dibattito dottrinario ed i prevalenti orientamenti giurisprudenziali sulla materia sanzionatoria nei termini delineati, per poi confrontarsi con certe conseguenze sottostanti, che paiono non essere state ancora pienamente identificate per l'influenza destabilizzante sul sistema di *full jurisdiction*

2. Dalla sanzione amministrativa alla amministrazione di sanzioni?

In riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU, rispettivamente sul diritto ad un equo processo e sul principio di garanzia processuale per l'illecito penale (*nulla poena sine lege*), la Corte di Strasburgo ha, come oramai risaputo, assunto una prospettiva interpretativa "materiale" in merito al riconoscimento della sanzione amministrativa riconducibile alla natura "penale", per superare così, in presenza di criteri predeterminati dalla medesima Corte, ogni eventuale schermo formale impresso dai singoli Stati che si interpone con l'effettiva entità racchiusa nella misura irrogata⁶.

parto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. Ciò risulta peraltro anche dall'art. 51 della stessa Carta» (Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80); in argomento M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la Cedu: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione*, cit., p. 826.

⁶ La riconduzione di un provvedimento amministrativo al regime di tutele penali comporta, come presumibile, soluzioni non semplici per la sovrapposizione di regimi differenti: si pensi alle conseguenze che discendono dall'art. 7 CEDU, ai sensi del quale «nessuno può essere condannato per una azione o omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale». La previsione convenzionale comporterebbe non solo un'applicazione alla materia amministrativa sanzionatoria del principio di tassatività-determinatezza quale espressione del principio di legalità-prevedibilità, ma garantirebbe, come corollario del precedente, sia il divieto di retroattività *in malam partem* che l'obbligo di applicazioni retroattive delle disposizioni più favorevoli (accanto agli ulteriori corollari del principio di legalità in materia penali, quali il *nullum crimen*, *nulla poena sine lege*; il divieto di applicazione estensiva e di interpretazione analogica) in deroga al regime generale degli atti amministrativi basati sul principio del *tempus regit actum*. La questione è stata interessata da un recente *revirement* della Consulta che con

Ancor prima di esaminare quali siano i singoli criteri, non è difficile riscontrare un primo impatto sistematico, che incide sull'assetto tradizionale assunto nel nostro ordinamento: l'impostazione che discende dalla giurisprudenza della Corte EDU pone difatti in discussione la consolidata impostazione tipologica che distingue, in sintesi, tra sanzioni amministrative in senso stretto e sanzioni amministrative in senso lato⁷. La prima categoria, come noto, racchiude quelle misure adottate in ragione del loro carattere prevalentemente afflittivo (a valenza punitiva), tendenzialmente ricondotte ad un esercizio di potere vincolato che si esaurisce nella determinazione pecuniaria del contenuto⁸. Queste sanzioni vengono generalmente ricondotte al regime procedurale di cui alla legge n. 689 del 1981 e ricondotte alla cognizione del giudice ordinario (a differenza, come si vedrà in seguito, di quelle sempre pecuniarie irrogate dalla maggior parte delle Autorità indipendenti)⁹.

sentenza del 4 giugno 2010 n. 196, ha indicato nell'art. 25, co. 2 Cost., il parametro costituzionale di riferimento dell'illecito amministrativo, sottoponendo il relativo regime al rispetto del principio di legalità; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, cit., p. 2308. Sulla estendibilità dell'art. 7 CEDU alle sanzioni amministrative, C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 157; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, cit., p. 1228; per una recente valorizzazione dell'ottica garantista che discende dal principio dell'art. 7 CEDU, peraltro ritenuto maggiormente flessibile rispetto al principio di legalità espresso dall'art. 25 Cost. sulla materia sanzionatoria, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., p. 4.

⁷ L'originario rilievo distintivo è contenuto nel noto lavoro di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, Bocca, 1924, p. 38 ed ancor prima abbozzato in W. CESARINI SFORZA, *Norma e sanzione*, in *Riv. int. filos. del dir.*, 1921, p. 65. Gli influssi di tale sistematica si colgono ancora nell'orientamento del giudice amministrativo, che di recente ha ribadito come «*le sanzioni in senso stretto — che hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale — sono pecuniarie, quando consistono nel pagamento di una somma di denaro, ovvero interdittive, quando impediscono l'esercizio di diritti o facoltà da parte del soggetto inadempiente*» (Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5425).

⁸ Seppure si verta su misure depenalizzate in seguito alla legge del 1981, la sanzione amministrativa in senso stretto, come osservato, identifica il concetto giuridico di “pena in senso tecnico” allorché svolga una “incidenza sfavorevole rispetto ad un interesse del destinatario” in occasione di una “violazione di un precetto” da parte del destinatario della sanzione; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1983, 114 ss.; diversamente, per una ricostruzione della sanzione amministrativa in senso stretto, quale esercizio di una funzione amministrativa discrezionale in modo da rendere la fattispecie illecita mutevole nel tempo e al passo con le evoluzioni tecniche che contraddistinguono molti campi sottoposti a vigilanza, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 20 e spec. Cap V.

⁹ Si rileva sul fronte del riparto di giurisdizione il persistere di una situazione instabile, con particolare riguardo all'impugnazione delle sanzioni adottate dalle AAI: l'esigenza di un riassetto nel frastagliato quadro processuale, soddisfatta con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, sono state nuovamente messe in discussione; sicché le sanzioni applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob sono transitate di nuovo, dopo l'intervento della Consulta (sent. 162/12 e 94/2014) sull'art. 133, co. 1, lett. h), alla competenza del giudice ordinario (al

La seconda, invece, concerne – in termini residuali – le restanti misure che condividono un contenuto ripristinatorio, connesso alla cura di un concreto interesse pubblico, sicché vengono ricondotte alla giurisdizione amministrativa¹⁰.

In assenza di una previsione specifica in tema di illecito amministrativo all'interno della CEDU – come del resto anche nella nostra Costituzione – si è sviluppata un'operazione ermeneutica da parte della Corte Edu di estensione dei principi di garanzia processuale *ex art. 6 e 7 CEDU*, anche alle misure sanzionatorie adottate dalla p.a., disattendendo le scelte legislative formali dei singoli ordinamenti, in presenza di indizi elaborati dalla medesima Corte.

In un siffatto contesto, dunque, si è inserito il noto arresto del 1976 della Corte EDU, dal quale ha avuto origine l'individuazione dei cennati criteri sostanziali (cc.dd. *Engel criteria* in riferimento al nome del *leading case*¹¹) a seconda (i) della qualificazione giuridico-formale attribuita dal singolo ordinamento interno, (ii) della natura afflittivo-deterrente (caratterizzata dalla generalità applicativa della fattispecie astratta) o (iii) della severità della misura inflitta. Particolare pregnanza viene assicurata dalla Corte all'effettività di tali parametri¹²; l'applicazione giurisprudenziale, difatti, permette l'individuazione di una sanzione riconducibile nell'ambito penalistico anche in presenza di uno solo dei

quale già spettavano quelle assunte dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali); P. LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio. Report annuale, 2011*, in *www.ius-publicum.com*. Per ulteriori osservazioni critiche sull'intervento della Corte (fondato peraltro su aspetti formali per vizio di eccesso di delega), M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, p. 1166; F. MERUSI, *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012. B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction"*. *Brevi considerazioni a Consiglio di Stato sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 745.

¹⁰ A differenza quindi delle sanzioni in senso stretto, come ad esempio quelle avente carattere pecuniario, la cui misura afflittiva viene irrogata da parte dell'amministrazione senza spazi di esercizio discrezionale, quale conseguenza dell'illecito, quelle ripristinatorie sono tendenzialmente precedute da una necessaria valutazione circa il migliore perseguimento dell'interesse pubblico a séguito della violazione di una norma; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Napoli, 1983, p. 199; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 398; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1988, pp. 59 ss.

¹¹ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, parr. 81-82.

¹² Il profilo sostanziale adottato dalla Corte dovrebbe «prevenire e frustrare radicalmente ogni tentazione di elusione degli obblighi convenzionali da parte dei legislatori nazionali attraverso una c.d. truffa delle etichette»; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit. p. 4.

predetti criteri (segnatamente del secondo e del terzo), ed in ogni caso a prescindere dalla qualificazione formale o dal *nomen juris* impresso alla sanzione¹³.

Quanto premesso ci permette di introdurre l'ulteriore profilo sulle incidenze giurisprudenziali della Corte EDU in merito ai meccanismi di tutela azionabili avverso le sanzioni amministrative adottate dalle AAI.

Con le celeberrime sentenze *Menarini* (Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, ricorso n. 43509/08¹⁴) e *Grande Stevens* (Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ricorso n. 18640/10¹⁵), i giudici di Strasburgo hanno dato séguito ai criteri ermeneutici in merito alla natura formalmente sanzionatoria delle misure irrogate dalle Authorities italiane.

Con la sentenza *Menarini*, la Corte qualifica come penali i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust italiana, in conseguenza della particolare gravità della misura inflitta e delle finalità repressive e preventive perseguite¹⁶.

E così anche nella sentenza *Grande Stevens*, la Corte provvede a qualificare una sanzione come penale sia per il contenuto sostanzialmente punitivo-afflittivo della medesima che per la correlata significativa gravità della misura inflitta.

Fra i molteplici riflessi che originano dalla sentenza e che, come visto, hanno contribuito ad alimentare un ampio dibattito interdisciplinare, qui inte-

¹³ Il primo criterio, difatti, non può essere a tal fine determinante, atteso che riveste una mera funzione descrittiva sulla classificazione o meno di un'infrazione tra quelle penali e, solamente se ciò non sia rilevabile, si procede con la verifica dei successivi due parametri; per una disamina degli orientamenti giurisprudenziali della Corte, B. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it, pp. 9 ss.

¹⁴ Per una specifica analisi, A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, cit.

¹⁵ La centralità dei temi trattati nella sentenza si riverbera nei commenti prodotti in quasi tutti gli ambiti del diritto sostanziale e processuale: tra i principali contributi, G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* «Materia penale», *giusto processo* e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse, in www.rivistaaiic.it, 2014; G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 11, pp. 1321 ss.; M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2942 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1196 ss.

¹⁶ Rispetto alla tesi sostenuta dal Governo italiano sulla riconducibilità delle finalità sanzionatorie all'interesse pubblico della concorrenza piuttosto che all'imposizione di una sanzione, la Corte ha disatteso il criterio teleologico proposto in quanto, come osservato, «non è una (sempre opinabile) finalizzazione della misura, ma il suo contenuto (afflittivo invece che risarcitorio-ripristinatorio del bene giuridico leso)»; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa*, cit., p. 1234.

ressa richiamare due ambiti di riflessione che possono rappresentarsi come concentrici.

Secondo una prima linea interpretativa, la Corte EDU segna un importante passo verso un percorso di effettività e pregnanza della tutela, laddove “smaschera” provvedimenti formalmente amministrativi ma sostanzialmente penali; ciò pone la premessa, come vedremo innanzi, per la verifica, in sede processuale, della corrispondenza di un adeguato sindacato che comunemente viene espresso nel principio della *full jurisdiction*. Questa verifica, tuttavia, verrebbe contraffatta se non si desse conto del secondo ambito di riflessione, estensivo del precedente, in merito alla ricognizione di (altri) provvedimenti amministrativi sempre riconducibili alla natura *sanzionatoria* (in applicazione dei criteri *Engel*) e dunque alle tutele *ex artt. 6 e 7 CEDU*.

Su questi due ambiti desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (ed in special maniera, sul secondo di questi), si è riscontrata nell’opinione dottrinarina a volte un’enfasi ricostruttiva sulle conseguenze del rafforzamento delle garanzie processuali a tutela dei privati sanzionati, che ha determinato almeno due corrispondenti conseguenze generali, sulle quali occorre criticamente soffermarsi.

La prima configura un superamento di fatto di ogni formale (e funzionale) distinzione, precedentemente richiamata, sulle sanzioni amministrative pecuniarie, assorbite nell’ottica di tutela penalistica *tout court*¹⁷.

Senza entrare nel merito della validità (ed opportunità) della descritta *vis* estensiva, che comunque rischia di sottrarre alla verifica caso per caso della matrice sanzionatoria in relazione alle esigenze di perseguimento degli interessi pubblici¹⁸, pare utile indugiare sulla seconda conseguenza che si pone in conti-

¹⁷ Sicché sulla spinta “sostanziale” ricondotta alla giurisprudenza della Corte EDU si è sostenuto come “oggi non è dato dubitare che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative, a quelle minori per illeciti stradali) siano penali ai sensi CEDU, così reclamando pienezza di garanzie a favore del cittadino”; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p.5; o in termini ancora più marcatamente ampliativi, si afferma che «la naturale applicabilità a tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi (compresi, come si è detto, molti di quelli tradizionalmente ritenuti tali solo in senso lato) di una serie di importanti garanzie che, nel nostro ordinamento, erano state confinate all’ambito penalistico (...) si può dire che la Corte di Strasburgo abbia slegato l’applicabilità delle garanzie di matrice penalistica previste dalla CEDU dal criterio della qualificazione formale rivestita da un determinato illecito nell’ordinamento nazionale» per cui «non si dovrebbe più dubitare che quantomeno tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle più severe a quelle più miti e “bagatellari”) siano penali ai sensi della CEDU, e dunque reclamino pienezza di garanzie “penalistiche”», M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU...*, cit, p. 4 ss.

¹⁸ Si è difatti opportunamente rilevato che a fronte di un comune profilo teleologico, nel perseguimento di finalità afflittive, la sanzione amministrativa (ancorché in senso stretto), si connota in negativo per non essere né penale né civile ed in positivo per essere una misura af-

nuità con la precedente, in merito all'applicazione dei criteri di identificazione del provvedimento amministrativo.

Sulla scia di un nuovo assetto così rideterminato, si perviene a riconoscere nella “gravità” delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito la valenza di un criterio generale e sufficiente a qualificare come sanzione “penale” *qualsiasi* provvedimento adottato dai pubblici poteri¹⁹.

Dalle chiarite esigenze antielusive perseguite dalla Corte, si è originato un orientamento basato sulla preminenza accordata all'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli rispetto al carattere punitivo della sanzione: sicché sono state equiparate ai fini della tutele di *full jurisdiction* tanto le sanzioni ripristinatorie (c.d. in senso lato), quanto alcuni provvedimenti amministrativi sfavorevoli (come nel caso di un'ordinanza di demolizione per un abuso edilizio²⁰, di un provvedimento di annullamento di punti della patente²¹, di un atto di confisca di beni²²).

flittiva irrogata nell'esercizio di potestà amministrativa (E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, cit., 191), ne deriva che l'elemento di differenziazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale è la natura della funzione che in essa si esprime unitamente alla procedura applicabile e alle garanzie che vi si correlano (per la prima con impugnazione dinanzi al giudice, per la seconda con l'appello nei vari gradi di giudizio); in termini, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 47. Difatti vi è ancora oggi chi sottrae la nozione di sanzione amministrativa a qualsiasi forma di reazione della p.a. alla violazione di un precetto, rinvenendo al contrario “l'essenza e la finalità” nella funzione di “irrogare una misura afflittiva e preventiva” (S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 33; conformemente a quanto sostenuto in C. E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 351; e ancor prima in G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 38), altri invece accolgono una definizione più ampia, declinata nel generale binomio violazione-conseguenza sfavorevole (A. TESAURO, *Le sanzioni amministrazioni punitive*, Napoli, Stabilimento Tipografico Tocco, 1925, 90 ss.; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, AA. VV., Milano, 1982, p. 126).

¹⁹ Non mancano certo riflessioni tese a ridimensionare tale orientamento sulla scorta di evidenti profili di criticità sulla certezza delle categorie delle discipline pubblicistiche (A. TRAVI, *Incertezze delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 627) o, nella sistematica del diritto penale, circa le alterazioni nel rapporto tra funzione punitiva e finalità preventive (F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899; C. E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 893 ss.); in generale, sull'autonomia categoriale della sanzione amministrativa rispetto a quella penale, G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, AA. VV., Torino, 2012, p. 716.

²⁰ Si tratta della sentenza 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer c. Belgium*.

²¹ Corte EDU, sentenza 23 Settembre 1998, caso n. 68/1997/852/1059, *Malige v. France*.

²² Corte EDU, sentenza 9 Febbraio 1995, caso n. 17440/90, *Welch v. The United Kingdom*. Proprio con riguardo a questa forma di “sanzione reale”, al pari delle precedenti, si giustifica l'orientamento della Corte, in quanto è «emersa in modo espresso l'idea che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini CEDU ben tolleri al suo interno la compresenza di finalità afflittive-dissuasive e, rispettivamente, di cura concreta dell'interesse pubblico, anche — si noti — nel senso di diretto ripristino della lesione subita dall'interesse pubblico, oltre che di sua cura preventiva»; sicché, «Più in generale, sanzioni che facciano

È di tutta evidenza l'emergere della questione di fondo verso la quale si intende approdare, alla fine della ricostruzione delle più importanti argomentazioni sul tema: se il canone di piena giurisdizione viene esteso anche a provvedimenti amministrativi, di volta in volta, assunti per la "gravità" della misura irrogata e per finalità non solo afflittive, si determinano almeno due situazioni di profonda incertezza: la prima – diretta –, consiste nella fluidità dell'insieme di sanzioni/atti/provvedimenti riconducibili ad un giudizio di *full jurisdiction*; la seconda – indiretta –, porta alla creazione di una "riserva indiana" nella quale far confluire tutti gli altri provvedimenti che, come si dirà, determinano ugualmente un pregiudizio per il destinatario od il controinteressato senza godere, quanto meno astrattamente nella costruzione che si evince, di un pari processo di piena giurisdizione. In altre parole, il quadro interpretativo, così seppur rapidamente delineato, presenta due importanti risvolti problematici: l'uno volto a dibattere, sul versante sostanziale, i criteri identificativi della sanzione amministrativa (forma, sostanza, apparenza) rispetto agli altri provvedimenti (tema sul quale, viste le richiamate posizioni teoriche, non è possibile indulgere per la vastità e articolazione delle interpretazioni); l'altro, invece, che qui si intende approfondire, pone sul versante processuale la questione sulla compatibilità dei criteri adottati dalla Corte EDU – così come sostenuti nelle interpretazioni dottrinarie – all'interno del sistema di giustizia amministrativa, con riguardo all'effetto ascrivibile, di fatto, al riconoscimento di due ambiti provvedimentali (secondo il primo risvolto sopra espresso) verso i quali si andrebbe a delineare un regime processuale alternativamente riconducibile ad un giudizio di "piena giurisdizione" per i provvedimenti comunque sanzionatori, rispetto allo scrutinio dei restanti atti²³.

3. Procedimento e processo: verso un "giusto" modello europeo?

Nel tentativo di delineare i principali tratti ricostruttivi espressi dai giudici di Strasburgo quali antecedenti logici ai nodi problematici che verranno af-

seguito alla violazione di un precetto possono ben ritenersi pene in senso proprio ai fini CEDU, pur laddove non abbiano, in realtà, una finalità esclusivamente punitiva-deterrente, ma mirino piuttosto alla cura in concreto, sotto vari profili, dell'interesse pubblico, ad esempio sub specie di ripristino dei beni lesi o di prevenzione del rischio di loro futura compromissione; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 346 ss.

²³ Con immutata attualità, si illustrava come ogni provvedimento conclusivo di un procedimento ad efficacia lesiva è, in quanto impugnabile, soggetto a poteri del giudice amministrativo non differenziati, cosicché «*l'integrità dell'individuo è assicurata non solo nel momento del godimento dei propri interessi ma anche nel momento della loro difesa giudiziale e processuale*»; F. BENVENUTI, (voce) *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 456.

frontati nella successiva verifica del modello processuale, si deve fare un rapido cenno ai raccordi che in materia sanzionatoria vengono ravvisati nella relazione tra procedimento e processo²⁴. In un percorso intrapreso dalla Corte EDU volto ad estendere i confini di accusa penale ad ogni settore del diritto per garantire una generale applicazione dei canoni del “giusto” processo ad ogni pretesa azionata in un tribunale, non è rimasto escluso l’ambito del procedimento amministrativo.

Nella ricordata sentenza *Grande Stevens*, la disciplina dello specifico procedimento è stata censurata in quanto ritenuta non conforme al modello di “giusto” procedimento, segnatamente quanto al profilo del rispetto della c.d. parità delle armi²⁵. La procedura sanzionatoria seguita dalla Consob, come rilevato dalla Corte, non ha garantito un contraddittorio adeguato, sia per l’assenza di un confronto orale davanti all’organo decisorio, sia per la mancata previsione di un controesame dei testi escussi, sia per l’omessa comunicazione del rapporto finale dell’ufficio sanzioni; peraltro, si è rilevato che quest’ultimo ufficio non è risultato autonomo e distinto rispetto all’organo decisorio, per cui sussisteva anche una violazione del principio di imparzialità²⁶.

Riscontrate siffatte carenze nel regime procedimentale, i giudici di Strasburgo, rispetto al non semplice tentativo di ricondurre ad uniformità ogni singolo regime procedimentale, hanno introdotto una sorta di “compensazione” processuale. E dunque, nonostante possano sussistere delle carenze procedurali rispetto al modello di “giusto” procedimento, è sufficiente che sia garantito un sindacato giurisdizionale sull’atto sanzionatorio che assicuri una pie-

²⁴ Tema sul quale sia consentito il rinvio a A. CLINI, *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, in *Procedura, Procedimento, Processo, Atti del Convegno di Urbino, 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, pp. 129 ss.

²⁵ Per una ricostruzione sistematica del tema in relazione ai procedimenti sanzionatori delle Autorità italiane, F. TUCCARI, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, in S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Bologna 2014, pp. 159 ss.

²⁶ Con una traslazione dei canoni dal “giusto” processo al “giusto” procedimento, è stato rilevato che ogni volta in cui il contenuto di un atto finale assuma i connotati di una pena per il destinatario, incidendo sul bene della vita ad esso connesso o su profili patrimoniali, va prevista una procedura che assicuri l’indipendenza dell’autorità che adotta il provvedimento e la separazione rispetto a quella che formula l’accusa, nel rispetto dei principi di presunzione di innocenza, parità delle armi e contraddittorio pieno tra le parti; Corte EDU 5 febbraio 2004, caso 54039/00, *Morscher v. Austria*; 14 novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfaio v. United Kingdom*; 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S. A. v. France*. Per una comparazione sinottica dei procedimenti sanzionatori di competenza delle Autorità italiane, M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Bologna 2014, pp. 125 ss.

na cognizione da parte del giudice, per rendere irrilevanti i limiti ed i vizi presenti nella fase di formazione dell'atto sanzionatorio.

Non poche perplessità possono sorgere, senza poterle approfondire in questa sede, sulla convenienza di accordare un *prius* al successivo (ed eventuale) momento processuale rispetto alla fase procedimentale, o, ancora, sulla mancata insistenza di un rafforzamento inverso, nel caso in cui il giudizio non sia conforme al principio di *full jurisdiction*, modificando in termini più garantistici il modello procedimentale²⁷. In definitiva, la Corte non entra nell'ottica sostanziale e ribadisce che ogni giudice nazionale debba poter svolgere – in materia – uno scrutinio puntuale di ogni fatto e dei motivi di diritto assunti dall'amministrazione, attraverso la cognizione estesa all'intero merito della controversia²⁸.

Di fatto, la Corte sposta le garanzie del “giusto procedere” in sede giurisdizionale qualora le tutele richieste *ex art. 6 CEDU* non vengano o possano essere rispettate in sede procedimentale²⁹: sicché, in ogni caso non possono essere disattesi i canoni dell'equo processo rappresentati, come noto, dalla presenza di un giudice terzo, da una pubblica udienza, da un completo contraddittorio tra le parti e da un potere del giudicante di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*, vale a dire di una giurisdizione piena con capacità di riesaminare “*point by point*” in fatto e in diritto le decisioni amministrative impugnate³⁰.

L'approdo della Corte viene comunque bilanciato dal rispetto del principio dispositivo e di difesa delle parti: la verifica di una piena cognizione non è valutata in astratto, bensì rispetto alle concrete istanze avanzate dalla parte processuale, per cui in carenza della formulazione di tali difese non può predicarsi alcuna possibilità di sindacare la conformità del giudizio rispetto all'art. 6 CEDU³¹.

²⁷ Tematica sulla quale si rinvia alla ricostruzione costituzionalmente garantita del giusto procedimento svolta da M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Procedura, procedimento, processo. Atti del Convegno di Urbino, 14-15 giugno 2007*, Padova, 2010, p. 294.

²⁸ In linea di principio tale compensazione tra procedimento e processo è stata ammessa solamente per le *infractions légères*, limitando quindi il deficit procedimentale agli illeciti minori; dal *leading case Ötüzürk* del 1984 fino da ultimo al caso *Steininger* (Corte EDU, sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 251539/07).

²⁹ Corte EDU, 16 dicembre 2008, caso n. 23510/02, *Vitrenko and Others v. Ukraine*.

³⁰ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., p. 546.

³¹ Corte EDU, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*; 17 aprile 2012, caso 2153/07, *Steininger v. Austria*; 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, *Putter v. Bulgaria*. Come osservato, «l'oggetto della controversia deve, cioè, essere delineato dalle parti (quindi dal ricorrente, nel caso della giustizia amministrativa): se esse hanno rinunciato a far valere, in sede nazionale, vizi riguardanti l'intrinseco del-

Anche su tale versante, l'approdo finale al tema della *full jurisdiction* conferma la peculiare centralità assunta sia nel dibattito scientifico che negli orientamenti giurisprudenziali: in particolare, il percorso sulla ricerca di una piena conformazione ai principi convenzionali europei sull'equo processo, si è riservata una particolare attenzione, nel rapporto tra sindacato del giudice amministrativo e poteri sanzionatori esercitati dalle AAI, circa i limiti di cognizione del primo sulle valutazioni tecnico discrezionali eseguite dall'amministrazione, come di seguito approfonditi.

4. Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni emesse dalle Authorities.

Come noto, il sindacato sugli atti delle AAI nelle originarie previsioni delle singole fonti istitutive³² si è indirizzato, vuoi per la commistione di posizioni giuridiche soggettive coinvolte nelle attività provvedimentali, vuoi per l'attrazione verso il giudice amministrativo delle questioni coinvolgenti pubblici poteri, verso la cognizione esclusiva di quest'ultimo³³. Le varie previsioni sono state poi riassunte in termini generali nel Codice del processo amministrativo³⁴, confermando, come evidenziato, l'impianto di un sindacato che non oltrepassasse l'annullamento del provvedimento e rimettesse in gioco la valutazione dei fatti svolta dall'amministrazione³⁵.

la scelta amministrativa, non potranno poi lamentare, davanti alla Corte di Strasburgo, un difetto di sindacato giurisdizionale»; M. ALLENA, Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo, cit., p. 211.

³² Art. 33, co. 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Agcm); art. 2, co. 25, l. 14 novembre 1995, n. 481 (Aeeg); art. 1, co. 26 e 27, l. 31 luglio 1997, n. 249 e art. 9 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Agcom); art. 326, co. 7, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 309, (Isvap ora Ivass); art. 24, co. 5, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (Covip); art. 244, co. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, (Avcp le cui competenze sono oggi esercitate dall'Anac).

³³ Del resto, viene già autorevolmente sostenuto come il settore della regolazione economica e l'attività delle Autorità indipendenti trovino nel giudice amministrativo il giudice "naturale"; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, cit.*, p. 188.

³⁴ Spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il sindacato sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti inclusi quelli sanzionatori (art. 133, co. 1, lett. l); l'art. 134, co. 1, lettera c) prevede la giurisdizione di merito in relazione alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (articoli entrambi colpiti dalla Corte Costituzionale per illegittimità costituzionale nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB (sent. 27 giugno 2012, n. 162) e dalla Banca d'Italia (sent. 15 aprile 2014, n. 94); l'art. 135 disciplina la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma; per una recente ricostruzione delle alterne fasi sulla giurisdizione in materia di sanzioni comminate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti, cit.*, pp. 9-10.

³⁵ F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale, cit.*, p. 264.

Le problematiche sul rilievo delle posizioni soggettive incise e sulla natura dei poteri sanzionatori³⁶ si sono inserite all'interno del più generale tema concernente il rapporto tra discrezionalità (tecnica) e giudice amministrativo³⁷, declinando l'analisi sulle specifiche modalità di esercizio del sindacato rispetto alle scelte tecniche ed ai relativi fatti accertati dall'Autorità, alla luce dei principi del "giusto" processo CEDU affermati dalla richiamata giurisprudenza della Corte EDU.

Con riferimento specifico al tema della *full jurisdiction*, la Corte ha avuto modo di precisare la piena introspezione del giudice sul merito della questione, in particolar modo in relazione ad una cognizione dei fatti, svincolata da precedenti accertamenti svolti dall'Autorità emanante³⁸. Come anticipato, per un verso l'esercizio di una piena cognizione, tuttavia, non è per la Corte officiosa, ma resta sempre vincolata al principio della domanda, vale a dire condizionata alla effettiva istanza pretensiva della parte alla quale deve corrispondere un sindacato intrinseco e forte³⁹; per altro verso, si preoccupa di una concreta attuazione dei principi fissati dagli artt. 6 e 7 CEDU, vale a dire sottopone a verifica il singolo giudizio per riscontrare l'effettivo rispetto dei canoni convenzionali.

Il controcanto del giudice amministrativo si è modulato, a sua volta, in un percorso di verifica sulla intensità del proprio sindacato su scelte che non coinvolgano valutazioni comparative degli interessi da parte dell'amministrazione. Nel codice del processo amministrativo, come già precisato, si riconosce una giurisdizione estesa al merito sui provvedimenti sanzionatori pecuniari delle AAI: la conformazione del processo ai parametri richiesti dai principi convenzionali, tuttavia, riscontra la permanenza di una resistenza da parte del giudice amministrativo nell'esercitare pienamente "tutti gli stru-

³⁶ Il confronto, come noto, vede contrapposte una posizione a sostegno dell'esercizio di funzioni neutrali, regolatorie di tutti gli interessi in gioco da parte delle AAI, tipiche dell'attività di controllo della regolazione e di sanzione, senza alcuna valutazione e ponderazione provvedimentale, propria della cura di interessi pubblici (tra i molti, V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio della Autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 1998, 1, 239; E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 108); mentre altri sostengono che il parametro della neutralità rappresenti uno schermo non adeguato agli effettivi poteri esercitati (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., pp. 245 ss.).

³⁷ Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche a garanzia dell'effettività della tutela ex art. 24 Cost., L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422.

³⁸ Corte EDU, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, 17 aprile 2012, caso 2153/07, *Steininger v. Austria*; 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, *Puttler v. Bulgaria*.

³⁹ Sull'onere di "prendere posizione" della parte processuale e sulle ripercussioni nella tutela della posizione soggettiva processuale, F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1012 ss.

menti che il legislatore gli ha messo a disposizione”⁴⁰. Vengono, in altri termini, osservati limiti allo scrutinio giurisdizionale di fronte a valutazioni tecniche complesse o discrezionali.

In breve, il giudice amministrativo – discostandosi dalla precedente e tradizionale terminologia di un sindacato “forte” o “debole” (rispetto allo scrutinio sulla verifica della logicità, congruità, ragionevolezza, corretta motivazione ed istruzione del provvedimento) – riconosce il proprio sindacato sulle valutazioni tecniche sottostanti i provvedimenti sanzionatori adottati dalle AAI, anche quando facciano riferimento ai c.d. “concetti giuridici indeterminati” (c.d. controllo intrinseco)⁴¹.

L'intensità dello scrutinio non supera tuttavia il perimetro rappresentato dalle c.d. valutazioni tecniche opinabili: *«il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile»* (Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302). Pertanto, verso le AAI il giudice amministrativo eserciterà un sindacato pieno solamente per il profilo della quantificazione della sanzione pecuniaria, senza possibilità alcuna di sostituirsi all'amministrazione⁴².

⁴⁰ Come osservato *«non sempre i significativi poteri decisorii e sindacatori vengono concretamente esercitati dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui il fatto costitutivo dell'illecito sia un fatto semplice, suscettibile di essere accertato in modo univoco. Ma ciò non rappresenta un grande passo in avanti, giacché è pacifico, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che i fatti semplici sono passibili di sindacato giurisdizionale pieno»*; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 431.

⁴¹ E dunque *«al giudice amministrativo è consentito sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità antitrust per l'individuazione del c.d. mercato rilevante, potendo valutare, avvalendosi, a tal fine, a sua volta, sia la correttezza delle scelte tecniche dalla stessa compiute, sia l'esattezza dell'interpretazione ed applicazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta»* (Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515); o ancora, *«il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità antitrust, avviene tramite un controllo intrinseco, che consente al giudice di avvalersi anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione ed utilizzando, ove necessario, lo strumento della consulenza tecnica»* (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

⁴² In termini, Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, 896; 3 maggio 2010, n. 2502. L'impostazione giurisprudenziale viene criticata da chi sostiene che il giudice amministrativo nei confronti di provvedimenti sanzionatori di sua spettanza non può non avere gli stessi poteri riconosciuti al giudice ordinario, per cui *«può perciò senz'altro sostituirsi all'Amministrazione e quin-*

Il confine tracciato è stato oggetto di conferma anche da parte delle SS.UU. della Cassazione, per cui per quegli apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza) non si può superare il "tradizionale" sindacato estrinseco⁴³.

Si perviene così ad un assetto finale che ancora oggi, quanto ai parametri di conformità agli artt. 6 e 7 CEDU, non è in grado di soddisfare i requisiti di *full jurisdiction* richiesti dalla giurisprudenza della Corte EDU.

La dottrina ha cercato di superare questo *empasse*, attraverso una valorizzazione dei poteri del giudice alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo: si è così sostenuto che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, ritenuto astrattamente in grado di penetrare compiutamente, nel rispetto del principio della domanda, la decisione amministrativa manca qualche parola⁴⁴. È questa una posizione autorevole nel cercare di risolvere alla radice la pretesa di un processo di *full jurisdiction*, per come richiesto dai giudici di Strasburgo, ma che fatica a fare breccia negli orientamenti giurisprudenziali appena richiamati⁴⁵. Ed allora l'assetto prospettato dalla giurisprudenza, nel segno di una prevalente conformità alla tradizione del modello di divisione dei poteri,

di annullare in tutto o in parte la sanzione amministrativa o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta»; d'altro canto, si pone giustamente la domanda: «se il giudice non può sindacare i presupposti dell'illecito (lasciati alla valutazione esclusiva della p.A.) come fa a valutare il quantum?»; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 437-439.

⁴³ Più precisamente «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità» Cass. SS. UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; id., 14 maggio 2014, n. 10411. Per un commento della sentenza, B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 20 gennaio 2014, n. 1013, cit., p. 1057.

⁴⁴ La tesi è sostenuta da numerosi contributi, tra cui M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 70, per la quale la garanzia processuale di una piena giurisdizione è assicurata anche nel sindacato di legittimità se il giudice esamina ogni fatto contestato; F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, cit., p. 282, per cui nulla impedisce al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione nella giurisdizione di legittimità; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 685, che distingue tra poteri cognitori (non differenziati nel Codice tra giurisdizione di legittimità e di merito) e poteri decisorii.

⁴⁵ In particolare, per un approfondimento critico sulle modalità di accesso al fatto da parte del giudice amministrativo attraverso il ricorso alla consulenza tecnica in relazione ai parametri di *full jurisdiction*, B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction"*, cit., p. 746.

pone la questione delle ragioni per accordare una differenziazione nel regime dei poteri del giudice amministrativo distinto a seconda della cognizione di provvedimenti (anche sanzionatori ma senza contenuto pecuniario) adottati dalle AAI o di sanzioni pecuniarie (ad esclusione per il momento di quelle irrogate da Banca d'Italia e Consob).

In ogni caso, non muta prospettiva la problematica di fondo che si intende sostenere rispetto ai tanti profili altrettanto problematici fin qui esaminati: il più o meno marcato disallineamento tra giudizio amministrativo e sindacato pieno delineato dalla Corte EDU, nell'orizzonte di un'applicazione estensiva del criterio di gravità della misura inflitta dall'amministrazione, per come risulta impostato, conduce inevitabilmente ad un sistema di tutela che o contempla tutte le posizioni parimenti sacrificate, secondo parametri oggettivamente pre-determinati, o rischia di fornire risposte disomogenee di giustizia⁴⁶.

Il problema della "severità" della sanzione e del rapporto tra intensità delle garanzie *ex art. 6 CEDU* e gravità della misura inflitta, si presta ad un'obiezione di relatività di giudizio che determina, a sua volta, una incertezza sulle forme di tutela di volta in volta accordata al caso concreto. Non è tanto, esemplificando, la comparazione tra una sanzione pecuniaria di minimo importo economico ed una milionaria che identifica il parametro di correlazione, bensì una sanzione di identico valore – anche milionaria – rispetto alla sfera giuridica dei differenti operatori economici (si pensi ad esempio ad una sanzione di pari importo irrogata verso una multinazionale o verso una società locale).

Dunque, la frattura di quest'equilibrio si ravvisa in un relativismo non generalizzabile a partire dall'intensità della misura irrogata, in quanto incerto nell'applicazione ai casi concreti ma ancor prima perché confliggente con l'intelaiatura costituzionale a difesa delle posizioni giuridiche meritevoli di tutela⁴⁷.

5. Full jurisdiction: per molti ma non per tutti?

Le articolate questioni che sono state fin qui ricostruite, possono essere ricondotte, come già spiegato, a due generali nodi problematici consequenziali:

⁴⁶ Sulla ricostruzione funzionale della struttura costituzionale del diritto di azione, per tutti, L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

⁴⁷ Sull'effettività della tutela delle posizioni del privato permane estremamente attuale, anche ai fini ricognitivi del dibattito dottrinale, L. R. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, pp. 93 ss.

il primo concerne la categoria di atti adottati dalla p.a. che, in applicazione dei criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte EDU, vanno necessariamente ricondotti alle tutele di matrice penale, di cui agli artt. 6 e 7 CEDU; il secondo, in stretta correlazione con il precedente, interessa la conformità del sindacato giurisdizionale amministrativo al modello di *full jurisdiction*, in merito all'impugnazione di provvedimenti sanzionatori rispondenti ai predetti criteri.

Rispetto a questi due ambiti di discussione nonché alle sottoquestioni correlate (che, come visto, concernono le incidenze sulla ricostruzione di sanzione amministrativa, il rapporto tra procedimento e azione processuale, la distinzione ancora *in fieri* tra sindacato intrinseco ed estrinseco del giudice amministrativo), esiste, come anticipato, una terza linea problematica che, se verificata, è in grado di spostare l'asse di osservazione delle problematiche precedenti.

In un confronto generalmente positivo, salvo alcune eccezioni⁴⁸, sull'espansione applicativa degli indici rilevatori di provvedimenti amministrativi direttamente (o indirettamente) sanzionatori, giustificato sull'altare del rafforzamento della tutela assicurata da un controllo di *full jurisdiction* delle posizioni incise, non è stato palesato l'effetto finale di tali scelte, le quali, anche a prescindere da quella che potrà essere la condivisione definitiva di sanzione riconducibile alle garanzie *ex* artt. 6 e 7 CEDU, rischiano di sbilanciare, senza precise ragioni giustificative, l'equilibrio del sistema di giustizia amministrativa.

In altri termini, si profila una contrapposizione tra atti (a tutela piena) che corrispondono ai parametri del provvedimento sanzionatorio ed un insieme residuale di "altri" atti che ne risulterebbero esclusi (anche in termini di intensità di tutela).

Ed è in relazione a questa seconda area che racchiude i "restanti atti" che mi pare sussistere una questione importante di garanzia non minore rispetto a quella predicata per gli atti formalmente o sostanzialmente sanzionatori, la quale finisce per incidere direttamente sull'uniformità del modello di "giusto processo"⁴⁹. *Quid juris* sul regime di tutele per questi "restanti atti"?

⁴⁸ Per cui alcuni rivendicano una difesa della immunità della funzione amministrativa contro il garantismo panpenalistico; D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss.; altri che condividono come i numerosi contributi sulla questione dell'art. 6, par. 1, CEDU sull'esigenza di assicurare un esteso controllo di *full jurisdiction*, presentano un atteggiamento incline a rafforzare «*presoché sempre e comunque, il principio di effettività di tutela giurisdizionale verso la p.a., risolvendo ogni problema che riguarda lo spessore del sindacato del giudice amministrativo sempre nel senso che è preferibile ampliarlo piuttosto che contenerlo*»; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU, e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 507 ss.

⁴⁹ Il tema è accennato anche in S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 184, che ricorda come «*una giurisdizione piena dovrebbe essere garantita nei confronti di tutti i provvedimenti amministrativi e non solo nei confronti dei provvedimenti sanzionatori*».

Seppure impostata in termini teorici, non si fatica ad intendere come questa prospettiva sveli un quadro che delinea un sistema a tendere sbilanciato.

Nella garanzia di quella tutela eminentemente reattiva che presuppone l'adozione da parte della amministrazione di atti o comportamenti assunti lesivi di situazioni giuridiche soggettive, seguendo la tesi tradizionale che coglie nel provvedimento amministrativo l'esclusivo oggetto del processo (nel ruolo sequenziale di presupposto processuale, oggetto della trattazione e di oggetto della sentenza) ovvero secondo le nozioni epistemologiche (che distinguono tra oggetto del processo, oggetto del giudizio e oggetto della controversia), non vi è comunque ragione per una teorizzazione di un sistema differenziato di cognizione da parte del giudice⁵⁰.

Se poi dovessimo scendere ad un livello più concreto, non pare sconfessata l'intuizione di disequilibrio posta in premessa: è di comune insegnamento infatti la classificazione dei provvedimenti amministrativi secondo il segno positivo o negativo dei loro effetti potenziali in relazione, in realtà, alla preesistente posizione favorevole o sfavorevole del destinatario; sicché, la positività potenziale di un provvedimento è inversamente proporzionale alla negatività originaria della posizione del suo destinatario e viceversa⁵¹.

In termini esemplificativi, si pensi alla categoria dei provvedimenti sfavorevoli⁵², ed in particolare tra questi a quelli che non corrispondono ai *criteria Engel* e che dunque non possono rientrare nel regime di controllo di *full jurisdiction*: se dovessimo confrontarci con il criterio della gravità della misura inflitta e

⁵⁰ La pretesa del ricorrente non può quindi che riverberarsi nel processo a seconda dell'intensità fatta valere dalla parte in giudizio (*res in iudicium deducta*), non essendo riconosciuto, invece, alla natura del provvedimento impugnato di modulare l'intensità cognitoria della decisione; F. G. SCOCA, *L'oggetto del processo in generale*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) ID., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 157 ss.

⁵¹ A. ROMANO, *Diritto amministrativo*, in (a cura di) L. MAZZAROLLI – G. PERICU – ID. - F.A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA, vol. I, Bologna, Monduzzi Editoriale, 2005, pp. 205 ss.; la descrizione del provvedimento amministrativo si collega al suo carattere pluridimensionale, già da tempo descritto in merito alla configurazione di "un'entità ideale"; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1959, p. 98; di recente, in continuità con la prospettiva pluridimensionale del provvedimento, si rimanda al rigoroso studio teorico sulla ridefinizione ermeneutica della "regola" espressa dall'atto, in M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

⁵² Le tradizionali trattazioni sulla natura sfavorevole, difatti, non prendono in considerazione il parametro convenzionale della "gravità" come criterio identificativo: nel limitare i riferimenti alle recenti trattazioni manualistiche, F. G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazione*, in *Giustizia amministrativa*, cit., p. 264, distingue tra "provvedimenti favorevoli" e "provvedimenti sfavorevoli", specificando che questa distinzione è relativa alla portata dei provvedimenti "per i loro destinatari"; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 62, sottolinea come "la summa divisio è tra provvedimenti ampliativi e provvedimenti restrittivi della sfera dei destinatari".

raffrontare tale parametro alla delimitazione della posizione individuale di vantaggio concretamente incisa da tale provvedimento sfavorevole, sussistono ragioni per concepire un sistema di tutele differenziato?

Alla questione così formulata si immagina una prima ed immediata obiezione, che attinge proprio alla natura penale declinata nella gravità inflitta dalla misura sanzionatoria, che giustifica, a sua volta, un sindacato pieno: ma chi “misura” l’intensità della gravità in relazione all’interesse del cittadino? Ovvero la gravità parametrata alla relazione intercorsa tra amministrazione e cittadino?

Ed ancora, si pensi al novero dei provvedimenti favorevoli ed ai loro effetti relazionali⁵³. In disparte il profilo della pienezza con cui viene soddisfatto per il destinatario il bene della vita pur con il rilascio di un provvedimento ampliativo, il tema maggiormente qui rilevante si pone per i cd. terzi (controinteressati) nella loro posizione ibrida essendo più che un estraneo (concezione privatistica) ma meno del destinatario, dire meglio e che possono comunque agire per il corretto esercizio della funzione amministrativa⁵⁴.

Acquisito il riconoscimento plurisoggettivo della potenzialità giuridica pregiudizievole propria del provvedimento, non solo riferito alla categoria che li qualifica come sfavorevoli, restrittivi o limitativi ma anche a quella che tradizionalmente li annovera come favorevoli, ampliativi o accrescitivi, quali sono le tutele per questi soggetti che subiscono indirettamente effetti per loro negativi, gravi, severi⁵⁵.

Le esemplificazioni potrebbero ancora continuare rispetto ai comportamenti dell’amministrazione riconducibili anche mediatamente all’esercizio di poteri pubblici.

Invero, per addivenire ad un punto di equilibrio tra i due ambiti sopra delineati, non si può radicalizzare il concetto di gravità della misura sanzionato-

⁵³ Da tempo infatti dottrina più attenta ha colto come “”; G. GRECO, *Argomenti di rito amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, cit., pp. 66-67; in termini, F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 24 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 226.

⁵⁴ In altri termini, come acutamente argomentato, la peculiarità dei provvedimenti ampliativi “sta nel fatto che i potenziali soggetti giuridicamente offesi non sono di regola diretti interessati, bensì gli eventuali controinteressati o, eventualmente, altre amministrazioni pubbliche portatrici di interessi coinvolti dal provvedimento”; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, cit., p. 79.

⁵⁵ Nella attenta ricostruzione sui riferimenti legislativi – sia sotto il profilo del regime sostanziale che processuale –, viene indicato come la “la potenzialità di provocare pregiudizio alla sfera giuridica di soggetti diversi dall’autore dell’atto è uno dei caratteri che identificano il provvedimento amministrativo della l. 241/1990 e del d.lgs. 104/2010”; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in *Diritto amministrativo. Volume I. Parte sostanziale*, (a cura di) G. CARLOTTI, A. CLINI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 116.

ria irrogata: questi criteri, nel recepimento che le prevalenti analisi hanno loro riservato, mirano a rafforzare – nel sistema di riconoscimento delle garanzie giurisdizionali – certamente un modello di tutela settoriale; e ciò non in ragione della protezione di differenti posizioni soggettive o di pretese azionate davanti a giudici differenti (per quanto possano essere queste valide giustificazioni), ma dinnanzi allo stesso giudice amministrativo rispetto a interessi ugualmente degni di tutela piena ed effettiva.

La costruzione di una *full jurisdiction* sul criterio della gravità, così come declinato in precedenza, si risolve in un ritorno al passato, vale a dire in un processo sull'oggettività di un provvedimento "sanzionatorio", qualificato in relazione ad un parametro di severità che non appartiene al destinatario, ma alla caratteristica intrinseca dell'atto astrattamente inteso: così si finisce per alterare l'oggetto del giudizio, che deve essere l'atto nel perimetro tracciato dalle accuse mosse dal privato e, quindi, in relazione all'interesse sostanziale del ricorrente. Un sistema di sindacato giurisdizionale differenziato sulla base dell'intensità (astrattamente individuata) degli effetti dell'atto sarebbe inevitabilmente in contrasto con l'asserita generalità della tutela garantita al cittadino nei confronti di qualsiasi lesione inferta ai suoi diritti e interessi legittimi *ex artt.* 24 e 113 Cost.

Il raccordo va quindi rinvenuto nell'unico elemento valido e comune, vale a dire nella identificazione dell'interesse meritevole di tutela sottostante la posizione soggettiva incisa dall'atto, in conformità all'art. 24 Cost. senza graduazioni rispetto al paradigma della *full jurisdiction*.

Verrebbe altrimenti confermata un'erronea obiettivizzazione del diritto di azione, contrapposta alla causa tipica identificata dalla Costituzione "per" la tutela delle posizioni sostanziali lese dall'esercizio del potere tutto (con atti o con comportamenti mediamente ad esso riconducibili) esercitato dalla amministrazione pubblica⁵⁶.

Occorre considerare allora piena ed effettiva quella tutela della posizione sostanziale alla luce della domanda presentata dal soggetto che ricorre, senza ricondurre l'intensità e la pregnanza delle garanzie ad una tipizzazione del provvedimento sotto il profilo formale o sostanziale; occorre, in altri termini, non perdere l'attenzione sullo spessore delle posizioni giuridiche meritevoli di tutela per assicurare un omogeneo campo di indagine del giudice amministrativo. Sicché, alle letture sull'estensione delle garanzie processuali, va necessaria-

⁵⁶ E così tradire per come è stata spiegata la matrice funzionale della struttura costituzionale del diritto di azione; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., pp. 254 ss.

mente affiancata una valutazione complessiva delle incidenze che si apportano alle meccaniche del sistema posto a presidio delle posizioni giuridiche soggettive, sistema sempre migliorabile ma mai attraverso l'incognita di disequilibri nella tutela del cittadino⁵⁷.

⁵⁷ L.R. PERFETTI, *La persona "unico centro unitario cui riferirsi"*, in *Jus*, 2011, p. 471.

FULVIO CORTESE

Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
fulvio.cortese@unitn.it

AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE: POTERI DIVERSI O POTERI CONCORRENTI?

PUBLIC ADMINISTRATION AND THE JUDICIARY: ARE THEY DIFFERENT OR CONCURRING POWERS?

SINTESI

Il sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa è condizionato dal modo con cui si interpreta il principio di separazione dei poteri. A sua volta, questo principio funziona in modo diverso a seconda dell'ordinamento di riferimento e dei principi prevalenti in esso affermati. Il presente contributo prende spunto da alcune classiche elaborazioni dottrinali e da recenti orientamenti giurisprudenziali per illustrare le interazioni esistenti tra il principio di separazione dei poteri, l'ordinamento giuridico di riferimento e la profondità del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa. Tali interazioni sono destinate ad essere molto complesse allorché i contesti normativi di riferimento siano più di uno.

ABSTRACT

The judicial review on administrative action is influenced by the way in which the principle of separation of powers is interpreted. At the same time, the principle of separation of powers works differently depending on the legal system concerned and on the prevailing principles established therein. The essay is inspired by some legal scholars' classic elaborations and by some recent judgments. It aims at illustrating the interactions between the principle of separation of powers, the legal system concerned and the depth of the judicial review on administrative action. These interactions are bound to be very complex when legal systems involved are more than one.

PAROLE CHIAVE: Amministrazione, Giurisdizione, Separazione dei Poteri, Sindacato Giurisdizionale sull'Azione Amministrativa, Interazioni.

KEYWORDS: Public Administration, Judiciary, Separation of Powers, Judicial Review of Administrative Action, Interactions.

INDICE: 1. Premessa - 2. Punto di partenza: divagazione su *Gesetz und Richteramt* e su altri classici - 3. Organizzazione istituzionale e scopo dell'ordinamento: fisiologia delle interazioni - 4. Struttura e funzione nel contesto della pluralità dei sistemi normativi: il ruolo delle "alte corti" - 5. Conclusioni

1. Premessa.

La definizione del grado di profondità del sindacato del giudice sull'azione dell'amministrazione costituisce uno degli snodi più delicati della disciplina della tutela giurisdizionale amministrativa.

Il presupposto essenziale che ne ha sempre condizionato la fisionomia è rinvenibile in un assunto consolidato: di regola, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione; e ciò perché questa esercita prerogative, sulla realtà giuridica, che dal punto di vista istituzionale hanno una specifica giustificazione e corrispondono ad un potere che è diverso da quello sulla cui base il primo è legittimato ad intervenire. È il principio della separazione dei poteri, dunque, a venire in gioco; è la sua logica a risultare determinante¹. Ed è proprio sul modo di intenderla che questa riflessione vuole concentrarsi.

Per rendere al meglio il senso dell'approfondimento qui proposto, si riproducono di seguito alcuni estratti, selezionati da opere dottrinali o da pronunce giurisprudenziali in quanto idonei a fungere da spunti paradigmatici di discussione. Ad ogni estratto – che rappresenta una tappa dell'argomentazione complessiva – segue un breve commento esplicativo.

2. Punto di partenza: divagazione su *Gesetz und Richteramt* e su altri classici.

Il primo estratto, che può valere da ideale punto di partenza, è un passo di *Gesetz und Richteramt* (1885), saggio molto noto, e fondamentale, di O. von Bülow (1837-1907), uno dei padri della dogmatica del diritto processuale²:

«Lo Stato non rende manifesti le proprie norme, le autorizzazioni e i divieti soltanto attraverso la parola muta della legge, ma anche, e in maniera più determinante e incisiva, attraverso la bocca del giudice. Tanto la sentenza quanto la legge sono atti del potere ordinamentale dello Stato. Le determinazioni legislative, al pari di quelle giurisdizionali, sono rese esecutive dal potere e dalla forza coercitiva dello Stato».

Come si può osservare, ad essere al centro dell'attenzione, in queste affermazioni, è il rapporto tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale.

¹ Sul principio di separazione dei poteri v., *ex plurimis*, la ricca, e ancora insuperata, voce di G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 670 ss.

² O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885), tr. it. a cura di F. Cortese, A. Sandri in O. VON BÜLOW, P. ZORN, *Legge e giurisdizione*, Seregno, Herrenhaus, 2012, p. 17-18 (corsivi aggiunti).

Il profilo che, di tale rapporto, VON BÜLOW mette in specifica evidenza è che i frutti delle due funzioni (la legge, da un lato; la sentenza, dall'altro) sono caratterizzati, pur nella loro diversità, dall'attinenza ad un'unica sorgente, della quale sono entrambi manifestazione, vale a dire dalla loro comune riconduzione al «*potere ordinamentale dello Stato*». Ciò che VON BÜLOW vuole sottolineare, in altri termini, è che la parola del legislatore e quella del giudice non sono altro che evoluzioni e precisazioni tra loro necessariamente coordinate di un'opzione strutturale preliminare, quella della sovranità statale, che esige un'attuazione progressiva e via via perfezionata.

Nel complesso discorso dell'Autore tedesco – che storicamente, peraltro, ha ispirato interpretazioni tanto importanti e rivoluzionarie quanto forse eccessive rispetto alla sua *ratio* più autentica³ – una prospettiva di questo tipo aveva una finalità molto chiara: accreditare l'esercizio del potere giurisdizionale quale frazione dell'esercizio del potere sovrano dello Stato e far sì, di conseguenza, che al primo fossero applicabili le categorie concettuali e il metodo di indagine elaborati per il secondo.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che, per ciò che qui interessa, la lettura di VON BÜLOW costituisce espressione di una visione necessariamente unitaria e “organizzativa” dell'ordinamento giuridico e delle istituzioni che lo animano; di una visione, cioè, nella quale la diversità dei poteri che vi vengono esercitati, se per un verso assolve al compito di radicare e garantire un certo modello dello Stato di diritto, con correlata affermazione di una sorta di progressivo gradualismo tra le sue distinte espressioni sovrane (legislativa, amministrativa, giurisdizionale), per altro verso non può mai negare la compartecipazione di ciascun potere, con pari dignità, al medesimo disegno di attuazione della volontà dell'ordinamento stesso. Da questo punto di vista, l'interpretazione del giudice non è altro che la legittima e piena progressione di un progetto normativo che, pur essendovi intermediato, non viene per nulla alterato.

Quanto questa ricostruzione sia potenzialmente decisiva anche nei distinti rapporti tra potere legislativo e potere amministrativo ovvero tra potere giu-

³ Gli stimoli offerti da VON BÜLOW sono serviti a molta dottrina per approfondire in modo estremamente accurato i caratteri fondamentali dei procedimenti interpretativi del diritto scritto e le dinamiche di autonoma e sostanziale “creazione” normativa che ad essi sono sottese. È per questo che, spesso, si è attribuita allo stesso VON BÜLOW la paternità spirituale dell'approccio sociologico del diritto avviato da E. EHRLICH (1862-1922) ed anche della cd. “Scuola del diritto libero” (*Freirechtsbewegung*), che avrà, tra i suoi maestri, G. RADBRUCH (1878-1949) ed H. KANTOROWICZ (1877-1940), e che, da quel momento in poi, costituirà l'oggetto di ampi e felici studi, così come di ricorrenti, e talvolta feroci, reazioni critiche (in Europa, come Oltreoceano).

risdizionale e potere amministrativo è aspetto che aveva messo in luce il primo recensore del saggio di VON BÜLOW, P. ZORN (1850-1928), dal cui contributo è opportuno trarre il seguente passaggio⁴:

«E ciò che viene detto quanto al rapporto tra il giudice e la legge, non vale forse anche per tutti gli altri funzionari pubblici che rappresentino il potere dello Stato? Ciò che concerne la pronuncia giurisdizionale, dovrebbe valere allo stesso modo per gli altri ambiti dell'attività statale, in particolare per quelli, estesi, dell'amministrazione? Per parte nostra rispondiamo in modo assolutamente affermativo a questi interrogativi; accanto alla legge, e nella cornice dalla stessa posta, ma non in conflitto con essa, il diritto viene prodotto da tutti gli organi che rappresentano la potestà statale, da tutti gli uffici: su questa acquisizione poggia la nozione pubblicistica di potere regolativo, sotto la quale deve essere sussunta anche la pronuncia del giudice».

Con queste parole, ZORN compie ufficialmente un “salto”, applicando la tesi di VON BÜLOW, in quanto di per sé concernente la relazione tra il giudice e la legge, alla ulteriore relazione tra l'amministrazione e la legge, e aggiungendo, peraltro, che, per quanto si tratti di poteri e di organi separati, sia il legislativo, sia la giurisdizione, sia l'amministrazione producono tutti *«diritto»*; anzi, essi esercitano prerogative che sarebbero tutte definibili come espressioni di un unico *«potere regolativo»*, che in quanto tale, quindi, emerge inevitabilmente come potere condiviso, come potere che ha alla sua radice un'insopprimibile e quasi naturale esigenza di collaborazione e di mutuo riconoscimento di tutte le entità che siano chiamate a realizzarlo.

Anche l'amministrazione, in definitiva, “intermedia” il progetto normativo; anch'essa lo fa legittimamente e pienamente.

Tracce di questa impostazione si ritrovano anche in una delle più affermate e tradizionali trattazioni del diritto pubblico italiano, qual è quella di C. MORTATI, nel cui contesto si sviluppa e si “completa” il medesimo disegno, corredandolo di un altro tassello, invero decisivo, come si può leggere nei due prossimi estratti⁵:

«Assolutamente primario, creativo in modo originario, ossia non esecutivo di un precedente precetto, è solo l'atto che fonda un singolo ordinamento positivo, quello che forma la “costituzione”. Tutti gli altri atti sono di fronte alla costituzione esecutivi di questa, direttamente o indirettamente, mentre, visti nella loro posizione reciproca, sono nello stesso tempo creativi ed esecutivi (...)».

⁴ Ibid., p. 47 (corsivi aggiunti).

⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1975 (9^a ed.), rispettivamente p. 296, p. 369-370 (corsivi aggiunti).

«[L]a concreta attuazione delle predisposizioni normative può avvenire attraverso l'esercizio di attività o amministrativa oppure giurisdizionale. (...)

L'attività amministrativa, intesa nel suo significato più generale, è quella che ogni entità, sia privata che pubblica (una volta costituita, con la determinazione dei fini da conseguire in relazione ai propri bisogni, e con la predisposizione almeno di un minimo delle modalità di azione necessarie ad un suo ordinato svolgimento), esercita per soddisfare in concreto i bisogni stessi».

Non solo, in queste puntualizzazioni, si conferma che l'amministrazione e la giurisdizione sono compartecipi della realizzazione della volontà normativa: esse concorrono, infatti, nella «concreta attuazione» dei precetti. Nell'argomentazione mortatiana si giustappone alla descrizione di questo quadro un duplice chiarimento:

(a) che, in uno Stato costituzionale, la predetta volontà non compete soltanto al legislatore, perché anch'esso è de-limitato dal solo «atto che fonda un singolo ordinamento positivo, quello che forma la "costituzione"»: quello, in altre parole, che organizza e legittima tutti i poteri nella prospettiva di renderli sinergici alla piena soddisfazione degli obiettivi teleologicamente irrinunciabili dell'ordinamento;

(b) che in un'articolazione di questo genere ad essere protagonisti della garanzia materiale del pratico e diffuso raggiungimento dei citati obiettivi costituzionali vi sono anche i soggetti privati, come «entità» che, nell'esprimere appieno gli spazi d'azione che la cornice costituzionale riconosce e intende invocarne, contribuiscono, sul piano di un'attività (sia pur diversamente) «amministrativa» all'attività unitaria e coordinata di «concreta attuazione delle predisposizioni normative».

Ciò premesso, l'elemento che qui occorre sottolineare non è il sostanziale, quanto evidente, organicismo di queste raffigurazioni. Di esse va enfatizzato l'*input* metodologico che evidentemente esprimono allorché si voglia correttamente impostare il tema della separazione dei poteri e della sua conseguenza sul piano del sindacato giurisdizionale sull'attività della pubblica amministrazione.

In altre parole, se la collocazione ordinamentale dei poteri e la sua unitaria funzionalità non si possono comunque trascurare, allora ciò significa che la profondità del sindacato del giudice sull'azione amministrativa è questione che non si potrà risolvere soltanto sulla base di ciò che è desumibile dalla teoria o dalla logica del giudizio che è chiamato a compiere (e, dunque, sulla base di che cosa possa significare, in astratto, l'accertamento che in esso si svolga), dovendosi, viceversa, ricorrere all'*analisi della dimensione teleologica* che il livello costitu-

zionale ha impresso all'ordinamento. Perché è da questa analisi che si potrà comprendere se l'attività concretizzante del giudice debba o meno prevalere su quella dell'amministrazione, e a quali condizioni.

Anche questa non è una "lezione" nuova. Di essa vi è una programmatica formulazione in un testo molto conosciuto e autorevole, preso spesso ad esempio per ogni trattazione della disciplina del processo amministrativo⁶:

«Se (...) quella di qualificare la struttura di un processo è la questione fondamentale di ogni scienza processuale, tuttavia nessuna scienza processuale può pervenire a risolvere tale questione partendo soltanto dai dati processuali: perché questi non rappresentano se non, appunto, "un dato", il quale deve essere qualificato secondo un criterio e perciò nei confronti di un ordinamento più vasto di quello cui il dato dà luogo. Questo criterio è quello del diritto pubblico generale e questo ordinamento è perciò quello dello Stato».

Da quest'ultimo estratto si comprende, in estrema sintesi, che, dal punto di vista dell'approccio che l'interprete dovrebbe seguire, la connotazione dell'identità e della fisionomia dell'«ordinamento più vasto» – e dunque anche della cornice costituzionale complessiva – è l'operazione pregiudiziale senza la quale ogni interpretazione nella materia processuale rischia di incorrere nel più tipico Münchhausen-Trilemma, finendo per giustificarsi in base ad assunti che, in verità, consentono di essere razionalizzati soltanto in modo autoreferenziale e che, invece, dovrebbero trovare un appoggio su di un piano superiore ed unitario. Poiché è a *questo* piano, come si è visto, che compete naturalmente anche la definizione del senso della separazione e del contemporaneo e necessario coordinamento tra i poteri, sono gli svolgimenti concernenti l'individuazione di questo stesso piano, e la decifrazione dei suoi significati, a spiegare sia le oscillazioni che la concorrenza tra giudice e amministrazione produce storicamente in punto di determinazione del grado di tutela giurisdizionale realmente conseguibile dinanzi all'esercizio del potere amministrativo, sia gli effetti che la riflessione concreta, quasi microfisica, sui limiti di questo sindacato può a sua volta sortire sulla fisionomia e sulle modalità di quella concorrenza.

3. Organizzazione istituzionale e scopo dell'ordinamento: fisiologia delle interazioni.

Il percorso che in proposito ha svolto la giustizia amministrativa italiana è ben conosciuto.

In particolare, in merito al sindacato giurisdizionale e alla sua ampiezza – ed alla possibilità che esso si risolva, se del caso, anche nella immediata defini-

⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 13 (corsivi aggiunti).

zione concreta di ciò che l'amministrazione debba riconoscere *in positivo* al cittadino che chiede tutela al giudice, con episodica “rottura” del principio di separazione tra i poteri – un recente punto di approdo può essere sintetizzato da alcuni svolgimenti della motivazione di una delle prime e più pionieristiche sentenze pronunciate dal giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore, nel 2010, del codice del processo amministrativo⁷:

«L'ordinamento processuale amministrativo (...) si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto. Si tratta di un percorso che ha visto lungamente confrontarsi, da un lato, la visione che concepisce il giudizio amministrativo come strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa (e, conseguentemente, intende l'interesse legittimo come “regola di coesistenza”, volta a conciliare l'interesse privato con quello pubblico); dall'altro, l'idea di una giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali (...).»

«[S]enza dubbio, spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione».

«È ben possibile (...) che anche una attività “in limine litis” connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai “segnata” nel suo sviluppo. (...) Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (...), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza,

⁷ V. Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 (corsivi aggiunti). Cfr. il commento di D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 715 ss.

sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati».

Nella lettura di questi estratti l'aspetto che più rileva non è quello relativo alla combinazione simultanea di alcuni problemi ricorrenti e tuttora discussi (il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità; la tutela dell'interesse al provvedimento; l'esaurimento circostanziato del potere...). L'aspetto più significativo è il modo con cui l'esigenza di affermare, in punto di giurisdizione, un paradigma pre-dato di *«tutela delle pretese sostanziali»* giustifica e accompagna l'argomentazione volta a trasformare un regime di tendenziale e programmatica diversità, e quindi di alterità e non sovrapponibilità, di due distinti poteri (quello giurisdizionale e quello amministrativo), in un regime di combinazione/sequenza di prerogative che, al fondo, non possono che risultare tutte doverosamente coordinate in funzione del predetto paradigma. È l'influsso dell'*«ordinamento più vasto»* di cui si è ragionato al termine del precedente paragrafo a svolgere un ruolo decisivo in questa direzione. E non è un caso che questo influsso sia destinato a farsi tanto più forte allorché, con l'approvazione del codice del processo amministrativo, ad esso si è data una particolare ed esplicita emersione normativa: l'art. 1, come è noto, afferma che *«[l]a giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»*.

Si tratta, a ben vedere, di un influsso che può avere intensità differenziate, e che, quindi, può palesarsi in forme all'apparenza non necessariamente coerenti od omogenee.

Vi sono esempi in cui l'influsso diretto a rafforzare o a promuovere determinate *«pretese sostanziali»* è così forte da portare, sempre sul piano della cornice dell'*«ordinamento più vasto»*, alla creazione di situazioni soggettive di nuova generazione e di natura privilegiata, capaci addirittura di alterare i comuni criteri di individuazione del potere giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla specifica domanda di tutela. Si consideri il seguente estratto, ricavato da una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸:

«In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inte-

⁸ Cass. Civ., SS.UU., 30 marzo 2011, n. 7186.

so configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come “diritto assoluto” in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa».

Il Supremo Collegio si occupa, nella fattispecie, della tutela giurisdizionale del “diritto a non essere discriminati” (di cui agli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, e 4 e 4 bis del d.lgs. n. 215/2003), ossia di una super-situazione soggettiva, di matrice innanzitutto europea, che è quasi in grado di astrarsi dalla natura giuridica (di interesse legittimo o di diritto soggettivo) della posizione sostanziale di cui è titolare un determinato soggetto, e che, sulla base di questa astrazione, giunge anche ad individuare una giurisdizione *ab hoc*, costituzionalmente legittima⁹ e dotata di prerogative fortissime, capaci di spingersi anche all’annullamento di ogni confine tra il potere giurisdizionale e quello amministrativo. Qui l’esigenza di garanzia sostanziale è fortissima, al punto da connotarsi come generativa di un circuito del tutto autonomo tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Vi sono, al contempo, altri esempi in cui la considerazione dell’«ordinamento più vasto», in ipotesi lo stesso (*i.e.* quello europeo), porta a configurare una sorta di pregiudiziale compressione dell’istanza di garanzia delle pretese sostanziali, e ciò anche laddove essa si possa giovare di principi e istituti tipici e strutturanti della tutela giurisdizionale e dell’esercizio del relativo potere.

Risulta emblematico, in proposito, il famoso pronunciamento della Corte di giustizia, tanto commentato e analizzato, sul caso *Lucchini*, nel quale il giudice europeo è parso mettere in dubbio – addirittura... – la tenuta dell’intangibilità del giudicato¹⁰:

«[L]a valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell’ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario.

⁹ Cfr. l’art. 113, comma 3, Cost.

¹⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 18 luglio 2007, nel procedimento C-119/05, *Lucchini* (corsivi aggiunti). Tra i diversi, numerosi, commenti v. specialmente C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 ss., nonché A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti* (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1217 ss., e N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 559 ss.

Le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

L'impressione che questa sentenza abbia creato un “cortocircuito” con uno dei capisaldi della disciplina processuale nazionale (se non della disciplina processuale *tout court...*) è assai ingannevole. In questa pronuncia, infatti, si è voluta dare logica e prioritaria – e condizionante – considerazione al piano organizzativo dei rapporti tra poteri imputabili a sistemi normativi diversi. Sicché non vi è stata, a ben vedere, una limitazione degli effetti del giudicato, bensì una *pre-definizione* di ciò che il potere giurisdizionale di un organo giudicante nazionale può accertare a fronte di una competenza allocata in capo ad altri poteri, amministrativi, delle istituzioni europee. Qui, chiaramente, è il tema organizzativo dei poteri a venire direttamente in gioco e a comportare uno slittamento dell'assetto delle tutele.

Altre volte, poi (ma sempre rimanendo nel contesto europeo), si dà un effetto combinato del tema più schiettamente organizzativo e dell'istanza di tutela di specifiche pretese sostanziali, con la conseguenza, per il tramite di tale combinazione, di incidere sul comune modo di guardare ad altre nozioni essenziali del diritto processuale, come può essere quella della legittimazione processuale.

È questo il caso delle vicende concernenti la decifrazione degli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia sulla disciplina italiana del ricorso incidentale escludente nell'ambito del giudizio amministrativo, nella sentenza *Fastweb*¹¹ come nella successiva sentenza *Puligienica*¹², dal cui dispositivo si può riprendere il seguente passo:

«L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del

¹¹ Corte di giustizia, 4 luglio 2013, nel procedimento C-100/12, *Fastweb*. Cfr. la nota di E.M. BARBIERI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 802 ss.

¹² Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 aprile 2016, nel procedimento C-689/13, *Puligienica*. V. i commenti di A. GIUSTI, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2221 ss., e G. SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 336 ss.

Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente».

Lo svolgimento delle argomentazioni spese dal giudice europeo, fondate sul principio della parità delle armi tra i soggetti che nel giudizio si affrontano per contendersi le utilità connesse all'aggiudicazione di un determinato appalto, conduce, come è noto, ad una conclusione che entra in rotta di collisione con il modo con cui la giurisprudenza nazionale concepisce tradizionalmente il ruolo paritario delle parti processuali e la possibilità, per le stesse, di sollevare questioni pregiudiziali capaci di portare il giudice alla definizione in rito della lite. Il fatto è che la “parità” cui pare alludere la Corte di giustizia è, innanzitutto, la *parità delle imprese concorrenti*: esigenza di diritto sostanziale così forte, nell’«ordinamento più vasto» di matrice sovranazionale, da non consentire che, in presenza di addebiti reciproci aventi potenzialmente analoghi effetti assolutori dell’obbligo di decidere nel merito da parte del giudice, il diritto processuale finisca per accreditare vincitore un soggetto che avrebbe potuto comunque non risultare legittimo vincitore secondo l’applicazione del diritto dell’Unione europea.

Va notato che, a tale riguardo, il tema organizzativo dei poteri è ben presente, poiché, nel momento in cui la Corte di giustizia, in questo filone giurisprudenziale, specifica che la conclusione cui è giunta, così come riassunta nel dispositivo sopra riprodotto, va confermata *anche in presenza di più imprese partecipanti e concorrenti*, intende probabilmente garantire che l’effettiva e uniforme applicazione del diritto dell’Unione possa passare anche, se non in primo luogo, dalla doverosa attivazione – anche dopo l’eventuale pronuncia del giudice amministrativo che dichiara l’esclusione di entrambe le parti in causa – dei poteri di autotutela dell’amministrazione aggiudicatrice.

4. Struttura e funzione nel contesto della pluralità dei sistemi normativi: il ruolo delle “alte corti”.

Dalle esemplificazioni da ultimo fornite, dunque, si fa strada una constatazione molto importante: il rapporto tra i poteri e le sue conseguenze sul piano dei modi e della profondità, oltre che della tipologia, del sindacato giurisdizionale.

zionale sono al centro, sul piano ordinamentale, della *competizione tra riferimenti teleologici differenti e non sempre facilmente componibili*. Ma si può anche aggiungere che la centralità di questi riferimenti in competizione non è altro che lo sviluppo e la realizzazione piena di una profonda mutazione nella concezione stessa dell'ordinamento e del diritto, e in particolare di una trasformazione che si è affacciata sin dalla prima metà del Novecento e che le costituzioni del Secondo Dopoguerra e la diffusione del diritto sovranazionale hanno ulteriormente enfatizzato.

Si tratta, segnatamente, del cambiamento che aveva traguadato, sia pur nel contesto di una riflessione forse oggi datata, N. BOBBIO, del cui pensiero è opportuno riprodurre un breve stralcio, tratto da uno dei suoi più noti studi sulla funzione promozionale del diritto, pubblicati nel 1977¹³:

«Mi sembra che una delle ragioni del disinteresse dei teorici del diritto per il problema della funzione stesse proprio nella sua presunta irrilevanza. Alla considerazione che il diritto fosse caratterizzato dall'essere uno strumento specifico che doveva servire allo svolgimento di più funzioni, si aggiungeva anche la considerazione che le stesse funzioni erano svolte in diverse società, ma anche nella stessa società, con altri mezzi, e che pertanto, mentre era legittimo parlare rispetto al diritto di alternative funzionali, non sarebbe stato altrettanto legittimo parlare di alternative strumentali. In sostanza il rapporto fra lo strumento e i suoi possibili usi non era univoco: lo stesso strumento poteva essere usato per fini diversi, così come ciascuno di questi fini poteva essere ottenuto ricorrendo anche a strumenti diversi dal diritto (cioè dal ricorso all'ordinamento della forza monopolizzata). Questa irrilevanza del problema della funzione faceva sì che si desse per ammesso: a) che il diritto avesse una o più funzioni; b) che avesse una funzione positiva (una eu-funzione); c) quale o quali funzioni avesse; d) come l'esercitasse. Chi voglia ora darsi una ragione dell'interesse attuale della teoria giuridica per lo studio della funzione o delle funzioni del diritto ritengo debba andare a cercare proprio nel fatto che tutte e quattro quelle verità tramandate, consolidate e accettate come indiscutibili o non degne di discussione sono al centro di un ampio e tutt'altro che esaurito dibattito».

Le perplessità o gli attriti che sono cagionati dai rivolgimenti “processuali” del tema del rapporto tra i poteri e della sua attinenza alla definizione degli scopi dell'ordinamento – perplessità e attriti che si sono plasticamente constatati, in quanto visti in alcune sintomatiche interazioni, nel paragrafo precedente – dipendono largamente dall'acquisizione di un punto di vista che è ancora e prevalentemente “mono-strutturale” (dandosi ancora per scontata, come direbbe BOBBIO, l'*irrilevanza del problema della funzione*), e ciò nonostante una

¹³ N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, ed. 2007, p. 77 (corsivi aggiunti).

realtà giuridica che, invece, si è di fatto *aperta*, e da molto tempo, anche sotto l'influsso dell'interpretazione costituzionale (prima) e del diritto dell'Unione europea (poi), ad una dimensione “pluri-funzionale”; una dimensione che pone in diffusa competizione scopi e organizzazioni differenti.

Non deve stupire, quindi, che vi siano delle “reazioni” a questa trasversale fisiologia competitiva, né deve sorprendere che siano le “alte corti” (l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ad esempio; o la Corte di cassazione; o la Corte costituzionale; oppure, ancora, la Corte di giustizia o la Corte europea dei diritti dell'uomo) a ritagliarsi il ruolo di “regolatori” o “coordinatori” dei possibili conflitti e, con essi, dell'azione di individuazione della *funzione* prevalente (che equivale a dire “dell'ordinamento più vasto da prendere a riferimento”).

Si prendano in esame, sul punto, altri due estratti, selezionati, rispettivamente, da una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁴ (che si rivolge alla Corte di giustizia) e da una pronuncia della Corte di cassazione¹⁵ (che si rivolge alla Corte costituzionale):

«Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 1, paragrafi 1, comma 3, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 – che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 – possa essere interpretato nel senso che esso consente che, allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione), sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.)».

«Ritiene il Collegio che l'imposizione del dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB (ossia di non ritardarne lo svolgimento e di ottemperare tempestivamente alle richieste provenienti dalla Commissione) anche in capo al soggetto al quale,

¹⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., ord. 11 maggio 2018, n. 6.

¹⁵ Cass. civ., Sez. II, ord. 16 febbraio 2018, n. 3831.

nell'esercizio di dette funzioni di vigilanza, la stessa CONSOB ascriva illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate possa risultare in contrasto con l'art. 6 p. 1 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU ed assunto come fonte integratrice del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., comma 1, laddove tale articolo prescrive che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali».

Le due ordinanze in questione sono molto utili per la comprensione dei meccanismi qui illustrati.

Nella prima il Consiglio di Stato pone nuovamente alla Corte di giustizia alcune questioni collegate a quelle affrontate dalla stessa nella giurisprudenza *Fastweb* e *Puligienica*, di cui si è già detto, chiedendo chiarimenti sulla problematica situazione in cui, come si è parimenti ricordato, a partecipare alla gara controversa siano stati più soggetti, anche diversi da quelli che hanno effettivamente promosso un rimedio giurisdizionale a tutela della propria posizione sostanziale.

Il profilo meritevole di interesse, in questo caso, consiste nella circostanza che il Consiglio di Stato cerca di trovare un rafforzamento delle prerogative dell'organo giurisdizionale rispetto a quelle dell'amministrazione aggiudicatrice che possa intervenire in autotutela, “suggerendo” (quasi) alla Corte di giustizia che una soluzione diversa da quella auspicata potrebbe porsi in contrasto con elementi irrinunciabili della logica – o, se si vuole, del “dato” – processuale, quali il principio della domanda, l'onere della prova, il regime del giudicato.

Ancor più interessante è la fattispecie affrontata alla Cassazione nella seconda delle ordinanze parzialmente riproposte in questa sede.

La competizione tra funzioni e sistemi di norme diversi, infatti, è ancor più accentuata, visto che la Suprema Corte chiede alla Corte costituzionale di accertare il contrasto tra la configurazione del diritto di difesa procedimentale quale essenziale prerogativa del soggetto passibile di sanzioni amministrative (configurazione che la Corte individua come dominante nell'assetto costituzionale e nella disciplina posta dalla CEDU, rilevante quale parametro interposto *ex art. 117, comma 1, Cost.*) e la configurazione di quel medesimo diritto quale situazione soggettiva bifronte e contrassegnata, come tale, da un compresente obbligo di collaborazione con l'amministrazione procedente (configurazione che la Corte riconosce nella lettura che di questa forma di difesa procedimentale tendono a dare il diritto dell'Unione europea e la Corte di giustizia).

Va notato che, in entrambe le situazioni (quella conosciuta dal Consiglio di Stato e quella conosciuta dalla Cassazione), le “alte corti” cercano tra loro un dialogo, in una rete di interlocuzioni che non è per nulla semplice, poiché, vertendosi di principi che hanno un'indubbia rilevanza sul piano della garanzia co-

stituzionale di determinati diritti e del correlato sistema di “stato di diritto” che è preordinato a tutelarli, si può porre facilmente il tema di quale sia, nell’ordinamento interno, il giudice per così dire “privilegiato” ad intervenire sulla individuazione – come si avvertiva – della “funzione prevalente”. Ciò va precisato perché, in materia, sussistono, soprattutto nei confronti del ruolo del giudice costituzionale nazionale, sia sostanziali spinte centrifughe¹⁶, sia espresse indicazioni centripete¹⁷: nell’uno come nell’altro caso si tratta della ricerca di quale sia (come si precisava dianzi) l’«ordinamento più vasto» al quale riferirsi, ossia il quadro di riferimenti teleologici concretamente predominante.

5. Conclusioni.

Il breve itinerario qui percorso, se da un lato non consente di offrire risposte dogmaticamente univoche al problema della separazione/concorrenza dei poteri quale chiave di lettura essenziale per definire il connesso problema del sindacato giurisdizionale sull’attività dell’amministrazione, dall’altro permette di evidenziare con chiarezza che il primo problema non è di pronta definizione, e ciò per il fatto che esso assume declinazioni storicamente e normativamente differenti, a seconda del quadro (del “dato”) fondamentale (ordinamentale) nel quale si iscrive e dei principi di tutela sostanziale e organizzativi che lo reggono.

Inoltre, si è anche compreso che la decifrazione del regime puntuale ed effettivo di coordinamento tra dati ordinamentali diversi e compresenti è lasciata al dialogo tra le “alte corti” e al modo con cui esso si sta via via affermando, nel gioco delle interpretazioni che queste di volta in volta stanno for-

¹⁶ È questo il caso, ad esempio, di Tar Piemonte, ord. 17 gennaio 2018, n. 88, che si rivolge direttamente alla Corte di giustizia per valutare la “conformità” della disciplina di cui all’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che impone all’operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l’ammissione/la mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l’ammissione/l’esclusione dei partecipanti.

¹⁷ V. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, nella quale si riconduce alla sfera di preliminare attrazione del giudizio (nazionale) di legittimità costituzionale la valutazione sulle norme che violino contemporaneamente i principi della Costituzione e della Carta di Nizza in tema di diritti della persona. Si tratta di pronuncia già pluri-commentata. V., ad esempio, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (17 dicembre 2017), A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, ibid., e D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, ibid. (24 gennaio 2018). Ma v. anche A. RUGGERI, *Una prima, canta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta Online*, I/2018 (23 febbraio 2018), che mette in relazione, correttamente, la sentenza della Corte costituzionale con quella della Cassazione, già cit. *supra* a nt. 15.

nendo, per lo più in via di attuazione unilaterale del reciproco quadro normativo, concepito sempre quale «*ordinamento più vasto*» e, come tale, preminente.

Se queste conclusioni corrispondono al vero, l'interprete e l'operatore del processo amministrativo non possono che acquisire che la fisionomia della tutela di cui si occupano è racchiusa in un meccanismo pregiudiziale di riconoscimento della norma sostanziale applicabile e dei suoi "scopi", la cui individuazione e interpretazione consentiranno di orientare funzionalmente il significato del rapporto tra il potere amministrativo e quello giurisdizionale ora in una direzione, ora nell'altra.

PIERO DE LUCA

Ricercatore confermato di Diritto dell'Unione Europea
presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale

piero.deluca@hotmail.it

PORTATA E LIMITI DELLA COMPETENZA DI PIENA GIURISDIZIONE NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

THE SCOPE AND LIMITS OF THE UNLIMITED JURISDICTION IN THE EU LEGAL ORDER

SINTESI

Il presente contributo è volto ad elaborare alcune riflessioni in ordine alla natura, alla portata e ai “limiti” della competenza di piena giurisdizione riconosciuta in capo agli organi giurisdizionali nell'ordinamento dell'Unione, con particolare attenzione all'ambito antitrust. Tale competenza configura una modalità di attuazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, che trova espressione nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e corrisponde, nel diritto dell'Unione, all'art. 6 della CEDU. Lo scopo principale di una simile competenza è quello di integrare l'effettività del sindacato di legittimità svolto dal giudice dell'Unione in virtù dell'art. 263 TFUE, assicurando l'effetto utile di una sentenza che annulli una decisione delle Istituzioni dell'Unione che imponga una sanzione, così da garantire la più ampia soddisfazione in sede giurisdizionale alla posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente, consentendo al giudice dell'Unione, per esigenza di economia procedurale, di concludere egli stesso il “procedimento”, senza dover rinviare a tal fine all'Istituzione competente. In tale contesto, l'indagine rivela però che questa competenza è soggetta ad alcuni limiti “intrinseci” ed “estrinseci”.

Da un lato, pur non essendo subordinato alla previa constatazione d'illegalità della decisione impugnata, il sindacato di piena giurisdizione può essere esercitato soltanto mediante il ricorso agli strumenti procedurali propri del ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE, in virtù della natura “non autonoma” dello stesso. Dall'altro, le giurisdizioni europee devono rispettare gli stessi principi giuridici che si impongono alle Istituzioni dell'Unione nel corso del procedimento interno diretto all'adozione di un atto che commina sanzioni a persone fisiche o giuridiche. In tale prospettiva, si rileva dunque, al termine dell'analisi svolta, che, laddove consentita dalla normativa europea, la competenza di piena giurisdizione riduce fortemente la distanza e la separazione tra potere amministrativo e giudiziario. Per questa ragione, sarà opportuno calibrare bene, nel

corso di future evoluzioni legislative in materia, la portata e i limiti di una simile competenza, così da conciliare al meglio l'esigenza di una protezione giurisdizionale efficace ed effettiva con il rispetto dell'equilibrio istituzionale e la separazione dei poteri che caratterizza l'architettura costituzionale dell'Unione.

ABSTRACT

This article investigates the nature, scope and “limits” of the full jurisdiction acknowledged by the EU law system to the EU courts, with special focus on the antitrust law. Such jurisdiction constitutes a means to implement the principle of effective jurisdictional protection, that is enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights and corresponds, in the EU law, to Article 6 of the ECHR. The main purpose of the unlimited jurisdiction is to supplement the effectiveness of the legitimacy review carried out by the EU judge pursuant to Article 263 of the TFEU. In case a EU decision to impose a fine were avoided, the EU judge would be allowed to close the “procedure” without referring the issue back to the competent institution. Thus, the full effect of the avoidance would be preserved and the applicant's request for judicial protection would be given immediate satisfaction. Within this framework, the investigation reveals the “intrinsic” and “extrinsic” limits of the unlimited jurisdiction.

On the one hand, such jurisdiction does not provide for an autonomous legal remedy. In fact, while the prior ascertainment of the unlawfulness of the challenged administrative measure is not a precondition to exercise this jurisdiction, the latter may only be applied within the framework of the legitimacy review of measures of the EU institutions, more particularly in actions for annulment pursuant to Article 263 of the TFEU. On the other hand, the exercise of unlimited jurisdiction by the EU courts must abide by the rules and principles applicable to the EU institutions when imposing fines on individuals or legal persons. In such perspective, the analysis reveals that the exercise of unlimited jurisdiction – insofar as it is allowed by the relating EU legislation – significantly reduces the distance between administrative and judicial power. Therefore, any future development of the EU legal framework should take into account the scope and limits of the unlimited jurisdiction and strike a fair balance between the need to ensure efficient and effective judicial protection and that to abide by the institutional balance and separation of powers inherent in the EU law system.

PAROLE CHIAVE: Competenza di piena giurisdizione, sanzioni, antitrust, tutela giurisdizionale effettiva, rapporto con ricorso in annullamento.

KEYWORDS: Unlimited jurisdiction, fines, antitrust, effective judicial protection, relationship with the action for annulment.

INDICE: 1. Introduzione - 2. La competenza di piena giurisdizione nell'ambito del sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedure previsto dai Trattati: l'origine - 3. La *ratio* della competenza di piena giurisdizione - 4. Il rapporto tra la competenza di piena giurisdizione e il ricorso di annullamento ex art.

263 TFUE - 5. Caratteristiche e limiti “estrinseci” del sindacato di piena giurisdizione - 6. La competenza di piena giurisdizione in ambito antitrust: la base giuridica e la *ratio* - 7. La portata della competenza: cosa implica il sindacato di piena giurisdizione - 8. I limiti “intrinseci” della competenza di piena giurisdizione ? - 9. Conclusioni

1. Introduzione.

Com'è noto, «*il controllo della legittimità degli atti dell'Unione che la Corte garantisce in forza dei Trattati riposa [...] su due procedimenti giurisdizionali complementari. Infatti, il Trattato FUE, agli articoli 263 e 277, da un lato, e all'articolo 267, dall'altro, ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti dell'Unione, affidandolo al giudice dell'Unione*»¹.

Nell'ambito dei ricorsi diretti contro gli atti dell'Unione², il Trattato FUE istituisce, in particolare, «*oltre a un controllo di legittimità, attualmente previsto dall'art. 263 TFUE, [...] un controllo esteso al merito*»³, che amplia⁴ e completa⁵ i poteri di cui dispone il giudice dell'Unione nell'ambito del ricorso ex art. 263 TFUE.

La disciplina di tale “controllo esteso al merito” trova fondamento nell'art. 261 TFUE, il quale dispone che «*[...] regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni dei trattati possono attribuire alla Corte di giustizia dell'Unione europea una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi*».

Si tratta della c.d. competenza di piena giurisdizione⁶ (definita, in inglese, *comprehensive full review* oppure *unlimited jurisdiction*) che consente al giudice dell'Unione di estendere il suo sindacato giurisdizionale dalla semplice legittimità “amministrativa” al merito stesso di un atto delle Istituzioni europee, più precisamente di un regolamento, in ordine segnatamente all'ammontare delle sanzioni dallo stesso comminate.

¹ Sentenza del 28 marzo 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, punto 66 e giurisprudenza citata.

² Lasciando dunque da parte, segnatamente, il rinvio pregiudiziale di validità ex art. 267 TFUE.

³ Sentenza dell'8 dicembre 2011, KME Germany e a./Commissione, C-389/10 P, EU:C:2011:816, punto 120.

⁴ Ordinanza del 9 novembre 2004, FNICGV/Commissione, T-252/03, EU:T:2004:326, punto 25.

⁵ Sentenza dell'8 dicembre 2011, Chalkor/Commissione, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punto 63.

⁶ L'espressione “competenza di piena giurisdizione”, pur essendo estranea alla lettera dell'art. 261 TFUE, ben si presta per indicare la portata del sindacato svolto in tale contesto dalla Corte, e che traduce la più nota espressione francese *compétence de pleine juridiction*.

In tale contesto, il presente contributo è volto ad elaborare alcune riflessioni in ordine alla natura, alla portata e ai “limiti” della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione.

A tale scopo, ci si soffermerà, in primo luogo, sull'origine, sulla ratio e sui limiti “estrinseci” della competenza in parola nell'ambito del sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedure previsto dai Trattati, provando a delineare, in particolare, il rapporto, non sempre lineare e chiaro, tra il ricorso di annullamento previsto all'art. 263 TFUE e la competenza di piena giurisdizione.

In secondo luogo, si analizzerà la specificità di tale competenza estesa al merito con particolare riguardo al settore nel quale il giudice dell'Unione ha avuto modo di esercitare maggiormente la suddetta prerogativa, vale a dire quello delle ammende per violazioni delle regole di diritto della concorrenza. Tanto facendo riferimento soprattutto alla giurisprudenza della Corte in materia.

Seguiranno infine alcune considerazioni conclusive al riguardo.

2. La competenza di piena giurisdizione nell'ambito del sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedure previsto dai Trattati: l'origine.

Come rilevato dall'avvocato generale Wathelet, nelle celebri conclusioni pronunciate nella causa *Telefónica*, « *[s]in dal Trattato di Roma del 25 marzo 1957, la Corte di giustizia ha ricevuto, in materia di sanzioni, una competenza molto particolare: il sindacato giurisdizionale anche di merito*⁷». L'art. 172 di tale Trattato disponeva, infatti, che «*[i] regolamenti adottati dal Consiglio in virtù delle disposizioni del presente trattato possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi*».

Va detto, però, che ancor prima del Trattato di Roma, l'art. 36 del Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio già prevedeva che le sanzioni pecuniarie e le penalità inflitte in virtù delle disposizioni di tale Trattato potessero formare oggetto di «*ricorso di piena giurisdizione*» dinanzi alla Corte di giustizia⁸.

Tra i primi regolamenti che hanno conferito una competenza di piena giurisdizione alla Corte spicca il Regolamento n. 17 d'applicazione degli articoli

⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet nella causa *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, C-295/12 P, EU:C:2013:619, punto 107.

⁸ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, Giappichelli, p. 305.

85 e 86 del trattato CEE (che corrispondono agli attuali articoli 101 e 102 TFUE). Nel tempo, la lista di regolamenti che conferiscono una siffatta competenza si è ampliata notevolmente, sino a comprendere numerosi ambiti dell'ordinamento dell'Unione⁹.

3. La *ratio* della competenza di piena giurisdizione.

Come affermato dal Tribunale nella sentenza *Goldfish e a./Commissione*, la competenza di piena giurisdizione «*configura una modalità di attuazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, principio generale del diritto dell'Unione che trova adesso espressione nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e che corrisponde, nel diritto dell'Unione, all'art. 6 della CEDU*»¹⁰.

Emerge da tali passaggi che lo scopo primario di suddetta competenza sia dunque quello di integrare l'effettività del sindacato di legittimità svolto dal giudice dell'Unione in virtù dell'art. 263 TFUE¹¹, assicurando l'effetto utile di una sentenza che annulli una decisione delle Istituzioni dell'Unione che imponga una sanzione. Difatti, mentre il controllo di legittimità consente a detto giudice soltanto di respingere o di accogliere il ricorso confermando o annullando (in tutto o in parte) l'atto impugnato, la competenza giurisdizionale estesa al merito gli permette di sostituirsi pienamente all'Istituzione che ha adottato l'atto, intervenendo sul contenuto sostanziale dello stesso in ordine all'ammontare della sanzione erogata. Così, nei casi espressamente previsti, al giudice dell'Unione è consentito riformare, se del caso, il merito dell'atto oggetto di controllo, operando una (ri)valutazione e una (ri)ponderazione autonoma degli interessi che superi quella realizzata dall'autore del provvedimento impugnato.

In tale prospettiva, la competenza in esame risponde però, a ben vedere, anche ad altri due obiettivi, ben precisi, che si intersecano tra loro. Da un lato, essa mira a dare la più ampia soddisfazione possibile in sede giurisdizionale al bene della vita, all'interesse legittimo o alla posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente principale, al fine di assicurare a quest'ultimo una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Dall'altro, essa intende comprimere i tempi, spesso troppo dilatati, della definizione di una determinata controversia, con-

⁹ A. ARABADJIEV, *Unlimited jurisdiction: what does it mean today?*, in P. Cardonnel, A. Rosas, N. Wahl (edited by), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Londra, Bloomsbury Publishing, 2012, p. 391.

¹⁰ Sentenza dell'8 settembre 2016, *Goldfish e a./Commissione*, T-54/14, EU:T:2016:455, punto 144 (sentenza non oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte).

¹¹ Sentenze dell'8 dicembre 2011, *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punto 63, e del 12 luglio 2011, *Fuji Electric/Commissione*, T-132/07, EU:T:2011:344, punto 207 (sentenza non oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte).

sentendo così al giudice dell'Unione, per esigenza di economia procedurale, di concludere egli stesso il “procedimento”, senza dover rinviare a tal fine all'Istituzione competente, la quale potrebbe adottare un provvedimento a sua volta nuovamente impugnabile dinanzi ai giudici dell'Unione, in una saga che rischia di diventare infinita¹². Si tratta di assicurare, in sostanza, una ragionevole durata non solo del processo, ma direi dell'intero procedimento amministrativo e giurisdizionale, inteso come un *unicum* lineare, senza soluzione di continuità.

4. Il rapporto tra la competenza di piena giurisdizione e il ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE.

Certo, è bene ricordare che l'art. 261 TFUE non conferisce, esso stesso, una competenza di piena giurisdizione alla Corte, ma si limita semplicemente ad attribuire al legislatore dell'Unione il potere di stabilire una siffatta competenza in settori specifici, proprio per soddisfare le esigenze appena rappresentate.

Ciò significa però che qualora il legislatore non abbia esercitato tale potestà con riferimento a determinate materie, un “ricorso di piena giurisdizione” contro le sanzioni erogate in tali ambiti non può essere fondato direttamente sulla citata disposizione del Trattato FUE¹³. Per questo motivo, in assenza di intervento legislativo, il giudice dell'Unione ha rifiutato, ad esempio, di riconoscere la possibilità di esercitare una competenza di piena giurisdizione in merito alle decisioni in materia di Politica agricola comune (FEAOG)¹⁴ ed alle misure restrittive in materia di Politica estera e di sicurezza comune¹⁵.

Ciò precisato, vale la pena aggiungere che, laddove istituito e previsto, il ricorso di piena giurisdizione non costituisce tuttavia un rimedio giurisdizionale “autonomo” da un punto di vista procedurale. Ed invero, la contestazione dell'ammontare di una sanzione inflitta dalle Istituzioni dell'Unione nei settori previsti può essere fatta valere solo ed esclusivamente mediante gli strumenti di

¹² Con riguardo alle sanzioni in materia antitrust, v. P. MENGOZZI, *La compétence de pleine juridiction du juge communautaire*, in C. Baudenbacher, C. Gulmann, K. Lenaerts et. Al (edited by), *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 227.

¹³ K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU procedural law*, Oxford, Oxford EU Law library, 2014, p. 623.

¹⁴ *Ex multis* sentenza del 24 aprile 2008, Belgio/Commissione, C-418/06 P, EU:C:2008:247, in particolare punto 153: «[s]i deve constatare che, in materia di FEAOG, [...] nessuna disposizione ha conferito ai giudici comunitari poteri giurisdizionali anche di merito, quali previsti nell'art. 229 CE».

¹⁵ Ordinanza dell'11 gennaio 2012, Ben Ali/Consiglio, T-301/11, non pubblicata, EU:T:2012:4 (ordinanza non impugnata dinanzi alla Corte).

carattere processuale, predisposti a tal fine dai Trattati, in particolare attraverso il ricorso di annullamento *ex art.* 263 TFUE¹⁶, di cui amplia e completa la portata e l'efficacia.

A tal proposito, si rinvia alle considerazioni espresse nell'ordinanza *FNICGV*, nella quale il Tribunale ha rigettato un ricorso fondato direttamente sull'attuale art. 261 TFUE, in quanto era stato proposto dopo la scadenza del termine di ricorso disposto dall'attuale art. 263 TFUE. In particolare, dopo aver ribadito che «*il Trattato non delinea il “ricorso di piena giurisdizione” come rimedio giurisdizionale autonomo*», il Tribunale ha osservato che «*[t]ale competenza giurisdizionale [...] può essere esercitata dai giudici comunitari solamente nell'ambito del controllo degli atti delle istituzioni comunitarie, in particolare nell'ambito del ricorso d'annullamento. Infatti, l'art. [261 TFUE] ha l'unico effetto di ampliare i poteri di cui dispone il giudice comunitario nell'ambito del ricorso previsto dall'art. [263 TFUE]. [...] Di conseguenza, l'introduzione di un siffatto ricorso deve rispettare il termine prescritto dall'art. [263 TFUE]*»¹⁷.

Allo stesso modo, per esperire un tale rimedio è necessario rispettare le medesime regole che sovrintendono la legittimazione attiva e la ripartizione della competenza giurisdizionale per quanto riguarda l'esperibilità del ricorso d'annullamento¹⁸.

5. Caratteristiche e limiti “estrinseci” del sindacato di piena giurisdizione.

Quanto alla portata dei poteri riconosciuti al giudice dell'Unione nell'ambito del controllo di piena giurisdizione, è opportuno rilevare che detto giudice ha la possibilità di tener conto di tutte le circostanze di fatto portate alla sua conoscenza dalle parti, al fine di modificare l'importo della sanzione oggetto di analisi¹⁹. In tale contesto, è bene rappresentare che il giudice dell'Unione può

¹⁶ Sentenza del 12 luglio 2011, *Fuji Electric/Commissione*, T-132/07, EU:T:2011:344, punto 207 (non impugnata dinanzi alla Corte), nel quale il Tribunale dice che: «*l'art. 261 TFUE (ex art. 229 CE) non costituisce un rimedio giuridico autonomo, ma ha l'unico effetto di ampliare i poteri di cui dispone il giudice dell'Unione nell'ambito del ricorso previsto dall'art. 263 TFUE (ex art. 230 CE)*». V. P. MENGOLZI, *La compétence de pleine juridiction du juge communautaire*, cit. p. 223, e M. PREK, S. LEFÈVRE, *Competition litigation before the General Court: Quality if not quantity?*, in *Common Market Law Review*, 53:65-90, 2016, p. 76.

¹⁷ Ordinanza del 9 novembre 2004, *FNICGV/Commissione*, T-252/03, EU:T:2004:326 (non impugnata dinanzi alla Corte), punto 22.

¹⁸ Una eccezione al riguardo è rappresentata dalla richiesta di riesame delle decisioni definitive della BCE che impongono sanzioni pecuniarie, ai sensi dell'art. 5 del regolamento n° 2532/98.

¹⁹ Sentenza del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*,

spingersi fino a prendere in considerazione anche elementi successivi alla data di adozione della stessa decisione controversa²⁰.

Certo, vi sono dei limiti oggettivi che definiscono il perimetro entro il quale il giudice dell'Unione può muoversi allorquando esercita una simile competenza.

Anzitutto, come rilevato dalla Corte nella sentenza *KME*, è utile ribadire che l'esercizio di un sindacato di piena giurisdizione non equivale ad un controllo d'ufficio della decisione impugnata. Pertanto, ad eccezione dei motivi di ordine pubblico rilevabili, quelli sì, d'ufficio (come il difetto di motivazione della decisione impugnata), spetta al ricorrente sollevare motivi validi contro tale decisione e addurre elementi probatori per corroborare gli stessi²¹.

Inoltre, per quanto riguarda la natura stessa dell'azione giurisdizionale da svolgere in tale ambito, rileviamo in particolare che, come ricordato di recente dall'avvocato generale Wathelet²² (riprendendo quanto l'avvocato generale Maduro aveva già affermato nelle conclusioni pronunciate nella causa *Danone*), «i giudici comunitari, nell'esercitare la loro competenza giurisdizionale anche di merito, devono rispettare i medesimi principi giuridici che si applicano alla Commissione quando commina una sanzione. Tali principi comprendono l'obbligo di motivazione, il principio di parità di trattamento, il principio di certezza del diritto e il diritto di essere sentiti»²³.

Seguendo proprio questo orientamento, nella sentenza *Parker*, la Corte ha anzitutto ricordato che «il Tribunale, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, deve rispettare determinati obblighi. Fra questi rientrano l'obbligo di motivazione, impostogli dall'articolo 36 dello Statuto della Corte, applicabile al Tribunale ai sensi dell'articolo 53, primo comma, del medesimo Statuto, nonché il principio della parità di trattamento. L'esercizio di una competenza estesa al merito non può infatti comportare, in sede di determinazione dell'importo delle ammende che sono loro irrogate, una discriminazione tra

C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, punto 692.

²⁰ Ordinanza del 7 luglio 2016, *Westfälische Drahtindustrie e Pampus Industriebeteiligungen/Commissione* (C-523/15 P, EU:C:2016:541), punti 42 e seguenti.

²¹ Sentenza dell'8 dicembre 2011, *KME Germany e a./Commissione*, C-389/10 P, EU:C:2011:816, punto 131. Nello stesso senso, v. sentenza del 27 aprile 2017, *FSL e a./Commissione*, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punto 80, e giurisprudenza citata.

²² Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet nella causa *Commissione/Parker-Hannifin*, C-434/13 P, EU:C:2014:2165, punto 113.

²³ Conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella causa *Groupe Danone/Commissione*, C-3/06 P, EU:C:2006:720. Di recente, v. conclusioni dell'avvocato generale Wahl nelle cause *Feralpi/Commissione*, *Ferriera Valsabbia e Valsabbia Investimenti/Commissione*, *Ferriere Nord/Commissione* e *Riva Fire/Commissione*, C-85/15 P, C-86/15 P, C-88/15 P e C-89/15 P, EU:C:2016:940, punto 121.

*le imprese che hanno preso parte a una violazione delle norme in materia di concorrenza*²⁴. È proprio sulla scorta di tale indirizzo che la Corte ha annullato parzialmente la sentenza impugnata riscontrando, nella specie, un'effettiva carenza di motivazione²⁵.

Va da sé poi che l'esercizio della competenza di piena giurisdizione debba rispettare il principio del contraddittorio che già governa il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione.

Ed ancora, è evidente che il giudice dell'Unione debba altresì rispettare gli obblighi derivanti dal principio di proporzionalità e di certezza giuridica²⁶.

È in questa prospettiva che, anche nella più recente sentenza *Galp*, la Corte ha avuto modo di ribadire che la definizione dell'importo di un'ammenda per violazione delle regole antitrust (anche quando è svolto dal giudice dell'Unione nell'esercizio del sindacato di piena giurisdizione) presuppone che siano rispettati i principi, in particolare, di motivazione, di proporzionalità, di personalità delle sanzioni e di parità di trattamento²⁷.

Emerge dunque da tale ricostruzione che i giudici europei sono tenuti a rispettare, in sostanza, nell'esercizio della competenza di piena giurisdizione, gli stessi obblighi che si impongono alle Istituzioni dell'Unione nel corso del procedimento interno diretto all'adozione di un atto che commina sanzioni a persone fisiche o giuridiche. Si tratta di una considerazione probabilmente ovvia e scontata, che avvicina però sempre più la fase giurisdizionale a quella legislativa o amministrativa in una sorta di unica grande fase istruttoria che vede Istituzioni e giudici dell'Unione impegnati senza soluzione di continuità per assicurare il più rapidamente possibile un risultato definitivo, equo e ragionevole ai soggetti destinatari di una sanzione.

²⁴ Sentenza del 18 dicembre 2014, Commissione/Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 77, nel quale la Corte richiama il punto 113 delle conclusioni dell'avvocato generale Wathelet, che fa a sua volta riferimento alle conclusioni dell'avvocato generale Maduro nella causa *Danone*.

²⁵ Sentenza del 18 dicembre 2014, Commissione/Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 85, dove la Corte afferma che «il Tribunale ha omissso di fornire gli elementi necessari per consentire, da un lato, agli interessati di conoscere le ragioni per le quali ha fissato a tale livello l'importo dell'ammenda imputabile alla Parker-Hannifin e, dall'altro, alla Corte di esercitare il proprio sindacato sulla legittimità della riduzione operata, segnatamente alla luce del rispetto del principio della parità di trattamento, così come richiamato dalla Commissione». Per un esempio in senso contrario, v. sentenza del 14 settembre 2016, Trafileries Meridionali/Commissione, C-519/15 P, EU:C:2016:682, punto 55.

²⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nelle cause *Feralpi/Commissione*, *Ferriera Valsabbia e Valsabbia Investimenti/Commissione*, *Ferriere Nord/Commissione* e *Riva Fire/Commissione*, C-85/15 P, C-86/15 P, C-88/15 P e C-89/15 P, EU:C:2016:940, punto 121.

²⁷ Sentenza del 21 gennaio 2016, *Galp Energía España e a./Commissione*, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punto 90.

6. La competenza di piena giurisdizione in ambito antitrust: la base giuridica e la ratio.

Come rilevato nella sentenza *Telefónica*, è l'attuale articolo 31 del regolamento n. 1/2003 «la base giuridica di riferimento che attribuisce alla Corte la competenza estesa al merito in ambito antitrust, per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con cui la Commissione infligge un'ammenda o una penalità di mora, circostanza che implica che essa possa annullare, ridurre o maggioreare l'ammenda o la penalità di mora inflitta»²⁸.

Nel settore antitrust, la competenza di piena giurisdizione prevista dal Legislatore dell'Unione risponde, anzitutto, all'esigenza di bilanciare l'ampio potere di cui dispone la Commissione nell'imposizione delle sanzioni, assicurando un controllo da parte del giudice dell'Unione più pervasivo di quanto permesso dal semplice vaglio di legittimità nell'ambito di un ricorso di annullamento²⁹. E ciò in particolare alla luce degli importi spesso “astronomici” delle ammende imposte dalla Commissione. Basti pensare che dal 1994 ad oggi l'ammontare complessivo delle sanzioni imposte relativamente ai cartelli ammonta a più di 28 miliardi di euro³⁰.

Inoltre, è bene ricordare che tali sanzioni hanno un impatto diretto su alcuni diritti fondamentali consacrati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quali l'art. 16 e l'art. 17, che proteggono, rispettivamente, la libertà di impresa e il diritto di proprietà³¹.

Ed ancora, il carattere non solo repressivo, ma anche preventivo, delle sanzioni comminate in ambito antitrust è tale da attribuire all'azione svolta dalla Commissione una natura “quasi penale” che impone necessariamente un controllo giurisdizionale pieno e completo a tutela del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6 della CEDU e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale prospettiva, si rileva allora come la competenza di piena giurisdizione riconosciuta in questo settore persegua altresì una finalità garantistica nei confronti delle imprese destinatarie di sanzioni per violazione del diritto della

²⁸ Sentenze del 10 luglio 2014, *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punti 198 e 199.

²⁹ D. BOSCO, *La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union quant aux amendes prononcées par la Commission européenne en matière de concurrence*, in *Contentieux de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 239.

³⁰ Sull'ammontare delle sanzioni v. <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

³¹ Sul punto, v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Understanding the limits of judicial review in European competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, n. 1, 2014, p. 205.

concorrenza³². In particolare, come rilevato dall'avvocato generale Mengozzi nelle sue conclusioni nella causa *Tomkins*, «la competenza estesa al merito [è] una garanzia supplementare a favore delle imprese di un controllo assolutamente rigoroso da parte di un tribunale indipendente e imparziale sull'importo dell'ammenda che è stata loro inflitta»³³.

Tale tutela giurisdizionale specifica della posizione delle persone fisiche e giuridiche coinvolte è del resto possibile solo perché, coerentemente con la giurisprudenza costante e consolidata della Corte, l'esercizio del potere della Commissione di comminare ammende non prevede l'elaborazione di valutazioni politiche complesse, né di un potere di natura discrezionale legato a scelte di tipo politico, economico, sociale, religioso, etc. Non vi è dunque nessun bilanciamento di interessi su cui la Corte correrebbe il rischio di pronunciarsi, in quanto la competenza esercitata dalla Commissione presenta un carattere solo ed esclusivamente "tecnico". Essa è volta in sostanza alla semplice determinazione "aritmetica" dell'ammontare della sanzione da comminare all'autore di una specifica infrazione constatata, sulla scorta degli elementi di prova raccolti e alla luce dei criteri matematici previsti negli orientamenti elaborati della Commissione stessa.

D'altro canto, proprio in tale prospettiva, va anche sottolineato, in conclusione, che nell'esercizio della competenza in parola il giudice dell'Unione può modificare l'ammontare di una sanzione non soltanto al ribasso, ma anche al rialzo, incrementando il valore della multa stessa³⁴, allorché ritenga insufficiente quello determinato dalla Commissione.

Ed invero, per espressa previsione dell'art. 31 del regolamento n. 1/2003, la competenza giurisdizionale anche di merito dei giudici dell'Unione per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora, consente a tale giurisdizione di «*estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata*».

In tale contesto, la Corte ha espressamente chiarito che la suddetta competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell'Unione dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'articolo 261 TFUE, «*autorizza il giudice, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a*

³² Secondo P. MENGOZZI, *op. cit.*, «la compétence de pleine juridiction [...] peut être appréciée comme une garantie pour les entreprises et associations d'entreprises de voir effectuer un contrôle d'intensité maximale par un tribunal indépendant et impartial sur le montant de l'amende infligée».

³³ Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa Commissione/Tomkins, C-286/11 P, EU:C:2012:499, punto 40. V. anche Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet nella causa Telefónica e Telefónica de España/Commissione, C-295/12 P, EU:C:2013:619, punto 107, e giurisprudenza citata.

³⁴ Ciò emerge, tra l'altro, chiaramente dal testo dell'art. 31 del regolamento 1/2003.

quella della Commissione e, di conseguenza, a eliminare, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta»³⁵.

Certo, in caso di aumento della sanzione irrogata, è evidente che il risultato finale del giudizio sia contrario all'interesse individuale dell'impresa ricorrente multata. Ma ciò rientra pur sempre in un'ottica "garantisca", questa volta però della "collettività", ovvero delle altre parti interessate da una decisione antitrust. Ci si riferisce, in particolare, alle imprese concorrenti della destinataria della sanzione in oggetto, oppure ai consumatori penalizzati dai comportamenti anticoncorrenziali contestati³⁶.

Insomma, la competenza di piena giurisdizione fa sì che la Commissione, benché sovrana nell'esercizio del suo potere di valutazione dell'ammontare di un'ammenda, non sia una "sovrana assoluta", ma resti soggetta a un controllo di garanzia in ultima istanza da parte del giudice dell'Unione, a tutela dell'interesse e dei diritti tanto individuali, dell'azienda sanzionata, quanto pubblici, delle realtà imprenditoriali concorrenti o dei consumatori.

7. La portata della competenza: cosa implica il sindacato di piena giurisdizione.

Al termine delle considerazioni appena espresse, appare necessario approfondire altresì la natura e la portata di una simile competenza in ambito antitrust.

A tal riguardo, è opportuno sottolineare anzitutto l'importanza del carattere assolutamente *indipendente* dell'esame svolto dal giudice dell'Unione nell'esercizio del suo sindacato esteso al merito, rispetto a quello operato dalla Commissione.

Come osservato dall'avvocato generale Wathelet nelle conclusioni pronunciate nella causa *Telefónica*, infatti, «*[tale] valutazione [deve essere] sufficientemente indipendente da quella adottata dalla Commissione, nella misura in cui esso non può rimettersi al solo importo fissato dalla Commissione [...] né sentirsi vincolato dai calcoli di quest'ultima o dalle considerazioni di cui essa aveva tenuto conto nella determinazione di tale ammenda*»³⁷. Insomma, il giudice dell'Unione deve «*valutare esso stesso se l'ammenda sia adeguata e proporzionata ed è tenuto a constatare esso stesso che tutti gli elementi perti-*

³⁵ V. sentenza del 27 aprile 2017, FSL e a./Commissione, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punto 74 e giurisprudenza citata.

³⁶ P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 229.

³⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet nella causa *Telefónica e Telefónica de España*/Commissione, C-295/12 P, EU:C:2013:619, punto 121 e giurisprudenza citata.

nenti ai fini del calcolo dell'ammenda siano stati effettivamente presi in considerazione dalla Commissione, fermo restando che il Tribunale deve parimenti essere in grado di tornare ai fatti e alle circostanze addotti dai ricorrenti dinanzi ad esso»³⁸.

La Corte ha pienamente condiviso tale approccio proprio nella causa *Telefonica*, affermando che «l'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003 [...] dispone che, per determinare l'ammontare dell'ammenda, occorre tener conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata»³⁹.

Ed in questo senso si è espressa la Corte anche nella recente sentenza *Galp*, laddove essa ha annullato la decisione impugnata e statuito sulla controversia, pronunciandosi sull'importo dell'ammenda contestato dalla ricorrente. In tale contesto, il collegio ha rilevato, in sostanza, che la definizione dell'importo di un'ammenda per violazione delle regole antitrust (anche quando è svolto dal giudice dell'Unione nell'esercizio del sindacato di piena giurisdizione) «presuppone, in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003, che siano prese in considerazione, per ciascuna impresa sanzionata, la gravità dell'infrazione in questione nonché la sua durata, nel rispetto dei principi, in particolare, di motivazione, di proporzionalità, di personalità delle sanzioni e di parità di trattamento [...], e senza che la Corte sia vincolata dalle regole indicative definite dalla Commissione nei suoi orientamenti [...], anche queste ultime possono guidare i giudici dell'Unione quando esercitano la loro competenza estesa al merito»⁴⁰.

Allo stesso modo nella controversia *FSL*, il giudice dell'Unione ha statuito che «per quanto riguarda il controllo giurisdizionale delle ammende inflitte dalla Commissione in caso di violazione del diritto della concorrenza, si deve rammentare che spetta al giudice dell'Unione esercitare il controllo di legittimità sulla base degli elementi prodotti dal ricorrente a sostegno dei motivi dedotti. In occasione di tale controllo, il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta

³⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet nella causa *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, C-295/12 P, EU:C:2013:619, punto 125, ripreso poi, più di recente, nelle conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa *Galp Energía España e a./Commissione*, C-603/13 P, EU:C:2015:482, punto 54.

³⁹ Sentenze del 10 luglio 2014, *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punti 198 e 199.

⁴⁰ Sentenza del 21 gennaio 2016, *Galp Energía España e a./Commissione*, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punto 90. Peraltro, sull'esigenza che il potere di piena giurisdizione sia esercitato «*with caution*», rispettando segnatamente una certa coerenza nella definizione dell'ammontare delle sanzioni, si è espresso Prek. Il giudice ritiene che, sebbene gli orientamenti sul calcolo adottati dalla Commissione non siano vincolanti per il giudice dell'Unione, essi dovrebbero essere tenuti debitamente in considerazione da quest'ultimo allorché eserciti la sua competenza di piena giurisdizione. (v. M. PREK, S. LEFÈVRE, *Competition litigation before the General Court: Quality if not quantity?*, cit., p. 76). Nello stesso senso v. anche A. ARABADJIEV, *Unlimited jurisdiction: what does it mean today?*, cit., p. 396.

degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto»⁴¹.

Pertanto, al fine di «soddisfare i requisiti del principio della tutela giurisdizionale effettiva e tenuto conto del fatto che l'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003 dispone che l'importo dell'ammenda dev'essere determinato in funzione della gravità e della durata dell'infrazione, il Tribunale è tenuto, nell'esercizio delle competenze previste agli articoli 261 e 263 TFUE, a esaminare ogni censura, di fatto o di diritto, diretta a dimostrare che l'importo dell'ammenda non è adeguato alla gravità e alla durata dell'infrazione»⁴².

In conclusione, è bene chiarire quindi che i giudici dell'Unione non sono assolutamente vincolati nella (ri)determinazione dell'ammontare della sanzione dai criteri adottati dalla Commissione all'interno dei propri orientamenti e/o linee guida. Vi è una totale autonomia che incontra l'unico vincolo del rispetto delle norme del Trattato e di diritto primario dell'Unione.

8. I limiti “intrinseci” della competenza di piena giurisdizione?

Per quanto attiene invece ai limiti “intrinseci” della competenza in discussione, occorre in primo luogo rinviare a quanto detto con riferimento alla natura “non autonoma” del ricorso di piena giurisdizione. Come osservato in precedenza, infatti, il sindacato di piena giurisdizione può essere esercitato soltanto nell'ambito di uno dei rimedi giurisdizionali previsti dai trattati, e, in particolare, del ricorso di annullamento *ex art.* 263 TFUE.

In secondo luogo, vale la pena precisare che tale competenza non riguarda la decisione della Commissione nella sua interezza, ma soltanto la parte relativa all'ammenda (o alla penalità di mora)⁴³. A tal proposito, si può rinviare ancora una volta alla sentenza *Galp*, nella quale la Corte ha affermato a chiare lettere che «la competenza estesa al merito di cui dispone il Tribunale sulla base dell'articolo 31 del regolamento n. 1/2003 riguarda la sola valutazione, da parte del medesimo, dell'ammenda inflitta dalla Commissione, con esclusione di qualsiasi modifica degli elementi costitutivi dell'infrazione legittimamente accertata dalla Commissione nella decisione

⁴¹ Cfr. sentenza del 27 aprile 2017, FSL e a./Commissione, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punto 73 e giurisprudenza citata.

⁴² V. in particolare sentenza del 9 giugno 2016, Repsol Lubricantes y Especialidades e a./Commissione, C-617/13 P, EU:C:2016:416, punto 86.

⁴³ Per un'affermazione particolarmente chiara in tal senso, si v. Sentenze del 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 45.

al vaglio del Tribunale»⁴⁴. Peraltro, è stata proprio tale constatazione a portare la Corte, nella specie, ad annullare la sentenza impugnata⁴⁵.

Quanto infine al rapporto con la decisione della Commissione controversa, è necessario segnalare che nella giurisprudenza si sono succedute nel tempo due concezioni contrapposte della portata e dell'operatività stessa della competenza di piena giurisdizione. Una più ristretta (oggettiva) e una più ampia (soggettiva). Questa dicotomia, che taluna dottrina definisce una «*traditional controversy*»⁴⁶, può essere riassunta nei termini seguenti.

La giurisprudenza che sosteneva la prima concezione riteneva in sostanza che l'esercizio della competenza di piena giurisdizione fosse una conseguenza necessaria della determinazione di un vizio di legalità. In questo senso si era espresso, ad esempio, il Tribunale nella sentenza *BASF*, giudicando che «*la competenza anche di merito di cui il Tribunale dispone ai sensi dell'art. 229 CE e dell'art. 17 del regolamento n. 17 può essere esercitata, ove necessario, solo in seguito alla constatazione di un'illegittimità che vizi la decisione e di cui l'impresa interessata si sia lamentata nel ricorso, e al fine di porre rimedio alle conseguenze di tale illegittimità sulla determinazione dell'importo dell'ammenda comminata, eventualmente mediante la sua soppressione o la sua riforma*»⁴⁷.

Tale concezione è stata ormai superata da una più ampia, secondo la quale l'esercizio della competenza in parola prescinde da una previa constatazione di un'illegittimità⁴⁸.

Da un lato, per quanto attiene alla giurisprudenza del Tribunale, si può rinviare alla sentenza *Arkema France*, nella quale il collegio ha accolto una domanda diretta a ridurre l'importo dell'ammenda posto a carico delle ricorrenti, pur avendo respinto il ricorso nella sua interezza⁴⁹. Il Tribunale ha tenuto conto, in particolare, di una circostanza fattuale che non era stata portata all'attenzione della Commissione (e che questa aveva dunque omesso, senza colpa, dalla sua valutazione). Sebbene tale circostanza non potesse inficiare la

⁴⁴ Sentenza del 21 gennaio 2016, *Galp Energía España e a./Commissione*, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punto 76.

⁴⁵ Sentenza del 21 gennaio 2016, *Galp Energía España e a./Commissione*, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punti 78 e seguenti.

⁴⁶ M. PREK, S. LEFÈVRE, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁷ Sentenza del 15 marzo 2006, *BASF/Commissione*, T-15/02, EU:T:2006:74 (non impugnata) punto 582.

⁴⁸ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU procedural law*, *cit.*, p. 627, e A. ARABADJIEV, *op. cit.*, p. 393.

⁴⁹ Sentenza del 7 giugno 2011, *Arkema France e a./Commissione*, T-217/06, EU:T:2011:251.

legittimità della decisione, il giudice dell'Unione ha ritenuto che essa rendesse tuttavia necessaria una riduzione dell'importo dell'ammenda.

Dall'altro lato, con riguardo alle pronunce della Corte, vale la pena ricordare, per tutte, la celebre sentenza *Danone*, nella quale essa ha affermato che nell'esercizio della competenza di piena giurisdizione in materia di sanzioni antitrust il giudice dell'Unione «è [...] abilitato, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta»⁵⁰. Il Tribunale non era dunque incorso in errore modificando l'importo dell'ammenda impugnata, pur in assenza di una constatazione d'illegittimità dell'atto di base. Tale posizione è stata via via ribadita, a più riprese, dalla stessa Corte e rappresenta tutt'oggi l'espressione della giurisprudenza costante⁵¹.

Pertanto, sebbene il giudice dell'Unione abbia nel tempo espresso due orientamenti antitetici al riguardo⁵², si può affermare che, allo stato attuale dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, l'esercizio del potere di piena giurisdizione non è assolutamente subordinato alla previa constatazione d'illegittimità della decisione impugnata⁵³.

Ma non v'è dubbio che ciò valga anche in senso contrario. Il giudice dell'Unione può, infatti, ritenere che la legalità di un atto sia viziata, ma che non sia opportuno modificare la sanzione da esso disposta. Ad esempio, nella sentenza *Dow Chemical*, il Tribunale, pur avendo accolto uno dei mezzi diretti all'annullamento di una decisione della Commissione in materia antitrust, an-

⁵⁰ Sentenza dell'8 febbraio 2007, *Groupe Danone/Commissione*, C-3/06 P, EU:C:2007:88, punto 61.

⁵¹ Si veda, in particolare, la sentenza del 3 settembre 2009, *Prym e Prym Consumer/Commissione*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punto 86, nonché, da ultimo, la sentenza del 27 aprile 2017, *FSL e a./Commissione*, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punto 74.

⁵² Così, da un lato, nella sentenza *BASF* (sentenza del 15 marzo 2006, *BASF/Commissione*, T-15/02, EU:T:2006:74 (non impugnata) punto 582) il Tribunale ha giudicato che «la competenza anche di merito di cui il Tribunale dispone ai sensi dell'art. 229 CE e dell'art. 17 del regolamento n. 17 può essere esercitata, ove necessario, solo in seguito alla constatazione di un'illegittimità che vizia la decisione e di cui l'impresa interessata si sia lamentata nel ricorso, e al fine di porre rimedio alle conseguenze di tale illegittimità sulla determinazione dell'importo dell'ammenda comminata, eventualmente mediante la sua soppressione o la sua riforma». Dall'altro lato, lo stesso giudice ha stabilito, nella sentenza *Sachsa* (sentenza del 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung/Commissione*, T-79/06, non pubblicata, EU:T:2011:674, punto 186): «l'exercice par le Tribunal de son pouvoir de pleine juridiction n'est aucunement subordonné au constat préalable d'un vice de légalité. Le Tribunal est habilité à réformer l'acte attaqué, même en l'absence d'annulation. [...] En effet, lorsqu'une compétence de pleine juridiction est conférée au juge de l'Union, ledit juge est habilité, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission». Peraltro, vale la pena di notare che a sostegno di tale constatazione il Tribunale invoca una serie d'importanti sentenze della Corte.

⁵³ Questo perlomeno con riguardo alla piena giurisdizione relativa alle decisioni in materia di diritto antitrust. In altri settori la questione non è ancora stata risolta, o, comunque, è ancora piuttosto ambigua.

nullando parzialmente detta decisione, ha ritenuto che l'errore constatato non avesse inciso in alcun modo sul calcolo dell'importo della sanzione, e ha dunque rigettato la richiesta di modificare tale ammontare⁵⁴.

9. Conclusioni.

Al termine di tali rapide considerazioni, è possibile concludere che il Trattato FUE, riprendendo una tradizione “costituzionale” europea costante sin dai primi Trattati di Roma, prevede anch'esso la possibilità che il Legislatore dell'Unione decida di individuare alcuni settori all'interno dei quali sottoporre l'azione delle Istituzioni comunitarie ad un controllo giurisdizionale di merito relativamente all'importo delle sanzioni erogate.

Si tratta di una competenza che si affianca al controllo di legittimità degli atti dell'Unione, più precisamente dei regolamenti, che la Corte garantisce in forza dei Trattati. L'obiettivo, pienamente condivisibile, è quello di consentire di rendere ancor più completo ed efficace il sistema di rimedi giurisdizionali a disposizione dei cittadini e delle imprese europee.

In effetti, nei casi espressamente previsti, al giudice dell'Unione è consentito verificare e, all'occorrenza, riformare il merito stesso dell'atto oggetto di controllo, operando un'autonoma ed indipendente valutazione dell'ammontare della sanzione adottata.

Tanto al fine di assicurare il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantire la più ampia soddisfazione possibile in sede giurisdizionale della posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente principale, e comprimere i tempi della definizione di una determinata controversia, consentendo così al giudice dell'Unione, per esigenza di economia procedurale, di concludere egli stesso il “procedimento”.

In tale prospettiva, il giudice dell'Unione ha la possibilità di operare il proprio apprezzamento tendendo conto anche di elementi successivi al momento dell'adozione dell'atto impugnato e di rielaborare l'ammontare della sanzione in oggetto senza essere vincolata ai criteri eventualmente definiti dall'istituzione emanante.

Gli unici limiti oggettivi che definiscono il perimetro entro il quale il giudice dell'Unione può muoversi allorquando esercita una simile competenza derivano dal sistema legislativo e costituzionale dell'Unione. Pertanto, spetta

⁵⁴ Sentenza del 13 luglio 2011, *Dow Chemical e a./Commissione*, T-42/07, EU:T:2011:357 (confermata in appello nella sentenza del 18 luglio 2013, *Dow Chemical e a./Commissione*, C-499/11 P, EU:C:2013:482).

anzitutto al ricorrente sollevare motivi validi contro tale decisione e addurre elementi probatori per corroborare gli stessi, nel rispetto del principio della domanda di parte. Poi, è necessario rispettare i medesimi principi giuridici che si applicano alla Commissione quando commina una sanzione, ed in particolare l'obbligo di motivazione, il principio di parità di trattamento, il principio di certezza del diritto e il diritto al contraddittorio, il principio di proporzionalità e di certezza giuridica, nonché quello di personalità e precisione delle sanzioni.

Questo mi pare il dato più significativo da sottolineare in conclusione. Emerge invero dall'insieme delle riflessioni svolte che, in diritto dell'Unione, vi sono degli ambiti materiali di intervento delle istituzioni dell'Unione nei quali la distanza e la separazione di competenze tra “poteri pubblici” si riduce a tal punto da finire per scomparire del tutto una volta attivata l'azione giurisdizionale. In tal caso, infatti, si apre una fase giurisdizionale che si configura in realtà come una sorta di “secondo *round*” di un unico procedimento amministrativo complesso, nell'ambito del quale è consentito ai giudici dell'Unione di esercitare in qualche misura anche competenze di natura prettamente amministrativa, così da assicurare il più rapidamente possibile una decisione definitiva, stabile e ragionevole, ai destinatari di una determinata sanzione.

Non so se questa opportunità è destinata in futuro ad estendersi anche ad altri ambiti e tipologie di decisioni europee. Bisognerà ad ogni modo calibrare sempre la portata e i limiti di una simile competenza, così da conciliare al meglio l'esigenza di una protezione giurisdizionale efficace ed effettiva con il rispetto dell'equilibrio istituzionale e la separazione dei poteri che caratterizza l'architettura costituzionale dell'Unione.

FRANCESCO FOLLIERI

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

francesco_follieri@hotmail.it

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

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

SINTESI

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

ABSTRACT

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Si vedano le sentenze citate alle due note precedenti.

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

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

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

dall'amministrazione «*the central issue in the dispute*», in modo che «*the right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executives*»¹². Sicché, sempre secondo la Corte EDU, v'è «*a violation of the right to access to a court where the applicant could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority acting within its discretionary powers*»¹³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Il sindacato sostitutivo e il diritto positivo vigente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Questa tesi cita, spesso testualmente, passi delle pronunce della Corte: ad esempio, quello in cui la Corte afferma che il diritto ad un giudice che esercita *full jurisdiction* significa il diritto ad ottenere «*a determination by a tribunal of the matters in dispute [...], both for questions of fact and for questions of law*»⁴² o che «*the right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive*»⁴³ o ancora che costituisce «*a violation of the*

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

⁴¹ Corte cost. 11 marzo 2011 n. 80.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ Sentenza del 10 febbraio 1983, già citata.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸² Cfr. *supra*, par. 2.

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

Tale considerazione si estende anche alla materia “penale”⁸⁴. Indubbiamente la Corte ha affermato che rispetto alla *sufficient review* richiesta in materia “civile” «*in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities*»⁸⁵. Tuttavia, la Corte non pare imporre un sindacato sostitutivo, né nelle affermazioni di principio, né nelle applicazioni concrete. Nelle affermazioni di “principio”, per definire l’ambito di cognizione del giudice amministrativo sulle sanzioni “penali” la Corte impiega le medesime generiche formule già utilizzate per definire l’ambito di cognizione dovuto rispetto ai provvedimenti amministrativi che determinano *civil rights and obligations*⁸⁶. Nelle applicazioni concrete, le condanne degli Stati aderenti riguardano principalmente casi in cui al giudice nazionale è vietato l’accesso al fatto, cioè casi in cui il giudice esercita un sindacato limitato: si pensi alle condanne dell’Austria, ove il giudice amministrativo fino a tempi recenti poteva “accedere” al fatto solo dopo aver accertato l’insufficienza dell’istruttoria o un’illegittimità procedimentale - tramite *die (bloß) nachprüfende Kontrolle*⁸⁷. Come già rilevato, la Corte ha invece ritenuto sufficiente il sindacato confutatorio esercitato dal giudice amministrativo italiano sulle sanzioni antitrust⁸⁸⁻⁸⁹. Anche per la materia “penale”, dunque la Corte sembra ritenere sufficiente un sindacato confutatorio.

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

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

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

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

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

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

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

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

5. La full jurisdiction come piena giurisdizione di legittimità.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PIERPAOLO FORTE

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli

Studi del Sannio di Benevento

pierpaolo.forte@unisannio.it

FULL JURISDICTION, ARTE, CULTURA. UN DISCUSO CONFINE IN MOVIMENTO

FULL JURISDICTION, ART, CULTURE. A CONTROVERSIAL MOVING BORDER

SINTESI

Il saggio parte dalla osservazione del sensibile aumento della necessità per l'amministrazione pubblica di assumere le proprie decisioni sulla base di cognizioni tecnico scientifiche, in chiara conseguenza del trovarci in un tempo in cui le conoscenze si accumulano a ritmi esponenziali, e le si usa sempre più intensamente, e perciò la giurisprudenza contemporanea ha preso ad affermare la possibilità di un sindacato giurisdizionale anche su quel tipo di decisioni. La complessità di questo tempo può essere scrutata usando quello culturale come una sorta di ambito paradigmatico, anche nel rapporto che esso instaura con il Diritto, e analizza, perciò, alcuni elementi dei prodotti culturali, soprattutto quando non consistono in *cose*, pur rimanendo *oggetti*, che hanno ovviamente a che fare con le libertà, ma rilevano anche in quanto beni, patrimonio, risorsa, e perciò influiscono sulle amministrazioni pubbliche in svariati contesti, per la coesione sociale, il miglioramento della convivenza, la capacità di creazione, innovazione e dinamismo economico e produttivo, persino in miglior funzionamento delle istituzioni democratiche. Vengono perciò analizzati i riflessi sugli assetti organizzativi e la moltiplicazione delle conoscenze e dei dati disponibili, del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, degli ambiti disciplinari rilevanti. Rileva quindi l'obsolescenza di alcuni approcci tradizionali, l'emersione di elementi nuovi e complessi e l'insorgenza di un profilo di diritto soggettivo alla cultura. L'analisi conduce alla elaborazione di assunti e proposizioni in ordine alla natura di alcune delle decisioni amministrative in ambito culturale, che possono costituire un buon paradigma per l'intero argomento della *full jurisdiction* in confronto alle speciali capacità riservate per legge alle amministrazioni pubbliche, quando siano fortemente influenzate da cognizioni tecniche e scientifiche.

ABSTRACT

The essay starts from the observation of the increased need, for the Public Administration, to take decisions based on technical or scientific knowledge, which is nowadays increasingly growing and involved. Thus, the current juris-

prudence has begun to consider that a judicial review can be performed also on that type of decisions. The complexity of our times can be analysed using culture as a sort of paradigm, also in the relationship that it establishes with the Law. The essay therefore analyses some elements of culture, which have to do with freedom but are significant by themselves as heritage, resources, as an asset. They influence the Public Administration in various contexts and foster social cohesion, improve life in common, promote creation and innovation skills and trigger economics and production, bettering the activity of democratic institutions. Therefore, the essay examines the consequences on the organisational structures and the increase of the available knowledge and data, of the various subjects able to evaluate and discuss them, of the scientific variants, of the outstanding disciplinary fields. It thus notices the obsolescence of some traditional approaches, the growth of new and complex elements and the birth of a subjective right to culture. The analysis allows to elaborate assumptions and arguments about the nature of some of the administrative decisions in the cultural field, which may constitute a good paradigm for the entire *full jurisdiction* if compared to the special competence reserved by law to Public Administration, when are strongly influenced by technical and scientific aspects.

PAROLE CHIAVE: full jurisdiction, arte, cultura, discrezionalità amministrativa, giudizi tecnici.

KEYWORDS: full jurisdiction, art, culture, discretionary powers, technical assessments.

INDICE: 1. Premessa: in un mondo complesso – 2. Elementi di complessità: la rilevanza della conoscenza e dell'immateriale. Il paradigma dell'arte e della cultura – 3. Cultura, sviluppo sociale ed economico: cenni – 4. Alcune conseguenze per l'amministrazione pubblica – 5. La fatica di una decisione complessa e un nuovo dibattito giuridico all'orizzonte: il "diritto alla cultura" – 6. Cognizione del giudice, amministrazione pubblica, cultura: assunti e proposizioni in tema di full jurisdiction in ambito culturale

1. Premessa: in un mondo complesso.

È diffusa, e dovuta a sguardi disciplinari diversi¹, la rilevazione del sensibile aumento della necessità per l'amministrazione pubblica di assumere le proprie decisioni sulla base di cognizioni tecnico scientifiche, in chiara conseguenza del trovarci in un tempo in cui le conoscenze si accumulano a ritmi esponenziali, e le si usa sempre più intensamente, concorrendo alla centralità della tecnica dei giorni nostri, tanto pervasiva da aver conferito alla *téchne* una sorta di *upgrading* linguistico, aggiungendovi il *lógos*, nell'uso corrente dell'espressione *tecnologia*.

¹ E. SEVERINO, *Democrazia, tecnica e capitalismo*, Brescia, Morcelliana, 2009; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli 2000.

Ciò, mi pare, concorra a spiegare anche perché la giurisprudenza contemporanea sia giunta a superare l'idea che un ambito di attività della pubblica amministrazione, quello dominato dalla necessità di utilizzo di conoscenze tecnico scientifiche, divenuta così cospicua e destinata ad incrementarsi², possa restare apoditticamente sottratto al vaglio del giudice³, e ad affermare la possibilità di un sindacato giurisdizionale su quelle valutazioni, che oggi si ritengono pacificamente censurabili sotto il profilo dell'attendibilità, intesa, in sintesi, come corretta scelta delle regole tecniche o scientifiche da impiegare ed esattezza del procedimento cognitivo ed applicativo seguito⁴.

Tuttavia l'epoca della conoscenza non è il solo tratto che contraddistingue il XXI secolo, e vorrei qui introdurre qualche riflessione riguardo ad altri, connessi elementi che sembrano caratterizzarlo, quello della complessità e quello della rilevanza dell'immateriale nella vita sociale ed economica di questo tempo, e per farlo si può usare una sorta di ambito paradigmatico, quello culturale, con il rapporto che esso instaura con il Diritto e, dunque, con il Giudice.

² A. ROMANO-TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 867 ss., rilevava come «lo schema strutturale dell'accertamento, pertanto, ha rivelato incontenibili valenze espansive, e sembra suscettibile, in prospettiva non troppo remota, di esser applicato agli atti amministrativi tout court: se non proprio tutta, certamente gran parte dell'attività amministrativa appare infatti suscettibile di esser esaustivamente ricostruita in termini di puro «accertamento» [...] la certezza che oggi sempre più spesso si richiede, e di cui quindi si fa positivamente questione, ricade sempre meno su rapporti o su fatti giuridici, e sempre più su qualità intrinseche (e sovente economicamente valutabili) di beni della vita».

³ Sulla vicinanza tra opinabilità tecnico scientifica e questione di merito si veda B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, specialmente p. 70 ss.

⁴ A partire dalla notissima sentenza della sezione IV del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco del percorso logico seguito dall'autorità amministrativa, «bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; Cons. Stato, sez. VI, 18 agosto 2009, n. 4960; Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6706; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1765; Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 1775; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 178; e da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1463: «non v'è norma di legge che vieta il ricorso ad elaborati tecnici redatti da sanitari privati, in sede di revoca (ciò è anzi quel che di norma avviene, quantomeno a far data dalla storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601/1999 allorché si dubitò anche in sede giurisdizionale della attendibilità delle valutazioni tecniche espresse dalle Commissioni)». Si aggiunge che tale tendenza si è consolidata anche relativamente all'attività delle autorità amministrative indipendenti: Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479: «il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è pieno e particolarmente penetrante (in superamento della distinzione tra forte e debole, secondo Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050 per il principio di effettività anche comunitaria in relazione alla specificità della controversia) e si svolge tanto con riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati». In linea, ID., sez. III, 2 ottobre 2015 n. 4616; sez. VI, 24 febbraio 2016 n. 743; sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.

2. Elementi di complessità: la rilevanza della conoscenza e dell'immateriale. Il paradigma dell'arte e della cultura.

I prodotti culturali, ormai è chiaro, possono non consistere in *cose*, pur rimanendo *oggetti*⁵; se si considerano, ad esempio, le opere d'arte⁶, sono largamente percepite come tali sia che si manifestino in forme materiche, usando supporti tradizionali e assumendo la struttura di oggetto fisico, sia che lo facciano immaterialmente, senza *medium*, o almeno senza un mezzo materiale, il *corpus mechanicum* che ne supporti la sussistenza e consenta il trattamento; persino la tradizionale sequenza che, partendo dall'idea, passa per la creazione come atto personale ed originale, irripetibile, non si può leggere mediante fenomeni di espressione in una forma materiale definitiva, e non sorprende tanto che molte delle opere artistiche contemporanee possono essere effimere, o facilmente riproducibili, o esistenti mediante fedele riattivazione (si pensi alle cd. installazioni), con tutte le implicazioni che ne derivano in ordine alla corretta definizione dell'identità dell'opera, connessa all'intenzione dell'artista, piuttosto che ad una sua concreta e definitiva materialità⁷.

La complessità dell'arte contemporanea postula non solo un ripensamento in ordine alle modalità di valutazione ed attestazione del carattere di autenticità di un'opera, ma per la valenza della produzione, che sempre più si fonda sulla documentazione dell'opera d'arte stessa, una innovativa disponibilità nei suoi confronti; le produzioni artistiche contemporanee – si pensi, ad esempio, a quelle *time-based*, la cui esperienza implica trasformazioni dell'oggetto nel tempo, o alle varie forme di *performance* – richiedono, anche ai fini della certificazione di autenticità e dunque della *paternità*, una documentazione più esaustiva, informazioni e istruzioni anche in ordine alle modalità di conservazione e riattivazione dell'opera.

⁵ «Qualsiasi opera d'arte, anche se non si consegna materialmente incompiuta, esige una risposta libera ed inventiva, se non altro perché non può venire realmente compresa se l'interprete non la reinventa in un atto di congenialità con l'autore stesso. Sennonché questa osservazione costituisce un riconoscimento che l'estetica contemporanea ha attuato solo dopo avere realizzato una matura consapevolezza critica di quello che è il rapporto interpretativo e certamente un artista di qualche secolo fa era assai lontano dall'essere criticamente cosciente di questa realtà; ora invece una tale consapevolezza è presente anzitutto nell'artista il quale, anziché subire la "apertura" come dato di fatto inevitabile, la elegge a programma produttivo, ed anzi offre l'opera in modo da promuovere la massima apertura possibile»; così U. ECO, *Opera aperta*, Milano, 1976, p. 5 ss.

⁶ Per tutti, M. CORGNATI, F. POLI, *Dizionario dell'arte del Novecento*, Milano, 2005, p. 398; G. DORFLES, *Ultime tendenze nell'arte d'oggi*, Milano, 2000, p. 132.

⁷ Si pensi alle opere concettuali di Sol LeWitt, Lawrence Weiner, Yan Wilson, per usare autori noti, o a quelle ancor più recenti e dematerializzate di Tino Sehgal. Conduce una disamina in chiave giuridica di queste forme di espressione dell'arte concettuale A. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2012.

Ciò fa sì che il Diritto che ha a che fare con l'arte non ha solo più il suo primo e, in fin dei conti, tradizionale ruolo in ordine al problema dell'"autorialità", dell'imputazione, della paternità di un'opera⁸, che a sua volta si è perciò allargato, rendendo il tema molto estremo, se si considera, ad esempio, quanto peso in questa operazione abbia la critica⁹, la quale ha oggi numerose forme espressive¹⁰, e che perciò, ben oltre il classico perimetro della libertà di manifestazione del pensiero, può ormai influire sull'esistenza stessa dell'opera, non come manufatto o artefatto, naturalmente, ma come oggetto sociale riconosciuto¹¹.

Lo spostamento progressivo del "fuoco" di un'opera dall'autore all'opera stessa, e ai metodi di concepimento, realizzazione, fruizione di un'*opus* che, da questa posizione sempre più centrale, ha preso a divenire anche sempre più

⁸ Basterà osservare la moltiplicazione dei casi e delle pratiche in cui gli stessi autori si rendono "falsari", persino di se stessi: il museo Madre di Napoli ha dedicato una grande mostra a Sturtevant, un'autrice che ha trovato un proprio percorso riproducendo opere altrui, e costringendo il mondo intero ad interrogarsi sulla centralità del tema dell'autorialità, della paternità, e dimostrando che i falsi non sono necessariamente «*copie riuscite male*» o «*copie che vengono fatte passare per degli originali*»; così, molto efficacemente, V. DEHÒ, *L'algebra di Boole e i quadri di Caravaggio*, in M. Sgroi (a cura di), *F for fake*, Roma, 2013, p. 76; per un notissimo esempio di disconoscimento dell'opera da parte dello stesso artista paradigmatico è il caso del dipinto «Souvenir d'Italie II», una delle Piazze d'Italia di De Chirico, attribuito in primo grado dal tribunale all'artista e poi dichiarato falso in Appello e in Cassazione: App. Roma, 26 luglio 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 1053, con nota A. SILVESTRONI; Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, II, 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*; e in *Foro it.*, 1982, I, 1, 2864, con osservazioni di F. MACARIO.

⁹ In ambito internazionale, cfr. Supreme Court New York, *Areyh c. Christie's International*, 1030/86, riguardante l'expertise di un rinomato critico per la valutazione di autenticità di un Uovo imperiale di Fabergè. Cfr. M.J. CLARK, *The perfect fake: Creativity, Forgery, Art and the Law*, in *De Paul-LCA J. Art and Ent. L.*, 2004, p. 1 ss.

¹⁰ In P. FORTE, *Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos*, in REALA, 2017, p. 11 e ss., ed in P. FORTE, *Considerazioni sparse sull'impresa culturale*, in AA.VV., *Impresa Cultura*, XIII Rapporto Annuale Federculture, Roma, 2017, p. 25 e ss., ho cercato di dimostrare come siano oggetti e prodotti culturali anche gli allestimenti museali e le mostre, che sono divenute, ormai, «*the medium through which most art becomes known*»: così R. GREENBERG, B.W. FERGUSON, S. NAIRNE, *Thinking about Exhibitions*, London, 1996, p. 2, ma si veda anche H.-U. OBRIST, *A brief history of curating*, Zurich-Dijon, 2008; T. SMITH, *Tinking Contemporary Curating*, New York, 2012.

¹¹ Ha fatto un certo rumore il caso Banksy, noto (e anonimo) street artist che nel 2013 provò a far vendere in Central Park a New York proprie opere autentiche e firmate, riuscendo a cederne solo otto a tre clienti; una settimana dopo un trio di artisti ha ripetuto l'esperimento, proponendo 40 riproduzioni (esplicitamente qualificate come "Fake Banksy") identiche alle opere originali allo stesso prezzo di \$ 60 l'una, e fornendo a ogni acquirente un "certificato di inautenticità": le opere false sono state tutte vendute. Una recente indagine condotta dagli studiosi della Queen Mary University di Londra, usando un modello di *geographic profiling* noto come DPM (Dirichlet process mixture), utilizzato anche in criminologia ed epidemiologia, avrebbe individuato l'artista: cfr. M. V. HAUGE, M.D. STEVENSON, D. K. ROSSMO, S. C. LE COMBER, *Tagging Banksy: using geographic profiling to investigate a modern art mystery*, in *Journ. Spatial Science*, 2016, 185.

complessa, dematerializzata, concettuale, non necessariamente supportata tangibilmente, ha fatto perciò aumentare le attenzioni giuridiche al suo trattamento epistemico, alla sua tutela materiale, alla sua utilizzabilità in ogni tempo, e dunque alla sua cura.

Questo slittamento del piano dell'opera ha perciò richiesto sempre più spesso un ulteriore passo, che coinvolge i possessori e i fruitori, chiamati non più solo a possedere, guardare, conservare o comunque fruire, ma persino ad agire, a partecipare per costituire l'opera o mantenerla in vita¹². Sono ormai numerosi i casi e le pratiche nelle quali l'autenticità dell'opera e la sua integrità artistica dipendono dall'intervento o comunque dalla responsabilità di chi la possiede o anche solo ne fruisce, che deve partecipare all'opera con vari impegni, curarsene, preoccuparsene¹³. E sempre più frequentemente un documento, un atto giuridico, è succedaneo del manufatto o è di ausilio, per la mancanza o la complessità del manufatto spesso inesistente o effimero, acquisendo, pertanto, un valore nuovo e sostituendosi all'opera o divenendo determinante per il suo compimento¹⁴.

Insomma, si può dire che l'arte abbia da tempo smesso di porsi confini – se mai davvero ne abbia avuti – in ordine al suo ruolo, alle sue forme, alle sue espressioni, indagando ed usando come materiale rappresentativo, strumentario epistemico e persino ontologico anche l'immateriale, lo psichico, i processi, le azioni, le attitudini, le relazioni, ed usando ampiamente documenti non solo

¹² Basterà pensare al famigerato “Le Vide” (Il vuoto) di Yves Klein (1958), opera consistenza solo in una sala dipinta di bianco nella galleria Iris Clert di Parigi, per «creare, stabilire e presentare al pubblico uno stato pittorico palpabile nei limiti di una galleria d'immagini. In altri termini, la creazione di un ambiente, un autentico climax pittorico, e, di conseguenza, d'un unicum invisibile»; ma, per venire a tempi più recenti, si possono menzionare i lavori di James Lee Byars, Teresa Margolles, Robert Barry, Chris Burden, Tom Friedman, Carsten Höller, Mario Garcia Torres, in cui gli elementi materici sono rari o effimeri, e tutta l'opera è affidata alla percezione e alla reazione dello spettatore.

¹³ L'artista Daniel Buren molti anni fa elaborò un complesso sistema giuridico con un atto che non solo attestava la paternità e accompagnava il trasferimento di proprietà della sua opera, ma conteneva una serie di obblighi per il suo possessore (validi evidentemente anche per i suoi aventi causa) che ne integrano l'aura, cioè ne determinano la struttura ontologica: senza il loro rispetto quell'opera non c'è, oltre a non essere di Buren; potrà ben essere altro, ma non è quell'oggetto chiamato opera d'arte di Buren. Per i profili giuridici dell’*“avertissement”* di Buren cfr. A. DONATI, *Law and art, cit.*, specialmente p. 72 ss..

¹⁴ Basti pensare ai *wall drawing* di Sol LeWitt che continuano ad essere realizzati ben dopo la morte del loro autore, e nessuno dubita che siano “suoi”, sconvolgendo alcune tra le più intuitive dinamiche del meccanismo creativo e della imputazione. Come recentemente è stato osservato, l'informazione diviene, in relazione al contemporaneo, elemento essenziale e imprescindibile per la conservazione delle opere d'arte, e, di conseguenza per il rispetto della loro autenticità: cfr. A. DONATI, *Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 1013.

come succedanei, ma spesso come forma espressiva¹⁵; e questa sorta di liberazione¹⁶, e dunque quest'uso di libertà (quella costituzionalmente garantita dagli artt. 2, 3, 9, 21, 33 della Costituzione italiana), non riguarda solo gli autori e le loro opere d'arte, ma anche il loro pubblico, guidato in percorsi complessi, *multilevel*, in cui le dotazioni di ciascuno possono aggiungere elementi all'opera, ed il visitatore oggi sperimenta molto bene l'ipotesi, molto antica e perciò molto contemporanea, per la quale egli è chiamato a completare il lavoro, accettando la proposta aperta che gli giunge dall'artista e compiendola¹⁷.

Le implicazioni di tutto ciò sono enormi, ma qui, ai nostri fini, rileva soprattutto una conseguenza molto evidente, in ordine all'impossibilità di riconoscere e classificare i prodotti artistici a partire dai propri *media* espressivi. Acquistare un'opera d'arte, oggi, o concorrere alla sua venuta ad esistenza, come alla sua percezione, alla sua fruizione, alla circolazione giuridica, sono operazioni che non possono più limitarsi, come più comunemente avveniva in passato, in funzione di oggetti tipici, articolati e suddivisi nelle classiche forme della pittura-scultura-architettura, della fotografia o dell'audiovisivo, dello spettacolo o della esecuzione musicale, della letteratura e della poesia, senza che, tuttavia, ciò ne impedisca il trattamento giuridico in quanto beni.

Ora, non sta certamente a me, che non ne ho competenza, ipotizzare che la struttura, più che la materia o il mezzo espressivo, sia divenuta centrale nell'opera d'arte, in una sorta di «*principio dell'organizzazione interna della forma*»¹⁸,

¹⁵ Tanto da arrivare a far sospettare che, in alcuni casi, più che opere si vendano idee: cfr. A. ALBERRO, *Arte concettuale e strategie pubblicitarie*, Monza, 2011, p. 147; un grande artista del '900, d'altronde, ebbe a scrivere che «*in conceptual art the idea of concept is the most important aspect of the work. When an artist uses a conceptual form of art, it means that all of planning and decisions are made beforehand and the execution is a perfunctory affair. The idea becomes a machine that makes the art*»: S. LEWITT, *Paragraphs on Conceptual Art*, in A. Alberro, B. Stimson (a cura di), *Conceptual Art: A Critical Anthology*, MIT Press, Boston, 1999, p. 12. Tuttavia, in molti casi (tra i quali il lavoro di LeWitt è paradigmatico), l'opera immateriale è accompagnata da diverse pratiche di documentazione e certificazione, ed allora «è ancora vera la coincidenza tra certificato e opera d'arte: dove l'opera è sussunta nel certificato, esso, costituendone progetto e memoria, la tutela e circola al suo posto»: così A. DONATI, *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, cit., p. 188.

¹⁶ «L'opera d'arte è una liberazione perché è una lacerazione di tessuti propri e alieni. Strappandosi, non sale in cielo, resta nel mondo. Tutto perciò si può cercare in essa, purché sia l'opera ad avvertirci che bisogna ancora trovarlo, perché ancora qualcosa manca al suo pieno intendimento»: così R. LONGHI, *Proposte per una critica d'arte*, in *Paragone*, 1950, 1, p. 5 ss.e 17 ss..

¹⁷ La moltiplicazione dei mezzi artistici espressivi ha eroso sempre di più quelle «norme» che, secondo alcune visioni, governavano la determinazione ontologica del *medium* artistico, tanto che si parla ormai da tempo di un «principio di espansione all'infinito» (*principle of the expansion to infinity*) dei mezzi in arte: cfr. P. OSBORNE, *Anywhere or not at all. Philosophy of contemporary art*, London, 2013, 44. «Alla definizione di un "oggetto" viene sostituita la più ampia definizione di un "campo" di possibilità interpretative»: così U. ECO, *La definizione dell'arte*, Milano, 1984, p. 166.

¹⁸ G. V. KASCHNITZ-WEINBERG, *Struttura, Ricerca di*, voce in *Enciclopedia Treccani dell'Arte Antica*, Roma, 1966; «*l'opera d'arte come struttura – intendendo questo termine come sinonimo di forma*,

che in effetti sembra connotare l'*opus* artistico in ogni sua espressione; ma possiamo prendere atto che di ciò v'è consapevolezza da epoca molto remota, se solo si considerano i celebri assunti di Marsilio Ficino, che descrive la natura del lavoro dell'artista come un «*falegname ligneo dentro il legno*»¹⁹, o di Leonardo sulla «*fantasia esatta*» che consente la «*seconda creazione*» propria dell'arte²⁰.

In piena continuità con un approccio che proprio gli studi giuridici hanno concorso ad affinare, ad esempio con la raffinatissima e complessa distinzione tra *beni* e *cose*²¹, o con l'analoga e sofisticata confezione dei diritti

[...] costituisce un sistema di relazioni tra molteplici elementi (gli elementi materiali costitutivi della struttura-oggetto, il sistema di riferimenti cui l'opera rimanda, il sistema di relazioni psicologiche che l'opera suscita e coordina, eccetera) che si costituisce a diversi livelli (il livello dei ritmi visivi o sonori, il livello dell'intreccio, il livello dei contenuti ideologici coordinati eccetera)»: così U. ECO, *Apocalittici e integrati: Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964, p. 32. In ambito giuridico, si veda P. CASELLI, *Del diritto di autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, Torino, 1907, p. 265: la struttura interna è quella che «*sta di mezzo tra l'intima sostanza dell'opera e la sua veste esteriore data dalla parola, dal disegno, dai colori o dai toni musicali. È costituita specialmente dalla maniera di collegamento, aggruppamento, associazione, successione, movimento o contrasto delle idee o concetti sostanziali*».

¹⁹ «Che cos'è l'arte umana? una specie di natura che tratta la materia dal di fuori. Che cos'è la natura? un'arte che modella la materia dal di dentro, come se un falegname ligneo fosse dentro il legno»: MARSILIO FICINO, *Teologia platonica*, IV, trad. it. Milano, 2011, p. 42.

²⁰ LEONARDO DA VINCI, *Trattato della Pittura*, I Parte, Vicenza, 2000, p. 3: «La pittura rappresenta al senso con più verità e certezza le opere di natura»; per il pittore, «ciò che è nell'universo per essenza, presenza o immaginazione, esso lo ha prima nella mente, e poi nelle mani, e quelle sono di tanta eccellenza, che in pari tempo generano una proporzionata armonia in un solo sguardo qual fanno le cose» (*ibidem*, p. 7).

²¹ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 24 ss.; ID., *Beni*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè 1959, p. 164; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 55; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici (circolazione e tutela)*, Milano, 1969; V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, p. 273 ss.; E. FAZIO, *L'oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo*, Milano, 2016. La dematerializzazione è pervasiva nel diritto, tanto che molta dottrina scorge ormai la proprietà come fenomeno di appartenenza (cfr., ad es., A. GAMBARO, *La proprietà, beni, proprietà, comunione*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990, p. 12), o come «categoria ordinante, all'interno della quale è possibile ricondurre le più disparate situazioni soggettive caratterizzate dal tratto dell'esclusività» (O. T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, artt. 810-821, in *Il codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 1999, p. 23). In realtà il «bene immateriale» viene sempre più spesso trattato come oggetto giuridico: si considerino gli esempi, tra innumerevoli altri, dei vari casi del danno non patrimoniale («categoria unitaria in cui rientrano sia il danno alla salute in senso stretto, biologico, sia quello di tipo esistenziale» secondo la recentissima T.A.R. Roma, sez. I, 15 gennaio 2018, n. 427), della ditta («un segno distintivo dell'imprenditore, un bene immateriale costituito dal nome sotto il quale questi svolge la propria attività» secondo Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 novembre 2017, n. 468), della testata giornalistica (Cass. civile, sez. trib., 17 gennaio 2013, n. 1102), della «licenza taxi» («bene strumentale immateriale del piccolo imprenditore tassista» per Cassazione civile, sez. trib., sent. 4 ottobre 2017, n. 23143), del fatturato d'impresa nelle operazioni di avvalimento nei contratti pubblici (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020), della quota o l'azione di una società (Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 1986, n. 7409), dei suoi dati bancari (Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2014, n. 47105), dei *social network* trattati come «luogo pubblico» (Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596).

d'autore morali (riferiti al *corpus mysticum*, intangibile dell'opera²², definizione di chiara derivazione teologica) sta insomma diffondendosi la consapevolezza, e l'accettazione diffusa, dell'esistenza non solo di singole opere²³, ma persino di "patrimoni culturali" immateriali²⁴, o de-materializzati²⁵; come alcune conoscenze recenti autorizzano a pensare, il patrimonio culturale immateriale e gli elementi di cui esso è composto (ivi comprese le opere d'arte non supportate) non sono del tutto privi di alcun *medium*, perché anche nei lavori più eteri, come nelle pratiche più intangibili, una fissazione comunque si realizza nella nostra mente²⁶, con la conseguenza che è possibile sostenere che, al pari di un materialissimo quadro o di una solidissima scultura di bronzo, rappresentazioni

²² Per tutti, cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Istituzioni di diritto industriale, Milano, 1960, specialmente p. 714 ss..

²³ Le quali sono evidentemente distinte dai loro supporti, il cui possesso non consente usucapione dell'opera: cfr., da ultimo, Cass. civile, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 39, a mente della quale «non è configurabile l'acquisto a titolo originario di un'opera immateriale dell'ingegno, nella specie opera cinematografica, in base a titolo astrattamente idoneo per effetto del possesso di buona fede, ai sensi dell'art. 1153 c.c., a ciò ostando il carattere particolare del diritto d'autore, che trova fondamento unicamente nell'atto creativo e realizzativo dell'idea, per il trasferimento del quale non si richiede una consegna, perché questa, anche ove ricorra, si riferisce all'oggetto materiale in cui l'opera si estrinseca, senza però mai immedesimarsi in essa».

²⁴ L'art. 2 della *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* dell'UNESCO del 2003 definisce il patrimonio immateriale «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana».

²⁵ Il dibattito in Italia sul trattamento giuridico della componente immateriale dei "beni culturali" è sempre vivo; solo ad esempio, si vedano G. SEVERINI, *Commento all'art. 1*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano, 2012, p. 26; B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, II, p. 119 ss.; L. CASINI, voce *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, I, Milano 2006, p. 680; A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 93; S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 781 ss.; A. BARTOLINI, D. BRUNELLI, G. CAFORIO (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno di Assisi (25-27 ottobre 2012), Napoli, 2014.

²⁶ I prodotti culturali sono tra quelli capaci di generare uno spazio pubblico metaforico ed espressivo (J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it, Bari, Laterza, 1984), che però non è mero linguaggio, pura narrazione; la gran parte delle nostre opinioni, dei nostri comportamenti, delle nostre scelte, dei fatti durissimi e realissimi che investono ciascuna delle nostre vite, più o meno remotamente hanno alla base un assunto culturale assestato, per gli atteggiamenti più ortodossi, o ancora in discussione, per quelli più eterodossi. E seppure quegli assunti hanno, naturalmente, forme di rappresentazione, queste non funzionano solo in funzione di "testimonianza", che è operazione tecnicamente possibile soprattutto per epoche remote, e dunque per sguardi retrospettivi, ma agiscono nel presente ed in vista del futuro con meccaniche di «documentalità» di registrazione, di fissazione di elementi connotanti: cfr. M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009, specialmente p. 305 ss..

teatrali o musicali, *performances* ed altre opere artistiche costituite in movimenti corporei, pronunciamenti, comportamenti o espressioni meramente fonetiche, sonore, o semplici stimoli psichici, evoluzioni biologiche e.... atti giuridici²⁷, ma anche consuetudini sociali, eventi rituali e culturali, abitudini alimentari, e così via, possono essere oggetti culturali, ed in quanto tali è possibile osservarli, ri-conoscerli, tutelarli, compra-venderli, fruirne, trasferirli, persino trafugarli. Ed, a maggior ragione, ciò può dirsi per l'utilizzo consapevolmente artistico di materiali od oggetti di uso comune o con funzioni di tutt'altro genere, una tecnica – il cd. *ready-made* – che, in uso da lungo tempo, conosce ormai latitudini estesissime²⁸.

La rilevanza del concetto di patrimonio culturale ha ovviamente conseguenze di grande rilievo per il diritto; trattenendosi al solo ambito dei beni culturali, il trattamento delle conoscenze che li riguardano ha vissuto una fase di profondo rinnovamento metodologico negli ultimi decenni, ampliando enormemente gli ambiti disciplinari e aprendosi sempre più a forme di interdisciplinarietà. La stessa idea di 'contesto' è andata acquistando una centralità metodologica ricca di implicazioni in diverse epistemologie²⁹, ed in ambito giuridico³⁰ basterà trovarne riprova nella evoluzione della percezione della centralità normativa del paesaggio, non più limitato a un oggetto di mera valutazione estetica, a *énclaves* di "bellezza naturale", ma studiato come sistema complesso di sto-

²⁷ Sono ormai numerosi i casi in cui istituti giuridici vengono usati per dare struttura ad opere d'arte; per un caso famoso e domestico, si pensi a "Untitled (Denuncia)" di Maurizio Cattelan (1991), opera che consiste nella copia della denuncia presentata alla Questura di Forlì, e da questa acquisita e protocollata, nella quale si attesta che l'artista è stato vittima di un furto di un'"opera inesistente".

²⁸ Per una riflessione giuridica in argomento, cfr. N. WALRAVENS, *La remise en cause des notions traditionnelles*, in *L'Art contemporain confronté au droit*, Paris, 2006, p. 13.

²⁹ In campo archeologico, l'evoluzione è stata molto paradigmatica; l'affrancamento dalla *antiquaria* ha consentito l'ampliamento degli ambiti geografici e cronologici, non più limitati solo all'antichità ma estesi fino all'età moderna e contemporanea, il ruolo delle scienze naturali e archeometriche, lo studio non più centrato solo sulle manifestazioni artistiche ma su tutti i prodotti del lavoro umano e sui rapporti tra società e ambiente, e, in particolare, l'affermazione di un approccio globale, inteso come sistema di fonti, di strumenti metodologici e tecnici, di sensibilità culturali: per tutti, si veda su ciò da ultimo A. CARANDINI, *La forza del contesto*, Roma-Bari, 2017.

³⁰ B. SAPONARO, *Commento all'art. 2*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, che evidenzia come la dimensione "culturale", riferita a tutto il patrimonio, rinvia all'elemento unificante delle due entità dell'*humanum*, l'essere prodotto della civiltà umana, oltre che della natura; ma l'argomento appare solido: cfr. già A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969; M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, p. 15; R. GAMBINO, *Maniere di intendere il paesaggio*, in A. Clementi (a cura di), *Interpretazioni di paesaggio*, Roma, 2002, p. 65.

rie, di relazioni, di esperienze, di prodotti, di processi, come rapporto tra uomo e natura, palinsesto di documentazioni complesse riferite a siti, insediamenti, produzioni artistiche, sfruttamento delle risorse, rapporti di potere, religioni, abitudini, riti, alimenti³¹.

3. Cultura, sviluppo sociale ed economico: cenni.

Quanto esaminato, che d'ora in poi, per comodità espressiva, definiremo "la complessità", non può naturalmente non influire sulle amministrazioni pubbliche che hanno responsabilità in ordine all'art. 9 Cost., e più in generale sull'ordinamento complessivamente inteso.

L'articolo 9 della Costituzione italiana (un brutto anatroccolo trasformatosi in splendido cigno nel corso dei lavori in Assemblea costituente), ha necessariamente relazione con altri elementi della forma di Stato, con cui condivide la presenza nell'ambito dei principi della Carta: con la centralità della persona, della sua dignità, cui corrispondono diritti e libertà intangibili, come doveri e limiti, e con i conseguenti obblighi connessi all'uguaglianza e agli strumenti che, variamente, ne perseguono il carattere sostanziale (con cascami in tema di libertà di espressione di pensiero, dell'arte, della scienza e del loro insegnamento, di diritto allo studio e alla tutela della salute, di statuto costituzionale della proprietà, e così via). Solo così, infatti, con una lettura ampia, i doveri di promozione e tutela di scienza e cultura assegnati alla Repubblica (dunque non solo allo Stato, e nemmeno solo all'area pubblica³²) trovano una dimensione propriamente politica, e riescono a perdere il carattere elitario che altrimenti li affliggerebbe fisiologicamente, e a trovare posto in un ambiente istituzionale de-

³¹ L'evoluzione è ben sintetizzata da F. SAITTA, *Danni al paesaggio e diritto al risarcimento*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 579 ss.: «partendo dalla giurisprudenza costituzionale - che ha da tempo evidenziato come "la tutela del paesaggio debba ormai ritenersi non legata alla visione frammentaria propria della legge 29 giugno 1939, n. 1497, diretta in prevalenza alla tutela delle singole bellezze naturali isolatamente considerate, in quanto essa è diventata sinonimo di tutela ambientale, della quale, quindi, deve ritenersi comprensiva per quanto attiene al territorio su cui vive l'uomo" - e passando attraverso la legge Galasso del 1985 - che (in parallelo con l'evoluzione culturale e sociale del Paese) ha operato uno spostamento dell'accento dalle bellezze naturali intese come dimensione estetica ad un bene di valenza estetico-culturale - e, quindi, la Convenzione europea sul paesaggio del 2000 - il cui obiettivo finale non è tanto la protezione della natura in sé, quanto piuttosto la protezione dell'essere umano e del suo contesto ambientale, che assume valore non solo come dato estetico, ma soprattutto per la qualità della vita e per la sensazione di appartenenza che l'uomo avverte nei confronti di tutto ciò che lo circonda - si sia pervenuti al Codice dei beni culturali e del paesaggio, che, all'art. 131, afferma che "per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni"».

³² N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002; B. L. BOSCHETTI, *La valorizzazione dei beni culturali tra principio di sussidiarietà e nuovi modelli organizzativi e procedurali*, Milano, 2005; A. L. TARASCO, *Il federalismo demaniale e la sussidiarietà obliqua nella gestione dei beni culturali*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2011, p. 1069 ss.

mocratico quali strumenti di coesione ed estensione sociali con caratteri inclusivi. E solo così si riesce a comprendere il percorso repubblicano (e dunque costituzionale) del bene culturale, ed in particolare il passaggio (tuttora in cammino) dalle rilevanze estetiche ed idealistiche alle implicazioni documentali, effettivamente culturali, materiali ed immateriali, della sua percezione e del suo trattamento normativo e giudiziario³³.

Leggendola in questo modo, è agevole riconoscere nella missione costituzionale in ordine al patrimonio culturale della Nazione non solo una responsabilità che è rivolta a persone ed organizzazioni esperte ed attrezzate di ogni tipo, ma soprattutto una finalità ultima, necessariamente orientata a favorire quel complesso contatto con il patrimonio culturale nazionale che chiamiamo, in sintesi, fruizione, assumendo i tratti di un compito che richiede di consentirlo, provocarlo e renderlo ricco a quante più persone sia possibile.

La questione interessante è che il dibattito su questo tema inizia a conoscere ed utilizzare nel XXI secolo nuovi argomenti, frutto di nuove conoscenze in ordine al fatto che il contatto con le energie che sottostanno a tutto ciò che raduniamo sotto l'ampio termine "cultura" produce una serie di conseguenze evidenti, sulla qualità e – forse persino – sulla quantità³⁴ della vita delle persone, ne amplia le idee, la capacità di concetto, le intuizioni, gli argomenti, e dunque migliora, o comunque rende più complesso il loro pensiero e di conseguenza il loro discorso, abituandolo a considerare l'altro da sé come interessante e, almeno, degno di rispetto. Quanto più dunque si favorisce questo contatto, quanto più esso è ampio, numeroso, variegato, tanto più questi vantaggi si fanno pubblici, collettivi, declinandosi in forme di coesione sociale e di miglio-

³³ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 5, 2016, p. 505.

³⁴ Sono ormai numerose le attestazioni statistiche che dimostrano che questo contatto favorisce la salute mentale e fisica; ha ormai una ventina d'anni una ricerca del Dipartimento di Medicina Sociale dell'Università svedese di Umea (Bygen, Konlaamn e Johansson, *British Medical Journal* 1996), che ha rilevato come, in breve, l'aspettativa di vita di coloro che frequentano, consumano, praticano la cultura e le arti sia superiore di 1,8 anni rispetto al campione di controllo, e come coloro che fruiscono raramente di eventi culturali presentano un rischio di mortalità del 60% più alto di coloro che ne fruiscono più spesso. I dati ormai sono numerosi e concordi, ed in Gran Bretagna è sorto un gruppo parlamentare interpartitico dedito ad Arts, Health and Wellbeing (APPGAHW), che cura un rapporto giunto alla seconda edizione: *Creative Health: The Arts for Health and Wellbeing* (http://www.artshealthandwellbeing.org.uk/appg-inquiry/Publications/Creative_Health_Inquiry_Report_2017_-_Second_Edition.pdf). In Italia, tra altri, si veda E. GROSSI, A. RAVAGNAN (a cura di), *Cultura e salute: La partecipazione culturale come strumento per un nuovo welfare*, Milano, 2013, specialmente p. 167 ss.; da ultimo, si veda il n. 2/ 2017 della *Rivista Economia della Cultura*, interamente dedicato al tema "cultura, salute, benessere".

mento della convivenza³⁵, in capacità di creazione, innovazione e dinamismo economico e produttivo³⁶, persino in miglior funzionamento del dibattito pubblico e delle istituzioni democratiche.

I temi classici sulle ragioni per le quali diamo fondamento all'intervento pubblico in cultura, cioè le teorie novecentesche relative al perché vale la pena sostenerlo (beni meritori, esternalità, fallimenti del mercato, rigidità fisiologiche nei costi, ecc.), anche se un po' invecchiate non sono superate, possono anzi essere integrate da evidenze che ci fanno capire che le economie del XXI secolo, del mondo occidentale sono già, e saranno sempre più, per dirla con un'espressione che nella letteratura è molto diffusa, "culturalizzate"³⁷. Vale a dire che gran parte di quello che in gergo chiamiamo "sviluppo economico", sia a livello territoriale, sia a livello nazionale, che a livello continentale, è determinato da una serie di fattori che si definiscono in termini culturali.

La cultura è insomma uno dei principali *drivers* dei movimenti economici fondamentali. Già da tempo in tutto il mondo si sta studiando e discutendo cosa questo implichi per la politica³⁸, e si stanno sperimentando varie formule di *policy*, aggiungendo all'idea di cultura intesa come offerta, sostanzialmente, di istruzione e formazione, secondo la teoria del capitale umano, una capacità di pro-

³⁵ Argomento già colto da G. ROLLA, *Beni culturale e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, II, p. 561 ss.

³⁶ gli effetti del "capitalismo cognitivo" possono essere percepite scorrendo il recente "Rapporto sulla conoscenza in Italia" 2018 dell'Istat, il quale attesta che a parità di settore, dimensioni e localizzazione geografica, dove gli imprenditori sono più istruiti, anche i dipendenti tendono ad avere un livello di istruzione più elevato. L'istruzione è associata positivamente alla performance delle imprese (in particolare, alla sopravvivenza), all'adozione delle tecnologie IT e all'attività innovativa. Il livello di istruzione delle persone influisce sulla loro partecipazione al mercato del lavoro, sulle possibilità di occupazione e sui redditi, e anzi alle differenze nei tassi d'occupazione si accompagnano, in generale, differenziali retributivi ancora più rilevanti. Il nostro Paese, che insieme a contenuti livelli d'istruzione è caratterizzato anche da una bassa intensità di ricerca e sviluppo e da un'attività brevettuale modesta, ha quindi fondato una parte importante del suo benessere su produzioni con un contenuto di conoscenze specialistiche relativamente limitato, facilmente replicabili a costi minori altrove.

³⁷ D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, 1973; J.B. PINE II, J.H. GILMORE, *The Experience Economy*, Cambridge (Mass.), 2011; P. L. SACCO, G. SEGRE, *L'accesso alle opportunità culturali nell'economia dell'esperienza*, in F. De Biase (a cura di), *L'arte dello spettatore. Il pubblico della cultura tra bisogni, consumi e tendenze*, Milano, 2008.

³⁸ In ambito europeo, si vedano il Green Paper della Commissione Europea "Unlocking the potential of cultural and creative industries" (2010); la Comunicazione "Promoting cultural and creative sectors for growth and jobs in the EU" (2012); la Risoluzione del Parlamento Europeo "Promoting the European cultural and creative sectors as sources of economic growth and jobs" (2013); la Comunicazione "Towards an integrated approach to cultural heritage for Europe" (2014); la Comunicazione "Digital Single Market Strategy" (2015); la Risoluzione del Parlamento Europeo "Coherent EU policy for cultural and creative industries" (2016).

durre nuove prospettive sensoriali e di esperienza, qualità della vita, nuovi prodotti e nuove forme di consumo; di qui all'impresa culturale, a quella creativa, ed all'innovazione produttiva ad *imput* culturale il passo è breve³⁹, ed infatti si registra un progressivo consolidamento di normative⁴⁰ e politiche⁴¹ al riguardo

4. Alcune conseguenze per l'amministrazione pubblica.

Per rispondere a spinte siffatte, le amministrazioni pubbliche devono ovviamente mutare diversi registri tradizionali.

Se riguardata dal lato normativo, la decisione giuridica in epoca di complessità, sempre più tenuta alla considerazione di conoscenze tecniche o scientifiche, è anche sempre più regolata mediante principi o clausole indeterminate, è rimessa solo in parte alla norma formale prodotta mediante il procedimento legislativo tradizionale, ed è molto affidata ad un *formante* di comunità esperte (giudiziarie, artistiche, tecniche, mediche, scientifiche, amministrative), che concorrono al suo compimento con atti ulteriori, in cerca di un assetto finale dovuto ad opinioni giustificate e ritenute affidabili⁴²: solo apparentemente il le-

³⁹ Sulle capacità innovative, rigenerative, dei settori di impresa culturale e creativa, mi vorrei rimettere al recente studio UE “*Il ruolo delle politiche pubbliche per sviluppare il potenziale imprenditoriale e innovativo dei settori culturale e creativo*” (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5d33c8a7-2e56-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-68820857>), dove vengono descritte nel senso che questo “settore” «genera benessere e coesione, modella lo spazio pubblico utilizzato da milioni di europei, modernizza le industrie e i settori aziendali con nuovi input creativi, e metodi; fornisce significato e sentimento di appartenenza; potenzia le aree urbane e rurali; progetta i nostri prodotti e servizi; produce e digitalizza il contenuto; arricchisce le nostre esperienze visive; fornisce contenuti per i dibattiti». Ma si veda anche D. PONZINI, *Il territorio dei beni culturali. Interpretazioni strategiche del processo di privatizzazione dei beni e delle attività culturali in Italia*, Roma, 2008.

⁴⁰ In Italia, si vedano i commi 57-60 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, sulle imprese culturali e creative; ma anche la disciplina dell'impresa sociale recata dal d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112.

⁴¹ In Italia, a livello statale, si veda, ad esempio, il Programma operativo nazionale (PON) “*Cultura e Sviluppo*” 2014-2020, e il progetto “*Cultura Crea*”, che sostiene la nascita e la crescita di iniziative imprenditoriali e non profittevoli in ambito culturale e turistico, che puntano a valorizzare le risorse culturali del territorio nelle regioni Basilicata, Calabria, Campania, Puglia e Sicilia. In Europa, si vedano, ad esempio, il *Piano di lavoro per la cultura 2015 –2018* (2014/C 463/02) del Consiglio europeo, la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 settembre 2015 “*Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*” (P8_TA - PROV (2015)0293), le “*Conclusioni sul patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile*” (adottato dal Consiglio dei Ministri dell'UE il 21 maggio 2014) e le “*Conclusioni sulla governance partecipativa del patrimonio culturale*” (adottate dal Consiglio dei Ministri dell'UE il 25 novembre 2014); la Comunicazione 22 maggio 2018, COM(2018) 267 finale, “*A New European Agenda for Culture*”.

⁴² La questione è enorme ed enormemente trattata e studiata: per esempio, tra moltissimi altri in un panorama di letteratura globale e multidisciplinare, si vedano M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 985 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, specialmente p. 73 ss.; V. PIERGILI, *Le regole della produzione normativa*, Torino, 2012; A. SOM-

gislatore può fare quel che gli pare, ci sono cose che non può fare, che non gli funzionano, o non funzionano a lungo se non sono assistite da una legittimazione tratta dalla attendibilità del suo intervento⁴³.

Per analoghe ragioni l'epoca della conoscenza, della complessità e della rilevanza dell'immateriale influisce anche sugli assetti amministrativi: questo tempo fa fatica a riconoscere come legittimata una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'amministrazione pubblica; per un verso, in ragione della rilevanza delle conoscenze, la competenza non funziona più se è una mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da «*apacità tecnica di scegliere e di decidere*»⁴⁴, oltre che da riconoscibile ragionevolezza; per altro, in ragione della complessità, nessuna attendibilità, nemmeno di fatto, è oggi garantita per il solo intervento dell'«*autorità*»⁴⁵, per quanto tecnicamente attrezzata, a causa (oltre che, dove c'è, del principio della sovranità popolare⁴⁶), della multi-

MA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in AA. VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, Cedam, 2007, p. 369 ss.; M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nel prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, specialmente p. 284; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, 2012, specialmente p. 56; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, specialmente p. 9; M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, *ibidem*, specialmente p. 27 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, specialmente p. 177; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Milano, 1994, specialmente p. 134; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, *Rivista AIC*, luglio 2014; F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, *ibidem*, novembre 2015.

⁴³ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 256: «il contratto significa comunque una regola, perché così l'ha sempre inteso il linguaggio ordinario. Alla stessa stregua, "proprietà" è appartenenza, "obbligazione" è debito, "impresa" è organizzazione economica, perché questi sono i nuclei semantici radicati nella lingua. Quel nucleo è insensibile all'arbitrio legislativo. Non c'è dubbio che il legislatore può fare quel che gli pare, ma ci sono cose che non può fare». A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it., Milano, 1990, p. 168 ss., ricorre allo strumento delle «connessioni essenziali», distinguendone diversi tipi anche in termini giuridici, alcune delle quali sono «impossibili» «(per esempio un'appartenenza da una promessa)».

⁴⁴ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 1 ss., che prosegue: «questa capacità viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta».

⁴⁵ A. ROMANO-TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»*, *cit.*, p. 872, assumeva che «la «certezza» tende a risolversi in un prodotto dell'ordinamento, inteso sostanzialmente in senso normativo, ed appare destinata a circolare ed a valere esclusivamente al suo interno: ciò che - come vedremo - può funzionare soltanto a certe condizioni, e cioè fino a quando la «certezza» di cui è questione verte esclusivamente (e comunque, principalmente) su qualificazioni giuridiche e/o rapporti giuridici».

⁴⁶ L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 319.

plicazione delle conoscenze e dei dati disponibili⁴⁷, dell'aumento del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze⁴⁸, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena⁴⁹.

Per continuare l'uso del paradigma culturale, si possono trovare riprove dell'assunto nei continui mutamenti cui è stato sottoposto il principale centro statale italiano di governo in quell'ambito: istituito nel 1974, quello che oggi è denominato Ministero per i beni e le attività culturali ed il Turismo è stato ri-

⁴⁷ M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, p. 601 ss..

⁴⁸ E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011; A. Romano Tassone, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 2292/2000; sez. V, n. 1247/2001.

⁴⁹ A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it: «la scienza moderna si fonda sulla convinzione che il sapere scientifico riguardante la realtà è incerto e che il compito dello scienziato sia quello di ridurre l'incertezza non di affermare la verità. Senza addentrarsi in questioni che tutto sommato non sono le nostre, occorre tuttavia notare come, nell'ambito dell'attività di ricostruzione del fatto, non diversa sia la funzione del giudice, il quale rispetto ad una realtà ambigua rappresentata dalle parti cerca di addivenire ad una soluzione in termini di probabilità, ossia di scelta di quella rappresentazione che, sulla base delle sue conoscenze personali e di quelle tecniche fornite dal consulente, appaia più rispondente alla realtà. Se così stanno le cose, a parte l'indubbia difficoltà di distinguere tra regole opinabili e regole esatte, non vorrei che il giudice amministrativo si precludesse la possibilità di decidere, tra la ricostruzione del fatto operata dall'amministrazione e quella indicata dal ricorrente, quale sia la più plausibile. In altri termini, quale delle due appaia la più vicina alla realtà». Non manca chi ha avanzato l'ipotesi di un rovesciamento delle relazioni tra scienze naturali e sociali, nel senso che le prime sarebbero tenute ad usare (anche) approcci argomentativi e giustificativi propri delle seconde: V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5/2005, p. 31 ss.: «si tratta di un fenomeno che può forse destare sorpresa, ma che trova la sua spiegazione, da un punto di vista molto generale, nella condivisione sempre più generalizzata della tesi secondo cui la scienza non ha più un proprio «centro», ha perso la «disciplina-pilota», quella, in particolare, considerata come la più vicina ai fatti del mondo naturale (la «fisica»). In un contesto dominato da una visione acentrata e non gerarchica della scienza, e dall'approccio del pluralismo metodologico, nessuna disciplina, nessuna concezione metodologica legata ad uno specifico contesto disciplinare può arrogarsi il diritto di legiferare, sempre e comunque, anche per le altre. Piuttosto che il dominio di una disciplina su tutte le altre, tende ad affermarsi in primo piano la ricerca di affinità, di analogie rilevanti fra i vari campi disciplinari» (*ibidem*, 37); vorrei ricordare che, tra i giuristi in Italia, ha affrontato l'argomento A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in A.a. V.v., *Scritti per Nario Nigro*, I, Milano, 1991, specialmente p. 465; di recente, anche Antonio Romano Tassone, in una delle ultime riflessioni che il suo tempo gli ha consentito, rivolgendo l'attenzione al tema della modernità, ed in particolare alla giusta collocazione che va data al concetto ed alle conseguenze giuridiche e istituzionali del rischio, ha preso le mosse dalla «strutturale «indeterminatezza» della stragrande maggioranza (se non di tutte) le acquisizioni scientifiche, che presentano una validità inevitabilmente limitata (si pensi al cd. «teorema dell'indecidibilità» di Goedel»: cfr. A. ROMANO TASSONE, «Società del rischio» e modernità, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, p. 372).

formato profondamente nel 1998 e poi riordinato per ben cinque volte in dieci anni o poco più: nel 2004, nel 2007, nel 2009, e con diversi interventi tra il 2013 e il 2016; se si aggiungono a ciò i ripetuti interventi sulla disciplina ed il trattamento dei beni e delle attività culturali, si comprende perché in letteratura si parli di «*sciame normativo*»⁵⁰.

Non si tratta solo di una instabilità formale, del “morbo di Baumol”⁵¹ in azione in un Dicastero; è una vera e propria tensione, una sindrome di adattamento all’epoca della complessità che ha investito in pieno tutta la struttura, ed in particolar modo il ruolo delle Soprintendenze, un esempio paradigmatico di uso quasi sacerdotale⁵², spesso isolato, di un “sapere” specialistico, un tempo in grado di fondarne l’autorevolezza, oggi scemato sino ad essere percepito, a torto o a ragione, come un autoritarismo mal compreso, mal sopportato, spesso osteggiato⁵³, ed infine consegnato a responsabilità istruttorie e preparatorie di decisioni prese altrove, per garantire quella che la stessa norma organizzativa ha definito «*visione olistica*», che mette in discussione la preziosa e irrinunciabile specializzazione disciplinare e la sollecita a confronti, interazioni, integrazioni, in un continuo dialogo tra saperi umanistici e tecnico-scientifici, abbandonando le forme esasperate del riduzionismo, settoriale e a rischio di autoreferenzialità, di incapacità di comprendere fenomeni complessi, di far fronte alle sfide di una tutela attiva, non limitata cioè ai vincoli, ma capace di concorrere alle trasformazioni richieste dalla società contemporanea.

I provvedimenti amministrativi più rilevanti per i beni culturali, a lungo ed indiscutibilmente riservati agli uffici di Soprintendenza, sono stati progressivamente allocati altrove, ed oggi affidati alla responsabilità di una Commissione

⁵⁰ G. SEVERINI, *La seconda novellazione "correttiva ed integrativa" del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1058.

⁵¹ Per quanto criticato e, per certi aspetti, falsificato nel tempo, il modello proposto da W. J. BAUMOL, W. G. BOWEN, *Performing Arts - The Economic Dilemma*, Twentieth Century Fund, 1966, reca alcune spiegazioni che, ancora oggi, reggono, dato che, in molte istituzioni culturali pubbliche bisogna ammettere che «*crisis is apparently a way of life*» (*ibidem*, p. 3); e ciò sarebbe dovuto, in breve, alla scarsa possibilità o propensione di sostituire il lavoro con tecnologia.

⁵² in P. FORTE, *Un percorso di emersione*, in *Economia della Cultura*, 2017, p. 3, ho avuto modo di esaminare quanto i prodotti culturali siano umani, ed anche quando ci appaiono debordare dalla vita, dalla percezione propria alla comune dimensione umana, sono tuttavia *sublimi*, rimangono cioè, appunto, *sub limen*, al di sotto da quella sorta di empireo un po' artificiale nel quale parte del mondo della cultura si era posto nel secolo passato, con una conseguente incommensurabilità, che ovviamente comportava una tendenza, talora, all'emendamento, all'immunità dalla responsabilità mondana.

⁵³ Si vedano le equilibrate osservazioni di L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, in particolare p. 141 ss; ed anche, occasionalmente in tema di paesaggio (ma in realtà ben più ampie), quelle di F. CORTESE, *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon*, 2016, 3.

regionale per il patrimonio culturale, organo collegiale «a competenza intersettoriale»⁵⁴, che non solo «coordina e armonizza l'attività di tutela e di valorizzazione nel territorio regionale», «favorisce l'integrazione inter- e multidisciplinare tra i diversi istituti», e «garantisce una visione olistica del patrimonio culturale» (art. 39, co. 1, d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171), ma è l'organo competente a pronunciarsi sulla verifica e dichiarazione dell'interesse culturale, sulle prescrizioni di tutela indiretta, sulle autorizzazioni in ordine a modifiche di carattere materiale o giuridico relative a beni culturali, sulla dichiarazione dell'interesse paesaggistico, sulla concessione d'uso di beni culturali (art. 39 cit., co. 2, lett. a)-m)), ed anche sul riesame dei pareri e degli atti di assenso rilasciati dagli organi periferici del Ministero (art. 39 cit., co. 3)⁵⁵.

La sfida riguarda anche, non senza qualche disorientamento, i Musei e gli altri “luoghi della cultura”⁵⁶, costretti a mettere in discussione visioni tradizionali e troppo tranquille su se stessi, e ad attrezzarsi con misure che, sempre più, fanno emergere funzioni che li fanno assomigliare a complessi archivi. Ben lungi dal potersi limitare a raccogliere, preservare, studiare e mostrare manufatti compiuti e ben supportati, quadri, sculture, oggi raccolgono oggetti archeologici o di uso non più comune, strumenti scientifici e tecnologia, prodotti editoriali o musicali o audiovisivi, e, a causa delle trasformazioni dovute al tempo della complessità, questi luoghi sono tenuti a rendersi scena, luogo sonoro, sede della parola e dell'immaginario, ad usare documenti e connessioni, ad accettare tracce labili e verbalizzazioni atecniche, testimonianze e ricordi, evocazioni e rimandi.

Ne risulta una profonda trasformazione delle funzioni del museo, di ogni professionalità implicata nel suo lavoro e di molte regole che lo disciplinano⁵⁷;

⁵⁴ presieduta dal Segretario regionale, è composta dai Soprintendenti di settore, «inclusi i dirigenti degli Istituti di cui all'art. 30, comma 2, lett. a)», nonché dal Direttore del polo museale regionale, ed è «integrata con i responsabili degli uffici periferici (...) quando siano trattate questioni riguardanti i medesimi uffici» (art. 39, c. 4): le perplessità sulla composizione (si vedano quelle sollevate da G. SCIULLO, *La riforma dell'amministrazione periferica*, in *Aedon*, 2015,1), lascia supporre che la sua struttura potrà essere rivista in futuro.

⁵⁵ si tratta delle funzioni delle Commissioni di garanzia per il patrimonio culturale di cui all'art. 12, co. 1-bis, d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. nella l. 29 luglio 2014, n. 106.

⁵⁶ H. HEIN, *The Museum in Transition. A philosophical Perspective*, Washington and London, 2000; C. RIBALDI, (a cura di), *Il nuovo museo. Origini e percorsi*, Milano, 2005; M. TRIMARCHI, F. LONGO, *I musei italiani nel decennio: innovazioni e questioni irrisolte*, in C. Bodo, C. Spada (a cura di), *Rapporto sull'economia della cultura in Italia, 1990-2000*, Bologna, 2004; interessante anche la percezione di questi cambiamenti: cfr. F. AGO, *Musei citati: l'idea di museo nella letteratura contemporanea*, Pisa, 2009; P.C. MARANI, R. PAVONI, *Musei. Trasformazione di un'istituzione dall'età moderna al contemporaneo*, Venezia, 2006.

⁵⁷ S. BODO (a cura di), *Il museo relazionale. Riflessioni ed esperienze europee*, Torino, 2003; M. V. MARINI CLARELLI, *Che cosa è un museo*, Roma, 2005, specialmente p.104 ss.; A. POLVERONI, *This is contemporary! Come cambiano i musei d'arte contemporanea*, Milano, 2007, p. 33 ss..

riconoscere, studiare comprendere, conservare, tutelare, restaurare, esibire, allestire, spiegare, educare, far fruire, restano le sue missioni fondamentali, ma è come se mutassero registro, allargassero i bisogni e le competenze, in funzione della necessaria disponibilità al deposito di questi materiali incerti e discussivi, privi di genere, dei quali la documentazione può essere la forma prevalente, o in taluni casi addirittura l'unica, dell'opera, o mancare persino quella, come accade quando tutto il lavoro si svolga sul filo della relazione intersoggettiva, della prestazione *ad personam*, sull'affidamento dell'intero prodotto artistico alla memoria, sulla consumazione perseguita, sull'autodistruzione intenzionale⁵⁸.

La pluralità dei mezzi espressivi artistici e culturali in genere, per come li si percepiscono oggi, incide insomma profondamente sulle attività dei musei e sulla disciplina giuridica che li riguarda.

Si pensi ad operazioni che, di norma, sarebbero vietate, dunque sanzionate con qualche forma di invalidità giuridica, come ad esempio la cessione di un'arma da fuoco o di un macchinario non conforme, e che divenisse la struttura di un'opera d'arte; la letteratura civilistica, al riguardo, ha sviluppato una importante evoluzione, tale da rendere possibile l'operazione (altrimenti invalida) in base ad una valutazione di ragionevolezza fondata su punti di vista interni al sistema: non si tratta, cioè, di invocare una sanatoria *ex post*, poiché non vi è *a monte* alcun contrasto con la norma che pone il divieto; ed infatti la dottrina esclude la nullità del contratto che viola il divieto di alienare beni privi delle caratteristiche prescritte dalla legge, in considerazione del fatto che la cosa alienata è destinata a un utilizzo che non contrasta con le finalità della norma proibitiva: è la parte immateriale del bene che viene considerata, e supera quella tangibile che, da sola, renderebbe l'atto invalido⁵⁹.

⁵⁸ K. GIBBS, M. SANI, J. THOMPSON (a cura di), *Musei e apprendimento lungo tutto l'arco della vita. Un manuale europeo*, Ferrara, 2007; sul ruolo dei musei nella costruzione delle identità sociali si veda S. COLAZZO, *Il museo e la formazione dell'identità sociale tra storia e territorio*, Castrignano dei Greci, 2002; M. D'AMATO (a cura di), *Museo e identità sociale. Proposte di mediazione culturale*, Firenze, 2012; nella promozione di mutamenti sociali cfr. BROWN C., (a cura di), *Inspiring Action: Museums and Social Change: a Collection of Essays*, Edinburgo, 2009; o, viceversa, nel mantenimento dello status quo F.E.S. KAPLAN, *Museums and the making of "ourselves": the role of objects in national identity*, London, 1996; sui musei come luoghi di conflitto W.L. BOYD, *Museums as Centers of Controversy*, in *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 128, 1999, p. 3 ss.

⁵⁹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 64, con riguardo all'acquisto validamente effettuato da un museo di una macchina utensile da destinare alla propria collezione di archeologia industriale perché non più rispondente alle prescrizioni vigenti in tema di sicurezza sul lavoro, che ne vietano non solo l'uso, ma anche l'alienazione. Ammette espressamente la riduzione teleologica delle norme imperative F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, p. 174 ss.

Ragionando su questo percorso, si può forse giungere a trovare soluzione alla possibilità di acquisire alla collezione di un museo pubblico anche opere immateriali, anche in casi estremi, quando per esempio richiedono, ai fini della loro esistenza in quanto opere imputabili a quell'autore, che non se ne lasci traccia alcuna⁶⁰, o quando sono effimere, destinate cioè ad una fruizione intenzionalmente distruttiva⁶¹.

L'argomento può essere affrontato da un altro punto di vista. Si consideri la disciplina giuridica dei beni del patrimonio indisponibile degli enti pubblici, per esempio quelli destinati al servizio pubblico, sui quali «*si riflettono, non solo le variazioni delle innumerevoli esigenze del servizio stesso, ma altresì quelle indotte dal progresso tecnologico sino ad indurre alla dismissione di quei beni: per fare qualche esempio, i vecchi tram e le loro rotaie, gli autobus comunali e regionali obsoleti, gli arredi di uffici ormai soppressi, alienati mediante procedure speciali di (scarsa) evidenza pubblica, gli stessi immobili sede di pubblici uffici, vecchie caserme in disuso, alloggi e magazzini di Stato di varia provenienza, cave e miniere esauste, ecc. (immessi o no in una procedura di cartolarizzazione), le case dell'edilizia economica e popolare assegnate agli originari assegnatari che abbiano soddisfatto le condizioni economiche del loro riscatto*»⁶².

Orbene l'epoca della complessità consente nuovi scenari per queste operazioni: non si contano i progetti di artisti che utilizzano intenzionalmente questi materiali, obsoleti per il loro uso funzionale originario, ma preziosi sul piano documentale, di “testimonianza”, o semplicemente per l'estetica⁶³. In particolare, può essere rivista l'impostazione che vorrebbe la possibilità di alienazione di

⁶⁰ Sono noti i lavori di Tino Sehgal che realizza performance che, per essere tali ed imputabili all'autore, non possono essere documentate in nessun modo, non hanno testi, e sono vendute senza contratto scritto e senza traccia alcuna della transazione, sono pagate in contanti e senza ricevuta; ciò non ha impedito al Centre Pompidou di Parigi di acquistare, nel 2009, un'opera di Sehgal dal titolo *This Situation*, con vari espedienti giuridici, operazione accompagnata anche da qualche polemica più o meno interessata, rivolta propria alla liceità dell'acquisto ad opera di un'istituzione pubblica; per una lettura giuridica di queste ed altre consimili pratiche di “opere-situazione”, cfr. A. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, cit., p. 144 e ss.

⁶¹ L'esempio più evidente è quello delle opere di Felix Gonzales Torres che prevedono una produzione di oggetti (come grandi cumuli di caramelle) destinati al consumo del pubblico fino alla loro scomparsa.

⁶² V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 165.

⁶³ Tra gli innumerevoli esempi, ho piacere di menzionare il secondo episodio del progetto *Sette Stagioni dello Spirito* di Gian Maria Tosatti (2_Estate, a cura di Eugenio Viola), concentrato a Napoli su un edificio, realizzato nel XVII secolo come monastero, poi destinato ad uffici della prima esperienza italiana di moderna anagrafe, istituita nel 1809, che, pur essendo oggi chiuso e in degrado, conserva gran parte degli arredi, delle atmosfere, e soprattutto dei documenti che hanno riguardato i dati dei napoletani per oltre 200 anni. Il lavoro di Tosatti ha dunque ricercato una sorta di “seconda mansione” di questo materiale, esplicitamente ispirato al *Castello Interiore* di Santa Teresa D'Avila.

alcuni beni culturali «per i quali la fruizione collettiva non può dirsi attuale (né, nel medio periodo, attuabile) in conseguenza, ad esempio, della precaria staticità dell'immobile, bisognevole di interventi di restauro evidentemente sproporzionati nel costo rispetto ai benefici limitati prospettabili in concreto per la comunità, o dell'impossibilità di offerta del bene, centomillesimo esemplare della stessa anfora olearia»⁶⁴.

La “rigenerazione”, un “secondo” uso appropriato dei beni (che siano o meno culturali, mobili o immobili, materiali o intangibili), e dunque il maneggio del contenuto immateriale del bene, anche qui trova rilievo, e può essere perseguito mediante una produzione artistica, o in forma di gestione di “impresa culturale e creativa”: la concessione di un immobile di epoca remota e di interesse culturale per la realizzazione concordata e rispettosa di un albergo, ad esempio, o la sua riconversione da industriale a culturale (come nel caso di Fondazione Prada a Milano)⁶⁵, fa il paio con la più recente ed innovativa possibilità di utilizzo del coccio pesto di Pompei, materiale archeologico costituito da migliaia di frammenti (distrutti dall'eruzione del 79 d.c. o dai bombardamenti alleati del 1943...) non ricostruibili, consegnati ad artisti viventi per far rinascere quella materia sotto forma di nuove opere contemporanee, dense di significati rinnovati⁶⁶.

5. La fatica di una decisione complessa e un nuovo dibattito giuridico all'orizzonte: il “diritto alla cultura”.

L'epoca della complessità, poi, ci impedisce scorciatoie troppo comode per il trattamento delle conoscenze e dell'immateriale, come quella della “primarietà” dell'interesse culturale; già da tempo la possibilità di una superiorità gerarchica aprioristica tra interessi pubblici è stata posta in seria discussione⁶⁷, poiché il pluralismo dei valori costituzionali richiede piuttosto tecniche di “bilanciamento”, che suppongono obblighi di considerazione e valutazione, piuttosto che supremazia intangibile e pregiudiziale⁶⁸. Ed un uso “semplificato” (*id*

⁶⁴ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Op loc. ult. cit.*

⁶⁵ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*. op. e loc. cit.; «nella difficile opera di bilanciamento di interessi alla quale spesso gli organi competenti sono chiamati nelle decisioni in materia di tutela di beni-cose, laddove di questi non sia possibile — né ora né, presumibilmente, in futuro — una effettiva fruizione collettiva, non pare potersi ammettere la recessività di ogni altro interesse (o “valore”) rispetto a quello della conservazione (almeno della conservazione in loco) del bene stesso».

⁶⁶ Il progetto, accessorio alla Mostra *Pompei@Madre*. *Materia archeologica* esposta tra il 2017 e il 2018 al Museo MADRE di Napoli, è rinvenibile su www.madrenapoli.it.

⁶⁷ Si veda, ad esempio, già Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, che negava la lettura di interesse “primario” come «insusciabilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici».

⁶⁸ Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196; più recentemente, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, ha ben descritto il metodo (che non vale solo per il legislatore, e per le decisioni propriamente

est non consapevole della complessità che stiamo provando a considerare, o riluttante) dell'importanza degli interessi collettivi implicati nei fenomeni culturali, chiuso in un riduzionismo disciplinare, o nella malintesa lettura delle disposizioni, costituzionali e primarie, rivolte alla tutela del patrimonio culturale e del suo spessore epistemico, non solo impoverisce la decisione amministrativa (rifiutando la ricchezza di sapere che può invece essere attivata), ma soprattutto rischia di dare spinta e legittimazione ad operazioni ed assetti di «*semplificazione con diminuzione di risultato*»⁶⁹, come è dimostrato dalle evoluzioni che stanno avendo le discipline della conferenza di servizi e del silenzio assenso tra amministrazioni. In breve, il rischio è che una tutela puramente difensiva e riottosa ad apporti attivi favorisca lo spostamento delle decisioni riguardanti il patrimonio culturale da sedi dove la considerazione della complessità trovano il proprio ambito, quelle valutative, procedimentali, imparziali, complesse dell'amministrazione, verso l'area di governo, dove invece prevalgono valutazioni politiche che possono essere più sbrigative, drastiche e certamente meno attrezzate, dunque senza particolari obblighi di ponderazione tecnico-scientifica⁷⁰.

Le tecniche di “bilanciamento” messe a punto in sede costituzionale in fin dei conti riguardano anche i canoni propri anche delle attività amministrative in area di complessità discrezionale⁷¹; anche in ambito culturale è individua-

politiche) per il trattamento di valori plurali che «*si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*».

⁶⁹ M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb.e App.*, 2016, p. 764.

⁷⁰ Si vedano, tra molte, le considerazioni in occasione della riforma del 2005 di R. BIN, *Dissensi in conferenza di servizi e incauto deferimento della decisione alle "Conferenze" intergovernative: le incongruenze della legge 15/2005*, in *Le Regioni*, 2006, p. 339 ss.; più di recente, G. SCIULLO, *Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2016, p. 5 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della l. n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.; P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme "Madia"*, in *Riv. giur. urb.*, 2016. L'orientamento ha diverse conferme, anche sul piano costituzionale; la sentenza della Corte Costituzionale 9 luglio 2015, n.140 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2-bis e 4-bis del d.l. n. 91 del 2013, introdotti dalla legge di conversione n. 112 del 2013, nella parte in cui non prevedono l'intesa fra Stato e Regioni, nonché dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 83 del 2014, come convertito dalla legge n. 106 del 2014, la quale ha sostanzialmente assimilato tutela e valorizzazione alle esigenze del commercio, non rinvenendo «*un ambito materiale che possa considerarsi prevalente sugli altri (in termini "qualitativi" o "quantitativi")*», e rimettendo, perciò, le decisioni in argomento a strumenti di leale collaborazione fra Stato e Regioni; ne si veda una lettura critica in P. CARPENTIERI, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla "leale collaborazione" interistituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 1246 e ss.

⁷¹ Le analogie sono spesso rilevate; si veda ad esempio lo studio che ne compie B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., p. 183 ss..

bile una sorta di “nucleo essenziale” della tutela, intangibile per non disperdere il valore del bene in questione, ma la relazione con altri interessi primari va trattata con proporzionalità e ragionevolezza⁷².

Comincia infine a profilarsi, con un percorso già vissuto per i diritti che sembravano afferire alla libertà, nel quadro di quelli fondamentali di terza generazione⁷³, un nuovo profilo giuridico molto complicato: dopo le prime profilature desumibili dall'art. 9 Cost.⁷⁴, di recente sono comparsi studi che rilevano la possibilità di un diritto soggettivo, in senso tecnico, alla cultura⁷⁵, confortate dal fatto che, dal punto di vista puramente lessicale, l'espressione è comparsa già da diverso tempo⁷⁶; in ambito UE, un vago “diritto alla cultura” è recato con diverse formulazioni nella *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa* di Faro del 27 ottobre 2005, sul valore dell'eredità culturale per la società⁷⁷, e in ambito domestico lo si trova menzionato, forse senza troppa consapevolezza tecnica, in diverse leggi regionali⁷⁸.

⁷² Gli argomenti sono tratti da Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, e lo spunto mi è stato consentito dalla lettura di G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2017, p. 305.

⁷³ M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2013, 2; G. REPETTO, *Il diritto alla cultura, relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa (Cassino, 10- 11 Giugno 2016)*, in www.gruppodipisa.it; P. BILANCIA, *Diritto alla cultura. Un osservatorio sulla sostenibilità culturale*, in ID. (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, 2016, specialmente p. 10 ss.

⁷⁴ M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, p. 125 ss., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, p. 146 ss..

⁷⁵ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. Amm.*, 2016, p. 495 ss.; per un uso atecnico dell'espressione, S. SETTIS, *Il diritto alla cultura nella Costituzione italiana*, Assago, 2016.

⁷⁶ Già l'art. 27, par. 1, della *Dichiarazione universale dei diritti umani* approvata dall'Assemblea generale il 10 dicembre 1948, aveva disposto che « *everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits* »; successivamente, l'art. 27 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 16 dicembre 1966, riconosce il diritto degli appartenenti a minoranze etniche, religiose o linguistiche di « *enjoy their own cultures* »; l'art. 15 del *Patto sui diritti economici, sociali e culturali* del 16 dicembre 1966, secondo cui « *the States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: To take part in cultural life* »; il diritto collettivo all'identità e differenza culturale è poi un diritto di « *terza generazione* », che si manifesta e comincia ad operare proprio con l'entrata in vigore della citata *Convenzione UNESCO sul patrimonio immateriale* del 2003 e della *Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali*, adottata a Parigi il 20 ottobre 2005.

⁷⁷ sottoscritta a Strasburgo dall'Italia il 27 febbraio 2013, ma non ancora ratificata, il cui art. 6. lett. c), stabilisce esplicitamente che « *nessuna misura di questa Convenzione potrà in alcun modo essere interpretata al fine di... generare diritti immediatamente suscettibili di diretta applicabilità* »; sulla Convenzione si vedano M. MONTELLA, *La “Convenzione di Faro” e la tradizione culturale italiana*, in P. Feliciati (a cura di), *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del Convegno*, suppl. 5/2016 de *Il Capitale culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*; P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, 2017.

⁷⁸ come ad esempio nell'art. 1, co. 1, l.r. Campania n. 12/2005: « *La Regione Campania, nell'ambito delle proprie competenze e in attuazione della legislazione statale vigente, individua e favorisce le iniziative per la promozione, la salvaguardia dei beni culturali ed ambientali della Campania e la utilizzazione* ».

L'argomento, per ora, sconta le medesime debolezze che hanno connotato la età dei diritti⁷⁹, con l'uso spasmodico del lemma "diritto" per una qualsiasi forma di protezione e tutela giuridica⁸⁰, ma è stato anche rafforzato dalla recente esplicitazione (per molti null'altro che una conferma di quanto già desumibile dall'art. 9 Cost.⁸¹) che i "luoghi della cultura" pubblici espletano un servizio pubblico in senso tecnico⁸², per di più essenziale⁸³ e dunque non è improprio invocare che tutte le attività riguardanti il patrimonio culturale possano ritenersi incluse nei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117 Cost., comma 2, lett. m)⁸⁴.

L'ampiezza dell'oggetto, la quantità di interessi implicati, la molteplicità delle responsabilità e di funzioni involte, le differenti possibilità di tutela per le diverse attività che vi sottostanno, e le notevoli delusioni scontate in analoghi percorsi, suggeriscono prudenza nell'enfasi in argomento⁸⁵, ma, posto che questi caratteri problematici, trasversali e complessi riguardano tutta la vasta area della clausola costituzionale sui livelli essenziali delle prestazioni pubbliche⁸⁶, non è difficile pronosticare un deciso rafforzamento di alcune delle posizioni soggettive che, in ambito culturale, certamente si rivelano, con conseguenze giurisprudenziali tutte ancora da definire⁸⁷.

di tale patrimonio al fine di assicurare lo sviluppo degli studi e della ricerca scientifica ed il diritto alla cultura di tutta la comunità».

⁷⁹ Il riferimento, ovviamente, è a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

⁸⁰ Per tutti, si vedano le lucide considerazioni di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, p. 60 ss..

⁸¹ R. TOGNI, A. ROSSARI, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978.

⁸² art. 101, co. 3 del d.lgs. n. 42/2004; d.l. 20 settembre 2015, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 12 novembre 2015, n. 182.

⁸³ Per effetto del d.l. n. 146/2015 è applicabile la l. n. 146/1990, che si riferisce, appunto, all'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

⁸⁴ S. CAVALIERE, *I livelli essenziali delle prestazioni e i nuovi "diritti culturali"*, in *Rivista AIC*, 2017; G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015*, in *Aedon*, 2015, 3.

⁸⁵ G. REPETTO, *Il diritto alla cultura*, cit., p. 44, che parla di un diritto a "debole tipizzazione" (op. cit., p. 2 ss.).

⁸⁶ Basterà riferirsi alle sentenze della Corte Costituzionale 19 giugno 2002, n. 282; 19 novembre 2007, n. 387; 11 gennaio 2010, n. 10; 26 marzo 2013, n. 62.

⁸⁷ Cfr. S. CAVALIERE, *I livelli essenziali*, cit., p. 16: «il fatto che una legge statale debba prevedere la quantità, la qualità e la tipologia delle prestazioni legate alle attività relative ai beni culturali, ossia, il quantum di assistenza, di garanzia e di soddisfazione cui tutti gli utenti hanno diritto nell'intero territorio nazionale, inoltre, dovrebbe pure implicare l'importante conseguenza che nel caso di violazioni, i titolari del diritto dovrebbero essere messi in condizione di disporre di adeguati strumenti di tutela, rendendo questo tipo di "pretesa" concretamente esigibile e quindi pure giustiziabile».

6. Cognizione del giudice, amministrazione pubblica, cultura: assunti e proposizioni in tema di full jurisdiction in ambito culturale.

L'analisi di alcuni tratti dell'epoca della complessità ci consente qualche considerazione consequenziale in ordine alla natura di alcune delle decisioni amministrative in ambito culturale, che possono costituire un buon paradigma per l'intero argomento della *full jurisdiction* in confronto alle speciali capacità riservate per legge alle amministrazioni pubbliche, fortemente influenzate da cognizioni tecniche e scientifiche; per comodità espositiva, esse verranno articolate in assunti e proposizioni.

1) Nei provvedimenti rilevanti in ambito culturale, appare ormai difficile continuare a sostenere che il compito dell'amministrazione preposta:

a. debba limitarsi e rinchiudersi entro argomenti e presupposti dovuti ad una specifica competenza disciplinare⁸⁸, con un conseguente ampliamento dell'opinabilità che può essere estesa in ragione di considerazioni derivanti da diversi ambiti scientifici (cd. visione olistica);

b. possa considerarsi nel mondo contemporaneo il più appropriato per esprimersi con l'ultima parola (cd. *ipse dixit*⁸⁹), anche quando sia strutturalmente attrezzato e predisposto per una valutazione tecnico scientifica, ma specializzata⁹⁰;

c. sia esclusivamente rivolto a dischiudere le ragioni che supportano l'inibizione di qualsiasi intervento sul bene; la primarietà indiscussa dei valori culturali non può escludere, s'è visto, la considerazione, il bilanciamento, e la

⁸⁸ In Italia, l'idea che quelle di tutela siano operazioni tecnico scientifiche proprie dei Soprintendenti viene fatta risalire alla relazione tenuta da Giulio Carlo Argan al convegno dei soprintendenti del 1938, ove venne esposto un metodo di restauro inteso come «atto rigorosamente scientifico», frutto di una «indagine filologica» che riporta le opere alla loro autenticità perché restituite a «una lettura chiara e storicamente esatta»; i restauratori sono perciò intesi come «tecnici specializzati» guidati e controllati da «studiosi», i soprintendenti archeologi, storici dell'arte o architetti: cfr. G.C. ARGAN, *La creazione dell'Istituto Centrale del Restauro*, intervista a cura di M. Serio, Roma, 1989, p. 32; questo approccio è stato molto discusso: cfr., fra molti altri, C. BRANDI, *Teoria del restauro* (1963), Torino, 1977; E. WIND, *Arte e anarchia* (1963), trad.it, Milano, 1966; G. URBANI, *Il restauro e la storia dell'arte*, in ID., *Intorno al restauro*, a cura di B. Zanardi, Milano, 2000, p. 1 ss.; la questione, ovviamente, è oggi complicata dalle necessità di restauro delle opere contemporanee.

⁸⁹ Cfr. CEDU, 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevni zalozna Pria and Others c. The Czech Republic*, § 111.

⁹⁰ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 456: «alla stregua di una giurisprudenza complessivamente prevalente, il sapere tecnico-scientifico rilevante è quello dell'amministrazione ... E un sapere 'amministrativo', ossia filtrato attraverso la 'civiltà' dell'amministrazione, e perciò viene valutato e giudicato alla stregua di qualsiasi prodotto (giuridico) dell'attività amministrativa ... Oggi però non esiste alcuna giustificazione per questa limitazione del sindacato del giudice amministrativo di fronte ad una controversia tecnico-scientifica».

disposizione a valutare altri interessi – pubblici e privati – *in primis* quelli che sono anch'essi costituzionalmente primari;

d. possa rifiutare di comprendere la propria centralità in ordine alle principali evoluzioni sociali, economiche, urbanistiche e territoriali del nostro tempo, che non possono fare a meno di esso⁹¹, per la densità del concetto stesso di cultura⁹², per la quantità delle dimensioni umane implicate⁹³, per la varietà di cose, materiali ed immateriali, e dunque di beni potenzialmente utilizzabili⁹⁴; basterà osservare che di qui a breve il patrimonio immobiliare che risale agli anni '50 del 900, quelli della frenetica ricostruzione del secondo dopoguerra, dei "piani-casa"⁹⁵, dei fabbricati "Tupini"⁹⁶, della Cassa per il Mezzogiorno⁹⁷, delle "mani sulle città", a stare alla nostra legislazione positiva entrerà in un regime di "vincolo potenziale", sicché a norma del codice dei beni culturali ci dobbiamo accingere ad un'enorme operazione di verifica della sussistenza di interessi culturali e paesaggistici per tutti gli interventi che lo riguardino....;

e. possa essere trattenuto entro un ambito puramente normativo, con un'irrilevanza giuridica del fatto⁹⁸, non foss'altro perché in epoca di complessità la norma è incapace di regolare per intero un fenomeno, e, s'è visto, si sta capendo sempre meglio quanto i fattori culturali siano alla base di moltissime esperienze umane; appare perciò improbabile che le valutazioni tecnoscientifi-

⁹¹ Persino l'OCSE, nella recentissima *Culture and local development: maximising the impact. Towards an OECD guide for local governments, communities and museums*, dicembre 2017, <http://www.oecd.org/cfe/leed/OECD-GUIDE-MUSEUMS-AND-LD-Dec-2017.pdf>, raccomanda «[to] have a look at the museum as a development actor. Ensure full participation of the museum in forums and meetings on the future of the local area».

⁹² A. KROEBERAND, C. KLUCKHOHN, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, Papers. Peabody Museum of Archaeology & Ethnology, Harvard University, Cambridge (MA), 1952, 47(1), viii, p. 223, hanno elencato ben 164 definizioni di "cultura".

⁹³ F. LUCCHINI, *La culture au service des villes*, Paris, Anthropos, 2002, p. 8, parla di relazioni che questo concetto intrattiene con quattro grandi sfere: la natura, la religione, le arti e le lettere, la civilizzazione.

⁹⁴ Il rilievo, ovviamente, prescinde dalle dimensioni nazionali: si veda, in Francia, P. MOULINIER, *Les politiques publiques de la culture en France*, Paris, PUF, 2013, p. 12: «La sfera culturale, che è caratterizzata da un'eterogeneità intrinseca, è composta quanto da strutture di diritto pubblico tanto da strutture di diritto privato, tanto di enti pubblici quanto d'impresе industriali e commerciali e da associazioni a scopi non lucrativi».

⁹⁵ R. CAPOMOLLA, R. VITTORINI (a cura di), *L'architettura INA-Casa (1949-1963). Aspetti e problemi di conservazione e recupero*, Roma, 2003.

⁹⁶ Immobili costituiti da unità abitative, negozi ed uffici nel rispetto di determinate proporzioni stabiliti in base alla l. 408/1949.

⁹⁷ A. LEPORE, *La Cassa per il Mezzogiorno e la Banca mondiale: un modello per lo sviluppo economico italiano*, Soveria Mannelli, 2013.

⁹⁸ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2014, p. 264: «la conoscenza dei fatti non può essere riservata alla pubblica amministrazione perché riservare il fatto alla pubblica amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale».

che, e dunque una *full jurisdiction* in quest'ambito, possano trovare fondamento nel ritenere le decisioni amministrative come puramente interpretative della norma⁹⁹;

2) in ambito culturale, ci sono circostanze nelle quali non è l'opinabilità in sé a rilevare (s'è visto, l'opinabile è l'anima del culturale), quanto la appropriatezza e, per quanto possibile, la completezza delle analisi compiute, che naturalmente influiscono sulla decisione e sulle sue motivazioni¹⁰⁰; il giudizio, insomma, può essere *inattendibile* non solo per inadeguatezza di chi lo ha espresso, né, in sé, del procedimento, ma per la sua incompletezza; sicché appaiono

⁹⁹ E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 41: «L'amministrazione non fa altro che interpretare il dato normativo, accertare il fatto e valutare, secondo i parametri tecnici della scienza richiamata dalla norma, senza dover eseguire alcuna valutazione di opportunità o di merito, di per sé estranea all'accertamento di natura tecnica che non è espressione di autorità; nella stessa posizione dell'amministrazione è il giudice rispetto alla norma nel momento in cui la interpreta, accerta il fatto e valuta il dato tecnico richiamato nella norma. Non si può affermare, pertanto, che il giudice vada ad esprimere un giudizio riservato al potere dell'amministrazione. Il giudice, se compie un'indagine piena e diretta sulla valutazione tecnica, dà semplicemente esecuzione alla norma, anche quando i parametri da applicare siano opinabili e rispetta, altresì, la garanzia di tutela affermata nella Costituzione»; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 397 ss.: «ci possiamo anche chiedere se l'autorità preposta alla tutela delle cose di interesse storico e artistico che si accinge ad assumere un provvedimento di vincolo di un determinato bene abbia un potere di valutazione della fattispecie normativa astratta (e quindi un potere di stabilirne in astratto e a priori la portata, confrontando poi con essa una situazione di fatto data, rispetto alla quale ad essa non compete alcun intervento di valutazione) oppure abbia un potere di apprezzamento del fatto (e quindi un potere di rapportare quest'ultimo, come da essa accertato sulla base di una propria valutazione, ad una fattispecie normativa fissa) o ancora disponga di un vero e proprio potere di apprezzamento e di scelta su entrambi i versanti dell'operazione sillogistica di sussunzione del fatto nella norma. Così possiamo discutere se l'attività di valutazione — ancora prima di essere un potere — concerna la norma o il fatto concreto da sussumere nella norma; se essa riguardi, ad un tempo — e magari indistintamente entrambi gli aspetti; se essa si risolva nella mera attività di interpretazione della legge o se involga attività di accertamento del fatto concreto; se la pluralità di soluzioni applicative connesse con la norma imprecisa derivi dall'opinabilità della interpretazione della norma o dall'opinabilità del dato della realtà da sussumere in essa; e così via. Tuttavia, ciò che a noi interessa, nella prospettiva che ci siamo posti, che è quella di individuare un fenomeno valutativo al quale sia corretto assegnare un regime giuridico di affidamento riservato all'amministrazione (con la conseguenza della sua sottrazione ad un controllo pieno del giudice di legittimità) è di capire se l'amministrazione si trovi in relazione all'attuazione della norma che disciplina gli interventi amministrativi di vincolo a fini storici e artistici in una condizione di potere in ordine alla valutazione delle condizioni di particolare pregio artistico e storico del bene (che possiamo anche convenzionalmente chiamare potere di valutazione del fatto) o se la sua attività di valutazione costituisca mera attuazione della norma e possa essere come tale riesaminata in sede di sindacato di legittimità alla stregua di qualsiasi altra attività semplicemente applicativa della legge; e per comprendere questo non possiamo che risalire alla legge e definire, mediante l'attività interpretativa, se, alla stregua dei criteri di carattere soggettivo e di carattere sostanziale (...), siamo o meno in presenza di un'attribuzione di potere avente ad oggetto la valutazione del fatto». La questione è tuttavia molto risalente: si veda già C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, p. 997 ss.

¹⁰⁰ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 151: «il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce prim'ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta».

seriamente ostativi a qualsiasi ipotesi di *full jurisdiction* alcune visioni tradizionali dei poteri giurisdizionali in confronto alla discrezionalità tecnica, per le quali:

a. più la soluzione a base tecnico scientifica è opinabile, più è interdetto l'intervento del giudice¹⁰¹; ci si può interrogare se, a fronte di una valutazione o un giudizio non semplicemente opinabili, ma carenti, o impropriamente riduzionisti, adottati dall'amministrazione per una decisione che leda significativamente una situazione soggettiva, non ci sia altra strada che farli pregiudizialmente prevalere, perché in fin dei conti questo è il risultato del *self restraint* giudiziario¹⁰²;

¹⁰¹ Lo dice bene D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1179: «distinguendo fra opinabilità degli accertamenti tecnici dell'amministrazione, la quale, di per sé, non sarebbe sufficiente a legittimare un controllo sostitutivo del giudice, e la loro inattendibilità che (sola) invece lo legittimerebbe, il Consiglio di Stato mostra una certa (ragionevole) preoccupazione di salvaguardare un minimo di spazio riservato all'amministrazione». Si veda anche, di recente, G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 177; tuttavia, a giudizio di L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, in www.giustamm.it, «la quaestio facti rilevante - ribadisce la decisione - non si trasforma mai in una questione di opportunità solo per la sua opinabilità» e poi, il ricorso alle cognizioni tecniche serve «anche per attingere maggiori certezze derivanti dall'utilizzo di regolarità ontologiche, di probabilità, statistiche o basate su un'accurata e scientifica riflessione teorica, piuttosto che affidare tutto alla mera scelta dell'operatore pubblico»; secondo F.G. SCOCA, *Consulenza tecnica d'ufficio*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 563 ss., «il giudice amministrativo non ricorre con facilità alla consulenza tecnica, soprattutto quando le conoscenze tecniche o scientifiche da impiegare per la soluzione dei profili tecnici della controversia siano opinabili o le valutazioni siano rimesse alla sensibilità dell'esperto»; parla di atteggiamento «refrattario» del giudice amministrativo G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, cit., p. 595. In giurisprudenza, si può vedere Cons. Stato., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, e sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3360: «Questo Consiglio ha infatti chiarito che la dichiarazione della qualità di interesse culturale di un bene è basata sull'esercizio di discrezionalità tecnica, con l'applicazione di cognizioni tecnico - scientifiche specialistiche, per cui il sindacato del giudice concerne la logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerata anche per il profilo della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, restando però fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il suo sindacato, pur non restando estrinseco, non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile (Sez. VI: 6 maggio 2014, n. 2295; 14 luglio 2011, n. 4283); ciò che risulta in particolare riguardo al giudizio in materia storico-artistica, ovvero per il profilo etnoantropologico, che, pur ancorato a criteri tecnici, presenta margini notevoli di opinabilità per la stessa natura delle discipline applicate (Sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2019)».

¹⁰² Già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 433, aveva rilevato che «quando la tecnica sia comunque incorporata nel diritto, tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell'atto [...] i dubbi di carattere scientifico non si risolvono con lo strumento del potere, come pur si pensava in altri tempi: per questo aspetto, la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore». Più di recente, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 205: «Il giudice, si dice, non può sostituire il suo giudizio a quello che l'amministrazione ha espresso, in modo necessariamente, opinabile, sulla base di una scienza o di una tecnica diversa dal diritto», ma l'opinabilità non vale ad inibire il controllo ma «al più, giustificare l'obbligo del giudice di far salva la

b. proprio perciò (poiché si assume che l'opinabile non sia giudicabile dal giudice amministrativo¹⁰³) non ci sia spazio per il vaglio degli indici di proporzionalità¹⁰⁴, o del legittimo affidamento¹⁰⁵.

3) Entrambi gli assunti della proposizione sub 1) (ampiezza dell'opinabilità in virtù dei saperi appropriati, rilevanza di altri interessi non eludibili) rendono tuttavia arduo continuare a parlare di una discrezionalità tecnica ristretta, ed infatti non di rado la giurisprudenza rileva una casistica che si mostra in forma di "discrezionalità mista"¹⁰⁶ o di discrezionalità amministrativa¹⁰⁷ tout court¹⁰⁷ (e talora, riferita anche ad opzioni politiche¹⁰⁸). Dunque, è possibile che una propensione di *full jurisdiction* possa consistere:

valutazione dell'amministrazione che si mantenga all'interno di quel margine anche se di valutazioni potrebbero esservene altre altrettanto plausibili».

¹⁰³ Secondo F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 313 ss., qualora il giudizio dell'amministrazione «risulti corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pure esso»; non diversamente A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, p. 599.

¹⁰⁴ T.A.R. Roma, sez. II, 9 luglio 2013, n. 6756: «costituisce apprezzamento di merito, non sindacabile oltre i limiti sopra esposti, la verifica dell'estensione dell'area o da sottoporre a vincolo». Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 708, ha ritenuto «priva di fondamento l'ultima censura, con cui è stato dedotto il vizio di eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed erroneo presupposto, non potendo l'immobile essere destinato al servizio del museo archeologico senza alterazione dell'originaria condizione dello stesso. Al riguardo, è sufficiente rilevare che, una volta accertato la adeguatezza e la ragionevolezza delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione ad esercitare il diritto di prelazione, risulta del tutto irrilevante l'eventuale destinazione a servizio del museo archeologico, in quanto si tratta di circostanza non attuale che attiene alla successiva fase di gestione del bene e che comunque non si pone in alcun modo in contrasto con il vincolo in questione».

¹⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893.

¹⁰⁶ T.A.R. Roma, sez. II, 05 ottobre 2015, n. 11477: «Nel caso di tutela dei beni culturali, la valutazione dell'interesse culturale è caratterizzata da una discrezionalità mista, nella quale si compenetrano elementi di discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Tale particolare configurazione è dovuta alla peculiarità del potere attribuito all'Amministrazione nelle materia in questione, nel cui esercizio occorre tener conto non soltanto dei vari interessi, pubblici e privati, che possono venire in rilievo nella valutazione, ma altresì di una serie di profili tecnici – c.d. fatti complessi – relativi agli aspetti storici ed architettonici del bene».

¹⁰⁷ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2005, p. 198 ss.

¹⁰⁸ T.A.R. Milano, sez. I, 4 settembre 2014, n. 2306: «non esiste una riserva di amministrazione sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali in sé considerati; il giudice amministrativo (anche nella giurisdizione di legittimità) non incontra alcun limite di accesso al fatto; un controllo "debole" sugli apprezzamenti tecnico - discrezionali può ammettersi solo allorché l'accertamento del fatto equivalga alla individuazione implicita degli interessi che il potere stesso mira a soddisfare; Lo sconfinamento nella sfera del merito è configurabile solo quando la statuizione del giudice si spinga a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto giacché, in tal caso, la volontà dell'organo giudicante finisce per sostituirsi a quella dell'amministrazione. In definitiva, il potere è l'effetto di una fattispecie, l'interpretazione dei cui presupposti spetta al giudice. In un primo novero di casi, pure solitamente ricondotti alla nozione di discrezionalità tecnica ma che, secondo il Collegio, sarebbe meglio definire in termini di "valutazione tecnica complessa non discrezionale", i fatti presupposti dal provvedimento, per quanto di opinabile accertamento, sono pur sempre presi in considerazione dalla norma nella loro dimensione oggettiva di "fatto storico" giuridicamente rilevante. La norma di azione, qui, indica con precisione il bisogno tutelato e gli strumenti per farvi fronte, ragione per cui la tutela giurisdizionale, per essere effetti-

a. nel trattare queste decisioni per quello che oggi sono, e dunque accettare che c'è discrezionalità, anche se su base tecnico scientifica, la quale è ampia e spesso interdisciplinare¹⁰⁹;

b. in conseguenza, nell'ammettere il vaglio giurisprudenziale non solo sulle operazioni presupposte a carattere cognitivo e valutativo, ma anche sulla decisione amministrativa che ne consegue, proprio in quanto discrezionale¹¹⁰;

c. nel considerare che l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo non è la chiusura di un'operazione, dunque non è una decisione amministrativa, che dunque non ne viene sostituita; esso può conseguire alla rilevazione di una inappropriatezza di quella adottata dall'amministrazione, che, nella logica del diritto amministrativo contemporaneo, è causa di invalidità giuridica dell'atto, e della sua incapacità di incidere su situazioni soggettive, ledendole¹¹¹. L'annullamento si conferma così come una

va, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena verifica del fatto sotto il profilo della sua verità. In altre ipotesi, per le quali invece è effettivamente utile e pregnante il termine "discrezionalità tecnica", presupposto del provvedimento non è il mero fatto storico, ma il fatto "mediato" e "valutato" dalla pubblica amministrazione. Qui, l'attività valutativa e integrativa della p.a. equivale a descrivere "implicitamente" l'interesse pubblico che l'atto stesso mira a soddisfare. Tale tipologia di apprezzamento tecnico appartiene qualitativamente all'area della vera e propria discrezionalità, distinguendosi da quella denominata "amministrativa" sol perché vi difetta la valutazione comparativa con altri interessi secondari, concretandosi nella sola identificazione dell'unico interesse pubblico sotteso all'accertamento del fatto. L'insindacabilità della scelta tecnica si giustifica qui in virtù della peculiare "politicità" della scelta tecnica per la quale il giudice sconta un difetto di legittimazione democratica. In altre parole, nell'accertamento tecnico discrezionale (nella nozione specificatamente circoscritta) la valutazione dell'organo concorre a definire compiutamente la fisionomia dell'interesse pubblico primario assegnato alla cura della p.a.; nel prosieguo dello stesso procedimento, può essere richiesto all'amministrazione anche il bilanciamento con altre istanze pubbliche e private, ma tale ulteriore ed eventuale segmento procedimentale, in cui si esercita la "discrezionalità amministrativa", rimane concettualmente ben distinto dal primo stadio. Alla luce di tale ricostruzione teorica, si spiega agevolmente perché il sindacato su tale peculiare manifestazione di giudizio denominata "discrezionalità tecnica", al pari di qualunque determinazione realmente discrezionale (perché impinge nelle modalità di cura dell'interesse pubblico), debba essere contenuto nei limiti del controllo estrinseco. Sul versante della tutela, ne consegue per il giudice l'impossibilità di sostituire la valutazione compiuta dall'organo amministrativo, salvo sanzionarne "ab externo" l'irragionevolezza».

¹⁰⁹ in effetti, per usare gli argomenti di una nota dottrina, «in sede civile ordinaria – cioè dove la full jurisdiction trova più tradizionale ambito – la nozione di discrezionalità tecnica, che pure è stata presente, è da ritenersi superata. Ciò significa che il giudice civile conosce con la pienezza dei suoi strumenti istruttori dell'attività compiuta dall'Amministrazione (...) In sede penale il problema neppure si pone»: così V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 415; osservano il medesimo fenomeno G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, cit., p. 140; M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012, p. 338; ma già prima V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 215, aveva rilevato che gli apprezzamenti tecnici «non danno luogo in se stessi ad attività discrezionale, non importando valutazioni dell'interesse pubblico».

¹¹⁰ già per M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 488 ss. nei «giudizi tecnici valutativi [...] la separazione è più una divisione ideale che reale: la connessione tra giudizio tecnico e decisione amministrativa è strettissima».

¹¹¹ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013: «L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a

raffinata possibilità di *full jurisdiction*¹¹², in questioni che involgono la divisione dei poteri, poiché garantisce tutela alle situazioni giuridiche rimettendo però la decisione, più consapevole, esperta, e dunque attendibile, all'organo attivo cui per legge spetta¹¹³.

4) In conseguenza, si può accettare che la giurisdizione, anche quella amministrativa, sia pienamente legittimata:

a. a sindacare, come del resto già talora fa, la considerazione compiuta e completa dei fatti e degli argomenti scientifici rilevanti nel caso¹¹⁴; l'intervento del giudice, infatti, anche se basato su un ausilio tecnico scientifico – di parte o di ufficio – (l'art. 63, comma 4, c.p.a. consente una consulenza tecnica d'ufficio non solo di «*accertamento di fatti*», ma anche di «*acquisizione di valutazioni*»), può rilevare la maggiore complessità del caso rispetto a quanto sia stato considerato dall'amministrazione, e qualora ne ravveda la necessità, l'incarico al CTU potrebbe consistere nella mera rilevazione di elementi tecnico scientifici maggiori o ulteriori o seriamente difformi da quelli usati per il provvedimento in giudizio, e sulla loro attendibilità (consulenza tecnica cd. *deducente*¹¹⁵), senza perciò

determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica».

¹¹² Lo ha riconosciuto anche la CEDU: cfr. la sent. 28 maggio 2002, 35605/97, Kingsley c. the United Kingdom: «*the concept of 'full jurisdiction' implies that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability to quash the impugned decision and to remit the case for a new decision by an impartial body*»; in termini anche CEDU, 11 dicembre 2006, caso 73695/01, Nedzeda c. France.

¹¹³ Si può spiegare così anche la (altrimenti equivoca) affermazione recata in Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595: «*il sindacato di full jurisdiction implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale*».

¹¹⁴ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602.

¹¹⁵ L. GIANI, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 389 ss. rileva la duplice possibilità della consulenza tecnica in ausilio al Giudice: «*da un lato nel cosiddetto consulente "deducente", chiamato cioè ad effettuare una semplice valutazione dei fatti già acquisiti ed asseverati, ed il consulente "percipiente", chiamato non solo ad effettuare la valutazione ma anche a costituire esso stesso fonte di prova, ad esempio rendendo una dichiarazione di scienza su fatti di cui ha avuto conoscenza, risultando così di fatto la sua opera assimilabile alla testimonianza*». Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261, richiama «*la distinzione concettuale elaborata dalla giurisprudenza civile, sia pure in ambito e con finalità non coincidenti con quelli della presente vicenda processuale, tra consulente deducente cui il giudice affida l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti e consulente percipiente, chiamato invece ad accertare i fatti stessi. Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi, tuttavia, che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti*

asserire che quelli debbano prevalere su questi, ma solo pretendendo che vengano valutati e considerati¹¹⁶. Ciò non richiede necessariamente una ripetizione giudiziaria delle indagini specialistiche svolte nell'istruttoria amministrativa, e dunque può supportare una tecnica di sindacato intrinseco sia "forte" che "debole", né tantomeno una ingerenza nelle valutazioni dell'interesse pubblico effettuate dalla p.a.¹¹⁷; anche se non si esclude che possa farlo¹¹⁸;

b. a sindacare anche la decisione susseguente alle valutazioni tecnico-scientifiche, in quanto discrezionale, e dunque – secondo canoni ormai stabilizzati – la congruenza logica con i presupposti tecnico scientifici ampi e completi, ma anche, alla luce di questi ultimi, la comparazione effettuata con gli altri interessi in gioco (che, s'è visto, non possono soggiacere in forza di una primarietà pregiudiziale di quello culturale, il quale ne verrebbe svilito perché tenuto astruso dalla evoluzione rigenerativa propria dell'esperienza umana¹¹⁹), la ragio-

all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento (Cass., sez. un., 04-11-1996, n. 9522)... In conclusione, la consulenza tecnica, pur disposta d'ufficio, non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c., ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute (tra le altre, Cass., sez. lav., 10-12-2002, n. 17555)». E. Caracciolo La Grotteria, cit., p. 145 ss.

¹¹⁶ G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001 n. 2176*, in www.giustamm.it: «La c.t.u., all'indomani della legge 205/2000, consente - soprattutto in determinati ambiti altamente tecnologici - di censurare in sede giurisdizionale il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti, per falsità dei presupposti, per difetto di istruttoria, per irrazionalità della scelta tecnica operata dall'amministrazione (vizi la cui prospettabilità è garantita dall'art. 113, comma 2 Cost.), ricorrendo a mezzi istruttori che disaggreghino i profili tecnici dall'esercizio del potere amministrativo (...) Quindi, il giudice amministrativo deve avere strumenti istruttori adeguati per sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche svolte dall'amministrazione, al fine di vagliarne la correttezza e, quindi, di poter annullare l'atto impugnato se il giudizio tecnico dell'amministrazione risulti inattendibile o anche solo scarsamente verosimile»; cfr. anche Cass., Sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695; Cass., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792 e, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165: «a fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve, infatti, avvenire "con gli occhi dell'esperto", ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione».

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5638.

¹¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165: «il sindacato giurisdizionale [...] in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione».

¹¹⁹ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, cit., p. 505: «nella difficile opera di bilanciamento di interessi alla quale spesso gli organi competenti sono chiamati nelle decisioni in materia di tutela di beni-cose, laddove di questi non sia possibile – né ora né, presumibilmente, in futuro – una effettiva fruizione collettiva, non pare potersi ammettere la recessività di ogni altro interesse (o

nevolezza, la proporzionalità, la adeguatezza, la considerazione dei risultati perseguiti, anche alla luce dell'indirizzo politico desumibile dalle norme positive; ma poiché queste sono sempre più (s'è visto) generiche e indeterminate¹²⁰, per un verso il giudizio si può giovare di ausili rilevabili dal lavoro di comunità esperte¹²¹, e per altro verso va considerato anche l'indirizzo politico-amministrativo interposto, disposto cioè mediante atti di quel genere (direttive, piani, programmi, progetti e simili);

“valore”) rispetto a quello della conservazione (almeno della conservazione in loco) del bene stesso. Se, in altri termini, tale conservazione, non traducibile per ragioni oggettive nella suddetta fruizione, impedisce la realizzazione di altre opere la cui funzione è quella di realizzare altri interessi costituzionalmente tutelati (per esempio la protezione dell'ambiente e della salute collettiva, perseguita facilitando la mobilità e riducendo i percorsi veicolari e il conseguente inquinamento con infrastrutture stradali adeguate), le scelte dovrebbero, secondo me, privilegiare questi ultimi. Altrimenti ragionando, il volere (talora il privilegio) di pochi finisce con il prevaricare sulle libertà di tutti, in una sorta di concezione “paraproprietaria” dei beni cui talora certe soprintendenze (forse comprensibilmente sul piano umano, assai meno su quello funzionale) indulgono».

¹²⁰ Ad esempio, si può considerare il disposto dell'art. 10, terzo comma, lett. d, del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali), che consente il vincolo per beni che siano testimonianza della "cultura in genere"; in base a ciò, Tar Lombarda, Milano, sez. IV, 24 febbraio 2017, n. 443 ha ritenuto legittima l'imposizione di un vincolo sul Velodromo Maspes-Vigorelli di Milano, in quanto *«appare fuori discussione l'importanza del Velodromo nella storia del ciclismo in Italia, oltre che la popolarità di tale sport nel nostro Paese (forse secondo solo al calcio), tanto è vero che il ciclismo ha interessato non solo numerosissimi tifosi, ma ha attirato l'attenzione di importanti esponenti del mondo della cultura e della letteratura (si pensi ad esempio a Dino Buzzati o a Gianni Brera). Non appare quindi possibile sostenere che uno sport come il ciclismo non sia un importante fenomeno di costume, che riflette la storia - nel senso più ampio - d'Italia, né che una struttura come il "Vigorelli-Maspes" non sia (per usare l'espressione 10, terzo comma, lett. d, del d.lgs. n. 42/2004 - Codice dei beni culturali), una testimonianza della "cultura in genere", ovvero della "identità e della storia delle istituzioni [...] collettive»*. Per una fattispecie analoga, si veda già Cons. Stato, sez. VI 30 giugno 2011 n. 3894.

¹²¹ Per analogia si rivela interessante l'evoluzione subita dalla qualificazione artistica di opere dell'*industrial design*, escluse dalla protezione nella legislazione italiana degli anni 40, e poi introdotta in sede di recepimento della Direttiva 98/71/CE che ha comportato l'aggiunta all'art. 2 della Legge sul diritto d'autore del n. 10, ove si prevede che sono ricomprese *«nella protezione [del diritto d'autore] le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico»*. La recente Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 23292, ha rinunciato ad individuare una definizione di valore artistico, ritenendo più opportuno rimettersi a parametri tratti da luoghi esperti per accertare in concreto la sussistenza del presupposto (che è considerato “un valore diverso ed aggiunto al prodotto rispetto a quello della sua funzionalità”), sulla base di una valutazione da effettuare comunque caso per caso: *«il criterio forse più rilevante appare essere quello del riconoscimento che l'oggetto di design ha ricevuto da parte degli ambienti culturali ed istituzionali circa la sussistenza di qualità estetiche ed artistiche che consentano di attribuire a detto oggetto un valore ed un significato che trascende quello della sua stretta funzionalità e della mera eleganza e gradevolezza delle forme» [...] Le circostanze che evidenziano siffatto riconoscimento possono essere, tra l'altro, l'esposizione dell'opera in mostre o in musei, la pubblicazione su riviste specializzate non a carattere commerciale, la partecipazione a manifestazioni artistiche, l'attribuzione di premi, gli articoli di critici esperti del settore e quant'altro», come la “circostanza che un opera di design industriale divenga oggetto di vendita nel mercato artistico e non già in quello puramente commerciale oppure che in quest'ultimo mercato l'opera acquisti un valore particolarmente elevato da lasciare intendere che al valore puramente commerciale si sia aggiunto nella valutazione del pubblico anche quello artistico»*. Di recente, la Cassazione ha anche precisato che il valore artistico non possa essere escluso dalla serialità della produzione degli articoli concepiti progettualmente, che è connotazione propria di tutte le opere di tale natura (Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2017, n. 7477).

c. a censurare decisamente i casi in cui la decisione amministrativa abbia contenuti propriamente politici¹²², poiché delle due l'una: o i rilievi politici (come è ben possibile) sono trattati in termini tecnico scientifici, ed allora il giudice è pienamente abilitato a vagliarli nei sensi anzidetti, o si tratta di intendimenti, di delibere sinceramente politiche, nel qual caso effettivamente il Giudice non può sindacarle, ma non dovrebbe spettare all'organo amministrativo esprimerli, poiché esso dovrebbe riceverli da quello competente, politico a sua volta, mediante atti di indirizzo, come ad esempio il decreto ministeriale previsto dall'art. 17, comma 2 del codice, in ordine alla definizione di criteri autorevoli, condivisi, ed uniformi per la catalogazione, la conservazione e la valorizzazione¹²³;

d. ad usare consapevolmente le potenzialità dell'annullamento giurisdizionale¹²⁴, che non è la sostituzione della decisione amministrativa, ma lavora

¹²² Vorrei rammentare l'argomento di V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1967, che riconduce il necessario ricorso alla tecnica al principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

¹²³ E' interessante al riguardo il caso esaminato da T.A.R. Roma, sez. II, 14 ottobre 2016, n. 10272, in cui si lamentava che l'Amministrazione dei Beni Culturali non avesse sufficientemente considerato il compito di "tutela" e "valorizzazione", in quanto strumentali allo "sviluppo della cultura", fine superiore e d'interesse generale garantito solo dalla massima fruibilità pubblica e dalla circolazione dei beni in questione, impedendo la circolazione all'estero di un'opera di Alberto Burri senza tenere in conto che la tutela sarebbe già assicurata dalla presenza di molte opere di quell'autore nel territorio nazionale; mentre una maggiore valorizzazione andrebbe perseguita sul piano internazionale favorendo la libera circolazione delle rimanenti opere, tra cui quella in questione, anche perché nel contemporaneo la storia espositiva e critica dell'opera ne rivela proprio la dimensione internazionale; al riguardo, «*il Collegio non nega che questa valutazione comporti un delicato bilanciamento da farsi caso per caso, non essendo certamente prospettabile a priori un atteggiamento preclusivo di qualsivoglia circolazione internazionale dei beni culturali. Ciò nondimeno, in questa materia, come riconosce lo stesso ricorrente, ai profili di discrezionalità tecnica si affiancano quelli di discrezionalità pura riconducibili alla cd. "politica culturale", la quale sfugge al sindacato di pura legittimità del giudice amministrativo, nella misura in cui - come accade nel caso di specie - non sussistano profili di evidente irragionevolezza: profili esclusi dai rilevati carattere di peculiarità ascrivibili all'opera specifica, ben oltre la considerazione del dato meramente numerico*».

¹²⁴ Altrimenti, la strada è quella paventata da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, cit., p. 1602: «*Il giudice amministrativo dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un novum judicium e comportandosi, dunque, come "un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall'articolo 6 della Cedu". [...] Insomma, alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla Cedu, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, al limitato sindacato di legittimità della cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità e, in realtà, sempre più, quella di un giudice d'appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato*».

perché essa sia più appropriata, costringendola a considerare la complessità del nostro tempo, la pluralità di soluzioni possibili, e dunque a discernere meglio¹²⁵.

¹²⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 264: “la corretta ricostruzione e valutazione dei fatti rappresenta una condizione generale per la “giustizia” della decisione».

FRANCESCO GOISIS

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico
italiano e sovranazionale dell'Università degli studi di Milano

Francesco.Goisis@unimi.it

**IL CANONE DELLA FULL JURISDICTION, TRA
PROTEIFORMITÀ E DISCONOSCIMENTO DELLA
DISCREZIONALITÀ TECNICA COME MERITO.
RIFLESSIONI CRITICHE SULL'ART. 7, CO. 1, D.LGS. 19
GENNAIO 2017, N. 3**

**THE CANON OF FULL JURISDICTION, BETWEEN
PROTEIFORMITY AND FULL SCRUTINY OF COMPLEX
TECHNICAL ASSESSMENTS. CRITICAL REFLECTIONS ON ART. 7,
PAR. 1, LEGISLATIVE DECREE 19 JANUARY 2017, NO. 3**

SINTESI

Il contributo, prendendo spunto da un recente intervento legislativo (art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3) in tema di limiti al sindacato sugli atti (prevalentemente sanzionatori) della AGCM, mira a delineare il concetto di *full jurisdiction* quale mezzo di compensazione *ex post* dei limiti del procedimento amministrativo. Esso, pur con le sue perduranti incertezze, ha trovato la sua più coerente espressione proprio nel settore delle sanzioni amministrative. In particolare, in tale ambito, non è consentito ipotizzare l'esistenza di aree di merito amministrativo, dovendosi invece riconoscere una piena continuità tra il potere esercitato dalla Amministrazione e quello del giudice dell'opposizione (che quindi deve poter sindacare la fondatezza della pretesa sanzionatoria *ex novo et integro*). Nessun dubbio, poi, può aversi quanto alla necessità di un sindacato sostitutorio in relazione a scelte tecniche complesse. In questo contesto, l'art. 7 cit., in quanto diretto a limitare il sindacato giurisdizionale su scelte tecniche complesse appare, prima ancora che incostituzionale per difetto di delega, in contrasto con gli artt. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza. Se ne propone quindi un'interpretazione correttiva.

ABSTRACT

The essay, taking a cue from a recent legislative intervention (Art. 7, par. 1, of Legislative Decree 19 January 2017, no. 3) limiting the judicial review in the field of antitrust administrative decisions (mainly sanctions), aims at outlining

the concept of full jurisdiction as an instrument of ex post compensation of the shortcomings of the administrative phase. This concept, notwithstanding various uncertainties, has found in the criminal field (i.e., in relation to administrative sanctions) its most coherent expression. In particular, in this field, no administrative merit is conceivable. By contrast, a full continuity between the powers exercised respectively by the Administration and the Court needs to be recognized, with the result that the Court should be vested with the power of an ex novo and integro examination of all the grounds of the sanction. Moreover, a full judicial scrutiny of complex technical assessments is required. In this respect, the mentioned Art. 7, intended to limit the judicial review on complex technical assessments appears not only unconstitutional for lack of legislative delegation, but also in violation of art. 6 ECHR as well as of Art. 47 of the Charter of Nice and therefore requires a corrective interpretation, as proposed in the essay.

PAROLE CHIAVE: canone della *full jurisdiction*, suo carattere proteiforme, inammissibilità del c.d. merito tecnico amministrativo, limiti legislativi al sindacato su atti AGCM, incostituzionalità

KEYWORDS: canon of full jurisdiction, proteiform character, refusal of the so called administrative technical merits, legislative limitation to judicial review on AGCM decisions, unconstitutionality

INDICE: 1. Introduzione: recenti interventi legislativi in punto di sindacato sulle scelte tecniche complesse di AGCM - 2. Il canone della *full jurisdiction* ex art. 6 CEDU: profili generali - 3. Alcune pronunce più significative: valutazioni tecniche complesse e il rilievo della giurisprudenza inaugurata con il caso *Placi* - 4. Un tentativo di ricostruzione dei caratteri essenziali della *full jurisdiction* attraverso la sua funzione: verso il superamento del merito amministrativo come area di insindacabilità, specie ove basato sulla complessità tecnica - 5. Conclusioni: l'esigenza di una visione più coerente della *full jurisdiction* e la interpretazione proposta dell'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

1. Introduzione: recenti interventi legislativi in punto di sindacato sulle scelte tecniche complesse di AGCM.

Un recente intervento legislativo in tema di *private enforcement* del diritto *antitrust* è stato, in realtà, l'occasione per abbozzare, un po' surrettiziamente, una nuova disciplina limitativa del sindacato giurisdizionale sulle scelte tecnicamente complesse negli atti di AGCM.

In particolare, l'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 prevede che «*Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*». Come dire che la verifica giudiziale non si estende all'intrinseco dei profili tecnici caratterizzati da un oggettivo margine di opinabilità.

Tale novella del 2017 è stata subito valorizzata in giurisprudenza amministrativa. Ivi ormai ripetutamente si legge che il legislatore delegato avrebbe recepito limiti già impliciti nel sistema, tuttavia - sembrerebbe di capire - rafforzandone e comunque cristallizzandone la precettività. Sicché, insomma, sarebbe stato legislativamente confermato che, *«Quanto all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'Autorità», eserciterebbe «un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio»*. Sicché il giudice dovrebbe (limitarsi a) *«valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate»*. Ma, a fronte di *«margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati»*, il giudice non potrebbe *«comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge»*¹.

La criticità della previsione era invero emersa nella fase di redazione dell'atto legislativo: nella Relazione governativa al decreto legislativo, si notava che *«Valutando positivamente la considerazione emersa nell'esame dello schema di decreto legislativo da parte della 2^a Commissione della Camera nella seduta del 23 novembre 2016, per le quali non appare opportuno precisare, nella formulazione dell'articolo 7, comma 1, secondo periodo, che i profili tecnici sottoposti al sindacato del giudice amministrativo “non presentano un oggettivo margine di opinabilità”, si è provveduto all'espunzione di detta precisazione dal testo. Si tratta peraltro di formulazione in linea con la giurisprudenza, che non pare opportuno cristallizzare in un dettato normativo»*. Dunque, a seguito della osservazione della Commissione Giustizia per cui *«Non appare opportuno precisare, a causa dell'indeterminatezza della previsione, che i profili tecnici non debbono presentare un oggettivo margine di opinabilità, come invece viene fatto nel testo»*, la prescrizione in esame era stata espunta a favore di una (ben più neutra) formulazione per cui *«Il sindacato del giudice del ricorso comprende la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima»*. Ma, come ormai di sovente avviene, la limitazione era stata poi “reintrodotta” nella versione finale del testo dell'atto legislativo.

Sarebbe fin troppo facile liquidare la norma come affetta da un evidente difetto di delega (essa non trova alcun fondamento anche solo indiretto nella legge delega 9 luglio 2015, n. 114 o tantomeno nella Direttiva 2014/104/UE).

¹ Così, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197. Similmente, Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821; Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733; Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 927 e Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

Tuttavia, al di là di questi profili (in fin dei conti sempre superabili da un futuro intervento legislativo e comunque non particolarmente significativi per un giudice che legge la norma come confermatrice di limiti già impliciti nel sistema), sembra soprattutto interessante confrontarsi con i principi sulla profondità del sindacato giurisdizionale rinvenibili in sede europea. Anticipando alcune conclusioni, emergerà così come all'ordinamento nazionale sia semplicemente precluso introdurre (espressamente o implicitamente) simili privilegi processuali a favore della parte pubblica, in quanto in contrasto con il canone della *full jurisdiction* e, comunque, del giusto processo paritario, quale rilevanti in sede CEDU e di Unione Europea. E come ciò sia particolarmente vero in relazione al contenzioso sulle sanzioni amministrative, quale prevalentemente chiamato in causa dall'art. 7 cit.

2. Il canone della *full jurisdiction* ex art. 6 CEDU: profili generali.

In effetti, è ormai sufficientemente noto come il tema del sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative e sui provvedimenti amministrativi capaci di incidere su diritti civili debba confrontarsi con i canoni dell'art. 6 CEDU (quale tra l'altro ripreso dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, codificante il *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*²).

In tale contesto emerge la centralità del concetto di *full jurisdiction*³.

In estrema sintesi, *full jurisdiction* significa assenza di ogni limitazione - «*autoimposta o altrimenti prevista*»⁴ - all'esame da parte del giudice dei punti centrali della controversia tra cittadino e Amministrazione.

Tale canone è tutt'altro che accomodante: il cittadino deve poter avere accesso ad «*un tribunale con giurisdizione sul merito della questione*»⁵, ossia sul fatto

² Cfr. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, (2007/C 303/02), sub. art. 48: «L'art. 48 corrisponde all'art. 6, §§ 2 e 3 della CEDU [...] Conformemente all'art. 52, § 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU».

³ Riprendo qui alcuni temi già delineati in F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss..

⁴ Così, da ultimo, Corte eur. dir. uomo, sez. V, 11 gennaio 2018, casi nn. 38334/08 and 68242/16, *Haralambi Borisov ANCHEV v. Bulgaria*, § 132: «*It therefore cannot be said that the courts declined to examine facts or issues which had a bearing on the determination of the case before them. Their not going into those points was not a limitation, self-imposed or otherwise, of their jurisdiction*».

⁵ Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, § 82: «*In a case of the present kind, however, there will in the Court's opinion be no possibility of a "determination" in accordance with the requirements of Article 6, § 1 (art. 6-1) of the parent's right in regard to access, as analysed in paragraph 77 above, unless he or she can have the local authority's decision reviewed by a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter. And it does not appear from the material supplied by the*

come sul diritto, punto su punto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere⁶. 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»⁷.

In particolare, a certe condizioni ed entro certi limiti, grazie a tale sindacato pieno è dato rimediare - *ex post* - ai deficit del procedimento amministrativo⁸. In pratica, pur laddove un procedimento amministrativo sia determinativo di diritti civili⁹ o di sanzioni penali e quindi in linea di principio chiamato *ex se* e fin da subito a conformarsi al canone del giusto processo *ex art. 6 CEDU*, in vista della flessibilità del sistema (e per adeguarsi ad un modello di azione amministrativa sicuramente ben rappresentato in Europa), è consentito offrire successivamente, nella fase formalmente giurisdizionale, le garanzie del giusto processo paritario, così da «rimediare ad ogni difetto del procedimento di primo grado»¹⁰.

Esattamente osserva così il Consiglio di Stato con riguardo al contenzio-

Government or otherwise available to the Court that the powers of the English courts were of sufficient scope to satisfy fully this requirement during the currency of the parental rights resolution».

⁶Corte eur. dir. uomo, sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, § 52, § 50: «it considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various facts».

⁷Corte eur. dir. uomo, sez. V, 21 luglio 2011, casi nn. 32181/04 35122/05, *Sigma Radio Televisioni Ltd v. Cyprus*, §157: «Where, however, the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6 (see *Tsfayo*, cited above, § 48). The Court has therefore found violations of Article 6 § 1 in cases where the domestic courts considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the issues independently (see, amongst many authorities, *Obermeier v. Austria*, 28 June 1990, §§ 69-70, Series A no. 179; *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, 17 December 1996, § 46 and §§ 50-55, Reports 1996-VI; *I.D. v. Bulgaria*, no. 43578/98, §§ 50-55, 28 April 2005; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no. 49429/99, §§ 99-108 ECHR 2005-XII (extracts); *Tsfayo*, cited above; and *Družstevní záložna Pila and Others v. the Czech Republic*, no. 72034/01, § 112-115, 31 July 2008). In addition the Court has found a violation of Article 6 where a ground of challenge has been upheld by the reviewing court but it was not possible to remit the case for a fresh decision by the same or a different body (see *Kingsley*, cited above, § 32)».

⁸Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 23 giugno 1981, casi 6878/75 e 7238/75, *Le Comte, Van Leuven and De Meyer v. Belgium*, § 51: «Whilst Article 6 par. 1 (art. 6-1) embodies the “right to a court” (see paragraph 44 above), it nevertheless does not oblige the Contracting States to submit “contentious” (disputes) over “civil rights and obligations” to a procedure conducted at each of its stages before “tribunals” meeting the Article’s various requirements. Demands of flexibility and efficiency, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, a fortiori, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect».

⁹Sulla (crescente) ampiezza delle controversie amministrative ricadenti nella materia civile *ex art. 6 CEDU*, cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell’art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.

¹⁰Così, Corte eur. dir. uomo, sez. V, 16 dicembre 2008, caso n. 23510/02, *Vitrenko and Others v. Ukraine*, § 2: «Even assuming that the first applicant’s absence could raise the issue of infringement of the equality of arms principle, the applicant had the opportunity to make any necessary submissions before the appellate court that had full jurisdiction to review the case both on facts and on law and to remedy any defect in the first-instance court proceedings».

so sulle sanzioni Consob¹¹ come il sindacato di *full jurisdiction* realizzi (e logicamente presupponga) «un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale», in cui il giudice è chiamato a «sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione». In altri termini, «quando le garanzie del giusto processo non siano assicurate in sede procedimentale, esse devono essere necessariamente soddisfatte in sede processuale ove il giudice, per supplire alla carenza di garanzie del contraddittorio, di indipendenza del decisore, di parità delle parti, deve agire come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi in gioco».

Come compreso soprattutto in Francia¹², si realizza così un superamento di una distizione organica tra giurisdizione ed amministrazione. Ciò a favore di criteri funzionali, sul presupposto della unitarietà sostanziale del potere esercitato (in sede amministrativa) e poi riesercitato (in sede giurisdizionale). Quel che conta è il fatto in sé dell'inflizione di sanzioni penali o della determinazione di diritti civili, sostanzialmente irrilevante essendo ogni caratterizzazione formale, sia essa relativa all'assetto istituzionale ed organizzatorio che al *modus operandi*¹³ (che semmai deve discendere dalla qualificazione sostanziale, non pretere- dere di determinarla). In particolare, dice la Corte EDU, «ai fini dell'art. 6, § 1, della Convenzione un tribunale non deve essere una corte inserita nell'ordinaria organizzazione giudiziale». Difatti, «un tribunale, nel contesto dell'art. 6, § 1 CEDU, è qualificato nel senso sostanziale del termine dall'esercizio di una funzione giurisdizionale, cioè dal fatto di decidere questioni nell'ambito della sua competenza sulla base della legge e all'esito di procedimenti condotti in un certo modo ...»¹⁴.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza CEDU sembra riecheggiare la nota osservazione del *Kelsen* per cui due sole sono le funzioni di base dello Stato

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596.

¹² Cfr. L. MILANO, *Qu'est-ce qu'une juridiction? La question a-t-elle encore une utilité?*, in RFDA, 2014, 1119 ss., ove anche ampia citazione delle pronunce giurisprudenziali che mutuano dalla CEDU un approccio funzionale quanto alla individuazione dei procedimenti di carattere giurisdizionale.

¹³ Sul punto, già esatte osservazioni in D. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures, A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 217, che, guardando al problema dal punto di vista delle categorie di procedimenti amministrativi soggetti all'art. 6 CEDU, osserva che: «*Since the threshold test looks to the consequences of a process rather than to its nature or function, administrative processes may be subject to Article 6*».

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, caso n. 22330/05, *Olujc v. Croatia*, § 37 «*The Court reiterates that for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention a tribunal need not be a court of law integrated with the standard judicial machinery [...] since a tribunal, within the meaning of Article 6, § 1, is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say, the determining of matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (see Philis, cited above, § 50)*».

Sul tema della nozione autonoma e funzionale di tribunale nella CEDU, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 36 ss.

(la creazione e l'applicazione delle norme); dunque non è logicamente sostenibile il principio di separazione dei poteri¹⁵ e le regole del giusto processo (se veramente fondamentali) debbono applicarsi anche alla funzione amministrativa: «se la costituzione prescrive che non vi possano essere interferenze con la proprietà, la libertà o la vita degli individui salvo che attraverso un giusto processo, ciò non implica necessariamente un monopolio delle corti sulla funzione giudiziale», bastando che «Il procedimento amministrativo attraverso cui la funzione giudiziale è esercitata» sia «organizzato in modo da corrispondere all'idea di giusto processo»¹⁶.

Nulla di così innovativo, del resto. Troppo spesso si trascura infatti come secondo uno dei padri fondatori del diritto amministrativo europeo, *Otto Mayer*, il passaggio dal *Polizeistaat* al *Rechtsstaat* sia essenzialmente consistito - grazie all'elaborazione della figura del provvedimento amministrativo come atto autoritativo dichiarativo della volontà della legge (e quindi ad essa subordinato) - proprio nel «donner à l'autorité administrative le rôle du juge et non pas celui de la partie»¹⁷. Il provvedimento ha insomma acquistato il valore sostanziale di una sentenza, e l'Amministrazione quello di un giudice della controversia amministrativa. In quest'ottica (per l'appunto ben nota fin dalle origini della riflessione giuridica sulla Amministrazione), è facile cogliere la continuità sostanziale tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale amministrativa.

Pertanto, se è vero che l'espressione *full jurisdiction* allude, evidentemente, 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.

Ciò può ben tradursi nella sufficienza di un sindacato di mera legittimità e di una istruttoria giudiziale confinata agli atti procedurali. L'importante è che una tale giurisdizione limitata basti a rispondere alle esigenze di tutela specificamente manifestate dal cittadino in quella data vicenda. In sostanza, solo

¹⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945, 269 ss.

¹⁶ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., 278: «...there is nothing to prevent us from giving the public administration, insofar as it exercises a judicial function, the same organization and procedure as have the courts. Sanctions are coercive acts, and sanction inflicted upon individuals by administrative organs are certainly encroachments upon the property, freedom, and even life of the citizens. If the constitution prescribes that no interference with the property, freedom or life of the individual may take place except by "due process of law" this does not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of "due process of law"».

¹⁷ O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, 81, nota 20.

ove il cittadino abbia lamentato l'assenza dei presupposti sostanziali per l'esercizio del potere e abbia richiesto al giudice di entrare nel merito di tali profili, il canone della *full jurisdiction* si può porre in tensione con i limiti tradizionalmente presenti nei sistemi di giustizia amministrativa europea.

Non interessa, invece, (nel bene come nel male) l'astratto apparato di poteri istruttori, cognitori e decisorio che un dato giudice, per legge, possieda, o, addirittura, affermi di esercitare.

Sempre in via preliminare, va poi detto che reale, dichiarato (quanto peraltro non motivato) è lo scarto tra materia penale e, rispettivamente, civile.

Difatti, secondo quanto specialmente emerso in una serie di pronunce relative alla giustizia amministrativa austriaca, proprio in materia penale la pretesa ad un riesame giudiziale pieno assume caratteri di maggior nettezza e rigore¹⁸. In effetti la giurisprudenza CEDU pare ammettere manifestazioni talvolta anche molto "flessibili" della *full jurisdiction* quanto alla determinazione amministrativa dei diritti civili: a tratti, il canone della *full jurisdiction* sembra quasi degradarsi alla mera pretesa ad un accesso pieno ed autonomo ai fatti, senza che venga richiesta un'effettiva capacità di sostituzione giudiziale e senza, in particolare, che si travalichi il limite dell'intrinseco della scelta discrezionale. Si parla difatti di *sufficient review* o *jurisdiction*. L'aggettivo *full* viene così, anche sul piano letterale, precisato (*rectius*, significativamente depotenziato, o francamente contraddetto).

Per giungere a questi esiti di destrutturazione della *full jurisdiction*, come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo, in genere si valorizza il pregresso svolgimento di un procedimento amministrativo che, pur non del tutto adeguato, tuttavia abbia già concretamente realizzato una parte rilevante delle garanzie dell'art. 6 CEDU. Oppure si menziona il principio democratico, il quale indirizzerebbe a riservare certe scelte (specie se esse richiedano anche una particolare preparazione "specialistica" e tecnica) all'Amministrazione, in quanto responsabile nei confronti delle assemblee elettive e quindi dotata di una particolare legittimazione democratica.

¹⁸ Ad es., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 17 aprile 2012, cit., § 52, in cui espressamente si nota, in contrapposizione a vicende in cui erano in gioco poteri amministrativi incidenti su diritti civili, che «*In the present case, however, the criminal head of Article 6, § 1 applies to the proceedings at issue and in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities*».

Il commento di C. MAYER, H. WUTSCHER, *The Austrian Administrative Court as a tribunal – justified double standard under Art. 6, para 1 ECHR? Reflections following the judgment of the ECtHR in the case of Steininger v. Austria*, in *Vienna Journ. On Int'l Const.*, 2012, 468 ss., verte proprio, essenzialmente, su tale profilo e sui conseguenti sforzi di adattamento da parte dell'ordinamento austriaco.

Al contrario, mai in sede penale la Corte EDU si è mostrata (almeno finora) aperta ad ammettere manifestazioni “minori” della *full jurisdiction*.

In particolare, la Corte costituzionale austriaca ha, già nel 1987, rilevato l'inadeguatezza del sindacato (di legittimità) esercitato dai giudici amministrativi austriaci sulle sanzioni amministrative, perché in contrasto con l'art. 6 CEDU¹⁹, mentre ha negato un simile contrasto quanto alla determinazione amministrativa dei diritti civili.

Per quel che a noi più importa, l'opinione dei giudici costituzionali austriaci quanto all'incompatibilità tra tradizionale sindacato di legittimità e diritto al giusto processo in materia penale è stata più volte ricordata e condivisa dalla Corte EDU²⁰.

Insomma, come puntualmente notato dalla dottrina francese, si può riscontrare, nella giurisprudenza di Strasburgo, «una sorta di gradazione» delle esigenze di tutela a seconda che si rientri alla materia civile ovvero in quella penale²¹.

In sede di conclusioni, si tenterà di ipotizzare alcune delle ragioni alla base di tale dicotomia.

3. Alcune pronunce più significative: valutazioni tecniche complesse e il rilievo della giurisprudenza inaugurata con il caso Placi.

V'è da chiedersi ora se la definizione da parte dei giudici di Strasburgo della *full jurisdiction* come potere di riformare «qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata»²² sia da prendere alla lettera. In altri termini, se davvero, in linea di principio, sia escluso che profili (ossia presupposti, anche sostanziali) della decisione amministrativa (e quindi elementi centrali della controversia tra cittadino ed Amministrazione) possano essere sottratti al pieno riesame giudiziale.

Quanto ai profili di discrezionalità c.d. tecnica, fondamentale è una linea giurisprudenziale inaugurata con una sentenza relativa proprio al sistema di giustizia amministrativo italiano. In essa, soprattutto emerge la fondamentale relazione tra paritarietà delle armi e pienezza di riesame dei fatti tecnicamente complessi.

¹⁹ Corte cost. austriaca, 14 ottobre 1987, n. 181/86; «il sindacato limitato (die (bloß) nachprüfende Kontrolle) condotto dalla Corte amministrativa o dalla Corte costituzionale è insufficiente in relazione alle sanzioni penali ai sensi della Convenzione».

²⁰ Da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 17 aprile 2012, cit. § 28.

²¹ Così, R. TINIÈRE, *La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in RFD-A, 2009, 729 ss., 735.

²² Così, da ultimo, Corte eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, caso n. n. 18640/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*, § 139.

Si trattava di una controversia per il riconoscimento di un'infermità per causa di servizio, ossia dell'impugnazione di un provvedimento determinativo di diritti civili. Il Consiglio di Stato aveva negato il (pur richiesto) riesame dell'intrinseco di un parere medico-legale relativo all'eziologia di una malattia (reso da organo tecnico della stessa Amministrazione militare resistente, nel contesto dello stesso giudizio amministrativo). E ciò sulla base di una motivazione invero del tutto consueta nel nostro diritto vivente: «*in sede di legittimità*», non sarebbero «*consentite [...] valutazioni di merito in ordine agli accertamenti tecnici eseguiti dalle Commissioni mediche*», mentre il parere sarebbe risultato «*immune da contraddizioni, palesi illogicità o disconoscimento di fatti rilevanti*»²³. Insomma, il giudice amministrativo italiano si era dichiarato disponibile ad un mero (e tradizionale) sindacato puramente “esterno” di eccesso di potere.

Dirompente rispetto a una tale prospettiva la risposta della Corte di Strasburgo²⁴: «*i profili rilevanti della sentenza emessa sono stati totalmente basati sulle conclusioni della Commissione medica*». Con il che «*il ricorrente non era posto in condizioni di parità con la sua controparte, lo Stato, come invece avrebbe dovuto essere in conformità al principio della parità delle armi*»²⁵.

Questa giurisprudenza è stata successivamente ripresa, nel 2015²⁶ e 2016²⁷, sicché non sembra episodica, ma, al contrario, destinata ad essere coerentemente ripetuta.

In particolare, nel caso *Korošec* del 2015, la Corte europea si è occupata di una domanda di incremento della pensione di disabilità respinta prima

²³ Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2011, n. 801: «*Quanto precede ad avviso del collegio pone in evidenza che il parere sopra esaminato è immune da contraddizioni, palesi illogicità o disconoscimento di fatti rilevanti, con la conseguenza che nella presente sede di legittimità ove non sono consentite, come è noto, valutazioni di merito in ordine agli accertamenti tecnici eseguiti dalla Commissioni mediche, non ricorrono le condizioni per ritenere fondate le censure avanzate dall'appellante*».

²⁴ Corte eur. diritti uomo, sez. II, 21 gennaio 2014, caso n. 48754/11, *Placi v. Italy*, §§ 78 e 79.

Vedine un attento commento da parte di L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2014.

²⁵ «*The Court observes that the importance of the report in the applicant's case is highlighted by the fact that on appeal the CS considered that it was indeed necessary for the determination of the case [...]. There is also no doubt as to the reliance of the CS on the Medical Board's report, the findings of which it endorsed without hesitation or further assessment. Indeed, while adopting the report's conclusions, the CS noted that in its limited powers of judicial review of administrative acts (sede di legittimità) it could not examine the merits of that report (despite a contrasting report having been produced by the applicant's expert), irrespective of the fact that the report had only been submitted at the appeal stage. The CS thus rejected the challenge raised by the applicant to the report based on the findings of his own expert [...] It follows that the relevant aspects of the judgment adopted were entirely based on the Medical Board's findings [...] the applicant was not on a par with his adversary, the State, as he was required to be in accordance with the principle of equality of arms*».

²⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 8 ottobre 2015, caso n. 77212/12, *Korošec v. Slovenia*.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 3 maggio 2016, caso n. 7183/11, *Letincic v. Croatia*.

dall'Autorità amministrativa e poi dal giudice amministrativo, sulla base di un'opinione tecnica espressa dalla commissione medica costituita presso la stessa Autorità amministrativa che avrebbe dovuto erogare la prestazione (e quindi senza nominare un consulente tecnico indipendente e chiamato ad operare secondo il principio della parità delle armi). I giudici europei osservano che *«nel presente caso le opinioni della commissione disabilità dell'Istituto non sono state richieste dal giudice nazionale né da esso sono state espressamente qualificate come consulenze tecniche. Tuttavia, esse sono state ottenute e trattate come tali nel procedimento pre-giudiziale avanti all'Istituto (successivamente, la controparte nel procedimento giudiziale instaurato dal ricorrente). Per di più, esse sono state, ad ogni effetto pratico, trattate dal giudice quali consulenze tecniche di carattere medico»*²⁸. Il parere della commissione amministrativa era stato in effetti decisivo per l'esito del giudizio dei giudici amministrativi, pur in astratto dotati di *full jurisdiction*. Da qui la violazione del principio della parità delle armi, perché nei fatti l'Amministrazione aveva svolto il ruolo di consulente tecnico del giudice (che verso la scelta tecnica amministrativa aveva mostrato piena "deferenza").

Con la pronuncia del 2016 sul caso *Letincic*, i giudici di Strasburgo si sono di nuovo occupati della negazione da parte dell'Autorità amministrativa del nesso di causalità tra una malattia psichica e il servizio militare, sulla base del parere di un centro medico operante in difetto di ogni contraddittorio con il cittadino interessato. I giudici amministrativi croati (pur avendo in astratto poteri di *full jurisdiction*) si erano rifiutati di sostituire attraverso approfondimenti tecnici imparziali e rispettosi del principio della parità delle armi la loro opinione a quella dell'Autorità amministrativa. La Corte EDU riconosce dunque la violazione dell'art. 6 CEDU, in quanto *«la Corte amministrativa, quale organo giurisdizionale di piena giurisdizione capace di esaminare tutti i profili fattuali e giuridici del caso, ha ommesso di affrontare criticamente e compensare i limiti procedurali relativi all'esclusione del ricorrente da [...] l'ottenimento del parere tecnico»*²⁹. Insomma, il vizio relativo alla fase amministrativa non poteva dirsi curato in sede giurisdizionale, perché, per giungere a tale esito, la Corte amministrativa avrebbe dovuto, in sostanza, no-

²⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 8 ottobre 2015, cit., § 51: *«in the present case the opinions of the Institute's disability commissions were neither ordered by the domestic courts nor were they explicitly referred to by the domestic courts as expert opinions. They were, however, obtained and treated as such in the pre-judicial proceedings before the Institute (later the opposing party in the applicant's judicial proceedings). Moreover, they were, for all practical purposes, regarded by the domestic courts as expert medical evidence»*.

²⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 3 maggio 2016, cit., § 67: *«the Administrative Court, acting in the last instance of the administrative proceedings as a judicial body that had full jurisdiction to examine all factual and legal questions arising in the context of the case, failed to critically approach and remedy the procedural shortcomings related to the applicant's exclusion from the process of commissioning and obtaining of the expert report»*.

minare un consulente tecnico terzo e chiamato ad operare in contraddittorio tra le parti.

Dal complesso di questo filone giurisprudenziale, emerge insomma, in modo esplicito, un'ulteriore ragione per cui i principi convenzionali europei non sono compatibili con compressioni (comunque motivate) della pienezza del sindacato sui presupposti (anche complessi) dell'esercizio del potere amministrativo: se l'Amministrazione (da sé o tramite propri consulenti tecnici, non operanti nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi) ha il potere di dire l'ultima parola sulla ricostruzione ed apprezzamento dei fatti (semplici o complessi) presupposto dell'esercizio del potere, si viola in modo palese ed estremo il principio della parità delle armi a livello probatorio. Il cittadino, in un tale scenario, si trova difatti in posizione di assoluta minorità, senza facoltà alcuna (o limitata facoltà) di partecipare, in condizioni paritarie, alla ricostruzione della verità processuale. Gli elementi tecnicamente complessi, come espressamente emerso in una sentenza del 2008³⁰, sono anzitutto fatti: una loro piena ed autonoma cognizione è quindi coesistente al concetto di *full jurisdiction*.

Del resto, lo stesso esercizio della potestà legislativa è stato più volte ritenuto dalla Corte EDU capace di risultare, in concreto, violativo del principio di parità delle armi in sede di controversie giudiziali tra cittadini e Amministrazione³¹. Insomma, la stessa massima espressione della sovranità statale, ove diretta ad alterare l'equilibrio tra le parti del giudizio, non si sottrae a censure in termini di violazione del diritto al giusto processo. *A fortiori* questo non può allora che valere in relazione all'esercizio di un ipotetico potere amministrativo di apprezzamento (riservato) di fatti complessi (ammesso, ma questo è un altro problema, che esso trovi fondamento nel nostro ordinamento nazionale).

Insomma, se, come sappiamo, non è consentito ai giudici nazionali ritenersi vincolati dagli apprezzamenti amministrativi, pur laddove essi provengano da un organo diverso da quello i cui atti erano impugnati³², allorquando tale

³⁰Corte eur. dir. uomo, sez. V, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, *Družstevní záložna Píra and Others v. the Czech Republic*, § 111: «The Court found a violation of the right to access to a court where the applicant could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority acting within its discretionary power [...]. In that case, the judicial review never led to a full scrutiny of the factual basis of such a decision».

³¹ Ciò a partire da Corte eur. dir. uomo, Camera, 9 dicembre 1994, caso n. 13427/87, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, § 49: «The principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 (art. 6) preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute».

³² Corte eur. dir. uomo, sez. II, 13 febbraio 2003, caso n. 49636/99, *Chevron v. France*, § 82: «In so doing, the Conseil d'Etat considered itself to be bound by the opinion, thereby voluntarily depriving itself

opinione vincolante sia originata dalla stessa Amministrazione che è parte della lite, *ivi* si ha - con ancor maggiore evidenza - una violazione dell'art. 6 CEDU. E ciò sotto duplice profilo: ossia *sub specie* di mancata realizzazione del diritto al giudice (inteso come organo investito di una piena ed autonoma cognizione di tutti i punti rilevanti della controversia) e, in aggiunta, di violazione del principio di parità delle armi (non solo nel procedimento amministrativo, ma anche) nel (successivo) giudizio amministrativo.

Del resto, non si vede perché dovrebbe fare una significativa differenza la circostanza che l'opinione vincolante della Amministrazione - ossia il suo *ipse dixit* - venga emessa (come nei casi *Korošec* e *Letincic*) nel procedimento amministrativo, ovvero (come nel caso *Plac*) durante la successiva fase giudiziale, atteso che entrambi sono procedimenti di natura giurisdizionale, ai sensi della visione autonoma di *Tribunal* propria della CEDU. E, soprattutto, il problema è meramente sostanziale: ossia che la opinione tecnica complessa in effetti, in concreto, seguita dall'Autorità decidente sia assunta in conformità al principio del contraddittorio e della parità delle armi.

Più riduttiva (e controversa) la visione della pienezza del sindacato, in caso di scelta discrezionale amministrativa (ossia relativa non tanto a fatti, ma, direttamente, alla valutazione dell'interesse pubblico): essa, in non pochi casi, può giustificare un'attenuazione della pienezza di riesame giudiziale nelle controversie relative alla determinazione di diritti civili.

In particolare, a partire da una nota pronuncia del 1993, è dato leggere che «*deve aversi riguardo al rispetto da accordarsi alle decisioni assunte dalle autorità amministrative su basi di opportunità*»³³.

Tuttavia, a tal fine (ossia per godere di una qualche immunità dalla pienezza di giurisdizione), la concreta espressione di discrezionalità amministrativa, almeno stando alle pronunce prevalenti e più argomentate, sembra doversi caratterizzare per una chiara attinenza al principio democratico, ossia per la "politicità". Si deve cioè trattare di scelte non solo specialistiche, ma altresì discrezionali pianificatorie-politiche, di *policy* (si parla di esercizio della «*discrezionalità amministrativa in conformità a più ampi obiettivi politici*»)³⁴: in altri termini, deci-

of the power to examine and take into account factual evidence that could have been crucial for the practical resolution of the dispute before it.

³³ Così Corte eur. dir. uomo, Camera, 21 settembre 1993, caso n. 12235/86, *Zumtobel v. Austria*, § 32: « *REGARD BEING HAD TO THE RESPECT WHICH MUST BE ACCORDED TO DECISIONS TAKEN BY THE ADMINISTRATIVE AUTHORITIES ON GROUNDS OF EXPEDIENCY AND TO THE NATURE OF THE COMPLAINTS.*».

³⁴ Secondo alcune pronunce (tutte, lo si ripete, estranee alla materia penali, ove sembra in realtà esigersi un livello ancora più elevato di garanzie), difatti, va salvaguardata la spettanza all'Amministrazione dello «*exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims*», ove esso si realizzi nell'ambito di procedimenti amministrativi già significativamente garantistici (perché,

sioni più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse ³⁵.

Ma anche qui la linea di confine tra questioni in cui non è dato sostituirsi alla valutazione amministrativa e questioni, invece, pienamente e direttamente sindacabili è tutt'altro che netta. Insomma, non può dirsi ad oggi formato un orientamento davvero univoco su quale sia la soglia di politicità oltre al quale scatta l'affrancamento dal sindacato giurisdizionale: semplicemente si percepisce chiara la astratta capacità del principio democratico di giustificare un affrancamento dal sindacato.

In materia penale, invece, la *full jurisdiction* è intesa con il massimo del rigore - non si ritrova nella giurisprudenza CEDU questa discussione sulla discrezionalità amministrativa. Invero, *ivi*, non solo si richiede «una piena competenza ad affrontare ex novo il caso», così da giungere ad una «indipendente rideterminazione ab initio della accusa penale nei confronti del ricorrente» ³⁶. Altresì si esige il potere (non solo di sindacare la legittimità e fondatezza della pretesa sanzionatoria, ma anche) di «valutare l'opportunità se concedere una deroga totale o parziale dalle stesse [cioè dalle sanzioni]» ³⁷. Il giudice deve insomma poter direttamente riformare la

pur difettando del requisito della imparzialità della autorità decidente, comunque paragiurisdizionali).

Sul punto, cfr. ad es. Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 14 novembre 2006, caso n. 60860/00, *Tsfayo v. The United Kingdom*, §§ 40 ss.

Sulla rilevanza sistematica del caso *Tsfayo*, C. FORSYTH, *Administrative Decision-Makers and Compliance with Article 6(1): the Limits of the Curative Principle*, in *Cambr. Law Rev.*, 2007, 66, 487 ss.

In Italia, per una valorizzazione del profilo della politicità della scelta ai fini della ricostruzione della necessaria profondità di sindacato ex art. 6 CEDU, M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit., spec. 311 ss.

³⁵ Sul collegamento con il principio democratico, cfr. di nuovo Corte eur. dir. uomo, 14 novembre 2006, cit., § 32: «*It was argued before the House of Lords that when, as in Bryan and Alconbury, the decision turned upon questions of policy or "expediency", it was not necessary for the appellate court to be able to substitute its own opinion for that of the decision-maker; that would be contrary to the principle of democratic accountability. However, where, as in Runa Begum, the decision turned upon a question of contested fact, it was necessary either that the appellate court should have full jurisdiction to review the facts or that the primary decision-making process should be attended with sufficient safeguards as to make it virtually judicial.*»

Sul tema, nella dottrina inglese, P. CANE, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 99 ss., ove anche ampi riferimenti alla pertinente giurisprudenza inglese.

³⁶ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 27 gennaio 2004, *Kyprianou v. Cyprus*, caso n. 73797/01, § 44: «*As a court of appeal, the Supreme Court did not have full competence to deal de novo with the case, but could only review the first instance judgment for possible legal or manifest factual errors. It did not carry out an ab initio, independent determination of the criminal charge against the applicant for contempt of the Assize Courts.*»

³⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 4 marzo 2004, caso 47650/99, *Silverster's Horeca Service c. Belgique*, §§ 27-28: «*Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi [...]. La Cour doit constater qu'en l'espèce, la société requérante n'eut pas la possibilité de soumettre la décision prise à son encontre à un tel contrôle de pleine juridiction [...] la cour d'appel de Bruxelles estima en effet qu'elle était uniquement appelée à examiner la réalité des infractions au code de la TVA et à contrôler la légalité des amendes fiscales réclamées, sans être compétente pour apprécier l'opportunité ou accord-*

misura sanzionatoria, evidentemente esercitando esso stesso il potere sanzionatorio (seppur nei limiti delle domande di parte), senza preclusioni in vario modo riconducibili al concetto di merito amministrativo³⁸.

In materia di sanzioni amministrative il modello della *full jurisdiction* pare allora espressamente quello di un sindacato giurisdizionale appellatorio puro (invece che cassatorio): il provvedimento sanzionatorio deve essere visto come una «decisione [...] resa dall'organo inferiore»³⁹. Lo schema logico, cioè, è quello di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere (di decisione su una controversia) qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell'organo inferiore (l'Amministrazione) da parte dell'organo superiore (il giudice di *full jurisdiction*). E ciò senza che rilievo alcuno di per sé abbia la circostanza che all'Amministrazione sanzionatrice sia conferito un (più o meno elevato) margine di apprezzamento. In altri termini, la discrezionalità amministrativa si degrada a mera manifestazione di opinione che l'organo superiore può, o meno, condividere.

4. Un tentativo di ricostruzione dei caratteri essenziali della full jurisdiction attraverso la sua funzione: verso il superamento del merito amministrativo come area di insindacabilità, specie ove basato sulla complessità tecnica.

L'analisi sopra condotta della giurisprudenza CEDU mostra una linea tendenzialmente prevalente, specie in sede penale, ossia di contenzioso sulle sanzioni amministrative: quella per cui *full jurisdiction* significa davvero giurisdizione piena, nel senso di riesercizio (sostitutivo) del potere di scelta dell'Amministrazione, seppur nei limiti della domanda di parte, nonché, per le controversie penali, di potere di diretta riforma del *quantum* della sanzione.

Quindi una sostituzione piena, estesa ai profili di opportunità e capace di fornire la regola sostanziale della relazione tra cittadino e Amministrazione.

er une remise complète ou partielle de celles-ci».

L'affermazione viene ripresa con particolare chiarezza da Corte eur. dir. uomo, 7 giugno 2012, cit., § 56.

Sul tema delle necessità (per realizzare la *full jurisdiction*) di un potere di riforma della sanzione insistono particolarmente R. TINIERE, *La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, cit., e C. MAMONTOFF, *La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives*, in RFDA, 1999, 1009 ss.

³⁸ Il punto non è peraltro sempre ben compreso. Sulla giurisprudenza della Cassazione francese (che da ultimo nega la necessità della potestà di riforma interpretando restrittivamente gli orientamenti CEDU), F. M. LAPRADE, *Affaire Eurodisney: la pleine juridiction suppose-t-elle le pouvoir de réformer?*, in *Rev. sociétés*, 2017, 715 ss.

³⁹ Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, cit., § 139.

Nel contesto di tale maggioritaria (e coerente) visione della *full jurisdiction* talvolta si innesta però (in materia civile) qualche (e a volte sorprendente nella sua nettezza) concessione al merito amministrativo e relativa insindacabilità, in quanto (e per quanto) ricollegabile, in virtù della politicità della scelta, al principio di democraticità. Vi è poi anche qualche accenno alla specializzazione tecnica degli organi amministrativi, ma non è chiaro fino a che punto essa basti ad escludere la necessità di un sindacato diretto, ovvero debba sempre accompagnarsi anche ad un profilo di scelta di interessi.

Occorre allora tentare un'analisi critica e una razionalizzazione di tali materiali giurisprudenziali.

La chiave di lettura principale non può che essere ricercata nella stessa logica della *full jurisdiction*.

Se scopo di quest'ultima è assicurare che almeno *ex post* le garanzie del giusto processo siano godute, ciò presuppone che la fase giudiziale sia e debba essere di effettiva scelta sul merito della questione controversa, non di riesame (più o meno) esterno. L'art. 6 CEDU garantisce difatti che il nucleo centrale della controversia sia inderogabilmente deciso nelle forme del giusto processo. E questo nucleo non si riduce certo (salvo laddove il cittadino ricorrente intenda lamentarsi solo di tali profili) alle questioni di mera legittimità. Invero, di regola, si deve direttamente guardare alla spettanza del bene della vita oggetto del conflitto di interessi tra cittadino e Amministrazione.

Insomma, «l'individuo godrà di tutti i benefici del giusto processo, solo se il tribunale è in linea di principio competente a riesaminare completamente la decisione originaria»⁴⁰. Un giudice vincolato - anche se solo parzialmente - dagli apprezzamenti amministrativi vede invece la sua funzione determinativa del nucleo della controversia (più o meno gravemente) compromessa. Ma con ciò viene meno un fondamentale presupposto logico della compensabilità *ex post*, ossia il riesame *ex integro* della scelta sanzionatoria o di determinazione dei diritti civili.

A ben vedere, nella logica della *full jurisdiction* - ossia in una visione di chiara continuità tra funzione amministrativa e giurisdizionale amministrativa (perché la prima è già determinativa di una lite e quindi è giurisdizione ai fini dell'art. 6 CEDU) - non vi dovrebbe essere alcun spazio per il merito amministrativo inteso come area esclusa dal sindacato giurisdizionale, se con quando già il procedimento amministrativo abbia soddisfatto le garanzie dell'art. 6

⁴⁰ Corte eur. dir. uomo, Camera, 26 aprile 1995, caso n. 16922/90, *Fischer v. Austria*, *separate opinion* del giudice Martens: «[...] the appeal to the "tribunal" should be an appeal de novo: the individual will have all the benefits of a fair trial only if the tribunal is in principle competent to review completely the original decision [...]».

CEDU (ma allora nemmeno c'è bisogno, in una prospettiva CEDU, della *full jurisdiction*).

Ciò spiega perché alla particolare intensità della *full jurisdiction* propria dell'esperienza penalistica non possa opporsi (né in effetti sia mai stata opposta dalla Corte EDU) la giurisprudenza sul caso *Jussila v. Finland* del 2006. Ivi la *Grand Chamber* ha precisato che per le *minor offences*, non comportanti alcuno «*significant degree of stigma*», ossia significativo grado di riprovazione sociale, e quindi non appartenenti al c.d. *hard core* (nocciolo duro) del diritto penale (come nel caso in questione, in cui si trattava di una sanzione tributaria di modesta entità, ossia pari a circa trecento euro, per di più non convertibile, ove non pagata, in pena detentiva), le garanzie dell'art. 6 non debbono, necessariamente, operare tutte, cumulativamente. Esse rilevano, invece, solo in quanto realmente funzionali alla garanzia dell'incolpato⁴¹. Su questa base, la Corte EDU ha escluso la concreta necessità di un'udienza pubblica, in cui controinterrogare l'ispettore fiscale che aveva dato origine al procedimento sanzionatorio. Tuttavia, al di là del fatto che (come ancora ribadito nel 2017⁴²) tale giurisprudenza è applicabile solo a sanzioni amministrative pecuniarie di modesta entità (e quindi non certo generalizzabile a tutto l'ambito della potestà sanzionatoria amministrativa), quali che siano le garanzie veramente essenziali, resta il fatto che esse debbono essere godute in sede procedimentale, oppure, in via compensatoria, in sede processuale. Ma l'esigenza di un riesame *ex novo* della controversia comunque rimane, quale condizione logica perché quelle (poche o tante) garanzie possano essere recuperate avanti al giudice. In altri termini, la *full jurisdiction* non è in sé una delle garanzie *ex art. 6 CEDU*, ma un modo per recuperare tali garanzie se ed in quanto non godute nel procedimento amministrativo. Dunque, non è dato rinunciare alla *full jurisdiction* (o interpretarla in modo “attenuato”), sulla base di considerazioni relative alla maggior o minore necessità di garanzie, perché quest'ultimo costituisce un problema logicamente distinto e precedente.

⁴¹ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, *Jussila v. Finland*, § 43: «Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. [...] Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-law guarantees will not necessarily apply with their full stringency ...».

⁴² Corte eur. dir. uomo, 28 novembre 2017, caso n. 48657/06, *Özmutur İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik San. ve Tic. Ltd. Şti. v. Turkey*, § 30: «Furthermore, when accepting that a hearing has not been necessary in the circumstances of a particular case, the Court has also had regard to the minor sum at stake or the minor character of the offence (*Jussila*, cited above, § 48; and *Subadolc v. Slovenia* (dec.), no. 57655/08, 17 May 2011)».

5. Conclusioni: l'esigenza di una visione più coerente della *full jurisdiction* e la interpretazione proposta dell'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

In diversi ordinamenti europei (compreso, naturalmente, il nostro), la intensità del sindacato giurisdizionale amministrativo deve ancora fare molta strada per adeguarsi al canone della *full jurisdiction*. Quest'ultima certamente non significa solo pieno e diretto accesso ai fatti semplici. Occorre, altresì, l'almeno tendenziale rinuncia ad ogni limite nell'accesso ai presupposti per l'esercizio del potere. Ogni punto (non solo quelli fattuali non complessi e quelli giuridici) della decisione amministrativa deve essere, in linea di principio, nella competenza dell'organo "superiore" (il giudice).

Tuttavia, nella stessa giurisprudenza CEDU relativa alla materia civile tale esito sembra talvolta messo in discussione.

Si assiste qui probabilmente all'emersione di alcune contraddizioni di fondo.

In particolare, non è chiaro come possa riconoscersi (in sede civile) l'affrancamento dell'intrinseco della scelta discrezionale-amministrativa di rilievo politico dal sindacato giurisdizionale, se l'idea stessa della *full jurisdiction* è quella - di matrice kelseniana - di una assoluta continuità e fungibilità tra funzione amministrativa e giudizio di *full jurisdiction*, così che le garanzie del giusto processo come forma necessaria dell'azione amministrativa possano essere godute anche *ex post*.

In secondo luogo, non è facile spiegare la differente intensità nella pretesa alla profondità del sindacato a seconda che si ricada nella materia penale ovvero civile, se il meccanismo compensatorio è, in linea di principio, lo stesso in ambedue le sedi.

La spiegazione si ritrova probabilmente nel principio di separazione dei poteri.

Ed infatti, il principio democratico è da sempre una delle giustificazioni più credibili della separazione dei poteri (che porta a riservare il merito amministrativo alla responsabilità di organi democraticamente legittimati, dunque diversi dai giudici).

Risulta invece molto più arduo dimostrare, su questa base, l'infungibilità delle scelte tecnico-discrezionali (che, per definizione, debbono essere solo tecnicamente adeguate, senza che opzioni politiche o comunque di interessi possano giocare alcun effettivo ruolo): in altri termini, o una data ricostruzione tecnica è tecnicamente condivisibile, o non lo è; ad esempio (come nel filone

giurisprudenziale originato dal caso *Placi*) o una malattia ha causa di servizio, o non la ha. La opinabilità della conclusione non deriva qui da profili di opportunità, ma dalla intrinseca complessità e quindi solo parziale prevedibilità (data la fallibilità o comunque incertezza del sapere specialistico) di certe valutazioni su presupposti di fatto.

Ed infatti la CEDU manifesta, prevalentemente, quanto ai profili tecnicamente complessi o comunque estranei all'area della politicità (e quindi anche in relazione all'applicazione di concetti giuridici indeterminati), il rifiuto di riconoscere qualsivoglia spazio di immunità da un sindacato intrinseco e sostitutivo.

Insomma, il principio di separazione dei poteri (ove non assolutizzato, ma ricondotto al principio democratico⁴³) parrebbe spiegare perché la giurisprudenza di Strasburgo pretenda un riesame pieno e sostitutivo delle valutazioni tecniche complesse, ed invece, contemporaneamente, mostri un approccio molto più timido ed esitante in punto di sindacato sull'intrinseco delle scelte di interessi, specie se politicamente connotate.

Ma l'idea della separazione dei poteri sembra altresì alla base della dicotomia tra materia penale e, rispettivamente, civile.

Non è tanto un problema di tendenziale maggiore invasività-gravità dei provvedimenti penali per la sfera giuridica dei cittadini (con conseguenti più intense esigenze di tutela). Infatti, a ben vedere, tale prospettiva si manifesta anche in relazione a sanzioni amministrative francamente lievi (pur sempre da ricomprendere, ove pecuniarie ma non risarcitorie, nella materia penale). D'altra parte, come già osservato, il differente livello di garanzie proprio, rispettivamente, della materia penale e civile costituisce questione logicamente diversa da come e a quali condizioni (credibilmente) recuperare tali garanzie in sede giurisdizionale.

Piuttosto, il punto è che la materia penale è tradizionalmente, in pressoché tutti gli ordinamenti europei, di normale spettanza del potere giudiziale. Diventa allora difficile lamentare un'invasione della sfera dell'esecutivo da parte del potere giudiziario, quando in realtà la potestà penale è connaturata a quest'ultimo.

Se quanto fin qui notato riveste un qualche pregio, emerge allora la ne-

⁴³ Da ultimo nel senso dell'affrancamento dell'intrinseco della scelta tecnica dal sindacato di legittimità in virtù di un preteso principio costituzionale di separazione dei poteri, Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 882: «...il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte».

cessità di ricercare un'interpretazione dell'art. 7 cit. (il quale, tra l'altro, indubbiamente incide soprattutto nella materia penale delle sanzioni amministrative) nel segno della coerenza con il canone della *full jurisdiction*.

Al di là delle (peraltro non nitidamente ricostruibili) intenzioni del legislatore storico, la chiave per un'interpretazione costituzionalmente (o meglio convenzionalmente) orientata pare piuttosto semplice, in quanto fondata su un dato letterale: la norma fa riferimento ai poteri del giudice in sede di giurisdizione di legittimità («*il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*»). Tuttavia, l'art. 134 c.p.a. opportunamente inserisce il sindacato sulle sanzioni AGCM nel contesto della giurisdizione di merito. Quindi, i limiti derivanti dall'art. 7 cit. possono ritenersi non applicabili al contenzioso sulle sanzioni AGCM. Non si può infatti condividere, in mancanza di ogni indice normativo in tal senso, la tesi giurisprudenziale (francamente circolare nelle sue argomentazioni) per cui i poteri di merito attengano alla sola quantificazione della sanzione, e non all'analisi del suo *an*. E ciò ammesso e non concesso, naturalmente, che, anche solo sul piano logico, sia dato quantificare la sanzione, senza una valutazione intrinseca dei profili di responsabilità.

In sostanza, in questa interpretazione correttiva, il limite della opinabilità delle scelte tecniche opererebbe solo in relazione ai provvedimenti che accertino un illecito *antitrust*, senza però infliggere una sanzione.

In tal modo, gli elementi di più vistoso disallineamento rispetto all'insegnamento CEDU (particolarmente netto in materia penale) verrebbero meno.

Resterebbe però sempre il problema della effettiva accettabilità di un sindacato limitato sui profili tecnici anche in relazione alla determinazione di diritti civili (cioè, lo si ripete, ai provvedimenti che accertino l'illecito *antitrust*, senza però infliggere la sanzione). La giurisprudenza sul caso *Plaçà* sembra invece connotare in termini di violazione del principio di parità delle armi anche i limiti in materia civile. Sotto questi residui aspetti, non resta quindi che invocare l'incostituzionalità per difetto di delega, nonché la violazione dell'art. 117, co. 1 Cost., *sub specie* di contrasto con l'art. 6 CEDU quale interpretato dalla Corte di Strasburgo.

FIorenzo LIGUORI

Professore ordinario di diritto amministrativo

presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

fiorenzo.liguori@unina.it

IL SINDACATO DI MERITO NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ

FULL JURISDICTION AND JUDICIAL REVIEW ON LEGITIMACY

SINTESI

L'individuazione dell'elemento differenziale tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, tuttora operata dalla giurisprudenza con formule aprioristiche e stereotipate, incentrate sulla presenza/assenza di valutazioni di opportunità e convenienza, è resa ancor più problematica dalla introduzione di nuovi strumenti cognitori e di nuove azioni esperibili in sede di legittimità e dalla revisione delle nozione di discrezionalità, che porta a riconoscere l'esistenza di criteri giuridici (principi, clausole generali) idonei a sindacare l'operato dell'amministrazione nel suo contenuto intrinseco. La giurisdizione di merito, che non è mai stata una giurisdizione di opportunità e che ha perduto, col tempo, anche l'esclusiva di un accesso potenzialmente illimitato ai fatti di causa, può ancora essere distinta da quella generale di legittimità solo perché al giudice è riconosciuto, per esigenze di tempestività, il potere di sostituirsi all'amministrazione modificando direttamente in tutto o in parte il provvedimento impugnato, laddove in sede di legittimità non è mai possibile andare oltre una pronuncia di condanna al rilascio del provvedimento. L'esame dei poteri del giudice nella materia di confine dei contratti pubblici porta a ritenere che il rito speciale in vigore dal 2010 non abbia introdotto una giurisdizione di merito, e conferma l'accresciuta intensità del sindacato di legittimità, specialmente attraverso il test di proporzionalità, e la validità del criterio di distinzione incentrato unicamente sul potere di piena sostituzione.

ABSTRACT

The distinction between jurisdiction of legitimacy and jurisdiction on the merits is still made by jurisprudence with *a priori* clichés based on the presence/absence of evaluations of opportunity and convenience. The aforementioned distinction is made even more problematic by the introduction of new investigation tools and by the revision of the concept of administrative discretionary powers, which leads to recognition of the existence of juridical criteria (principles, general clauses) suitable to review the merits of administrative decisions. The jurisdiction on the merits has never implied a judicial control on the

expediency of administrative decisions and has lost, over time, even the exclusivity of a potentially unlimited access to the facts. Nevertheless, it can still be distinguished from the jurisdiction of legitimacy because the judge has the power, if specific needs of immediacy make it preferable, to replace the administration by modifying, directly or in part, the contested measure. The examination of judicial review in the field of public procurements leads to think that the special procedure in force since 2010 has not introduced a *full jurisdiction* and confirms both the increased strength of the legitimacy review – particularly through the proportionality test – as well as the validity of the criterion of distinction based on the power of full substitution.

PAROLE CHIAVE: giurisdizione di merito – giurisdizione di legittimità – merito – legittimità – sindacato – contratti pubblici - sostituzione – proporzionalità

KEYWORDS: full jurisdiction – judicial review – legitimacy – administrative decision – substitution – public contracts - proportionality

INDICE: 1. È ancora attuale l'antitesi tra legittimità e merito? – 2. La giurisdizione di merito oggi - 3. Merito e sostituzione. Le ragioni di una sopravvivenza – 4. Quello che il giudice non può fare – 5. I poteri del giudice amministrativo nella materia dei contratti pubblici. La legalità dei principi giuridificati e oggettivati – 6. Anticipazione dell'esecuzione e limiti alla sostituzione - 7. Giurisdizione di merito ed evoluzione del sindacato di legittimità – 8. Legittimità, merito, proporzionalità.

1. È ancora attuale l'antitesi tra legittimità e merito?

Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità è un tema che nella sua enunciazione presenta una componente provocatoria rispetto all'antitesi, configurata già sul piano logico, tra legittimità e merito. In realtà si tratta, come da tempo evidenziato¹, di una contrapposizione più apparente che reale, se si con-

¹ Nel 1996, Franco Pugliese, alla luce delle trasformazioni indotte dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, vede nel processo un *continuum* rispetto al procedimento e perciò afferma che: «*attenendo il giudizio alla gerarchia degli interessi, i vizi di legittimità non incontreranno limiti nei così detti profili di merito incensurabili come già avviene nei conflitti tra pp.aa. entrambe portatrici di interessi pubblici*». E aggiunge che: «*dovrà recedere la giurisprudenza per la quale il giudice non può sostituire alla ragionevole soluzione di merito prescelta dall'amministrazione una soluzione altrettanto ragionevole*» (F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, II ed., 31). Feliciano Benvenuti osserverà qualche anno dopo che «*la pratica ha contrabbandato, fino ad oggi, i vizi di merito come vizi di eccesso di potere, ritenendosi che un provvedimento inopportuno comporti vizio della causa e perciò eccesso per sviamento di potere o sotto la etichetta sintomatica dell'ingiustizia manifestata*» (F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1998, 208). Vent'anni dopo Antonio Romano Tassone noterà come «*il concetto di "merito" appare sempre più spesso oscuro e di difficile decifrazione: tanto da far sostenere che esso è ormai scomparso, appunto perché integralmente assorbito dalla legittimità*» (A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, 532-533).

Significative poi le considerazioni che si possono leggere in uno studio di pochi anni fa sul principio di proporzionalità secondo cui il sindacato svolto per il tramite di esso «*risulterà pieno e*

sidera l'evoluzione del sindacato di legittimità che consente oggi di coprire tendenzialmente anche molti spazi un tempo ritenuti preclusi.

Diversi aspetti restano, però, non del tutto definiti e riguardano profili essenziali, a cominciare dal raggiungimento di convenzioni linguistiche accettabili nell'impiego dei termini. Quando si afferma che legittimità e merito sarebbero ormai sovrapponibili, va tenuto conto che non si tratta di categorie date una volta per tutte, ma di concetti flessibili, di cui occorre delimitare convenzionalmente i confini, che però sono mobili, così come lo sono quelli tra attività esecutiva e attività discrezionale. Quanto a quest'ultima, è da tempo in atto, con effetti intuitivi sulle tematiche qui in esame, la revisione della relativa nozione nella consapevolezza che, quando le soluzioni non sono precisamente predeterminate dalla norma, non per questo difettano i criteri giuridici (principi, clausole generali) per sindacare la scelta nel loro contenuto intrinseco²: tutte le fasi del processo decisionale, anche quelle comunemente ascritte al merito, sono invero incompatibili con l'idea della libertà dell'amministrazione³.

Non esistono aree affrancate dal diritto, anche quando la legalità si esprime per principi e clausole generali e possono darsi più soluzioni "giuste". Questa eventualità non significa che vi sia libertà per l'amministrazione e che perciò la scelta sia indifferente al diritto, ma solo che esistono una pluralità di soluzioni valide rispetto ai valori da attuare⁴. A seguire questo attendibile percorso non potrebbe neppure più invocarsi come limite alla cognizione del giu-

diretto sul rapporto; un sindacato, quindi, di merito, sia pur "mascherato" da sindacato di legittimità, attraverso cui il giudice misurerà l'esercizio del potere della pubblica amministrazione, sotto il profilo della necessità, idoneità ed adeguatezza dell'azione prescelta» (V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 142-143). Mentre, guardando all'attuazione attraverso la legge sul procedimento del principio di buon andamento, se ne era già tratta la conclusione che «l'atto amministrativo viziato nel merito, ossia inopportuno, per aver violato i precetti dell'economicità e dell'efficienza, è un atto illegittimo per violazione di legge» (P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, Cedam, 2003, 371).

² «L'uso segreto degli ingredienti del potere discrezionale è ormai un ricordo di altri tempi» aveva notato Feliciano BENVENUTI, *Potere discrezionale e controllo giudiziario. Introduzione al tema*. (1998), ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, vol. V, 4514. Tra gli studi più importanti volti a ripensare la discrezionalità amministrativa cfr.: E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Milano, Giuffrè, 2006. Si veda inoltre L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.

³In tal senso, cfr. ora M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, ETR, 2013, 164. Per l'idea che la sottoposizione dell'amministrazione al principio di legalità sia incompatibile con la nozione di merito come attività amministrativa sottratta al diritto, si veda V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi* (1947), in *Scritti giuridici*, Id., Milano, Giuffrè, 1992, 267 ss.

⁴ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 169 ss.

dice il merito, se per tale si intende un pezzo di decisione o un ambito di scelte indifferenti per l'ordinamento giuridico.

Nondimeno, il merito è da taluni studiosi ancora visto come una specie di terra promessa che bisognerà prima o poi raggiungere per realizzare l'obiettivo di una giurisdizione piena; per il giudice, invece - per un certo giudice saggio e prudente - equivale tuttora a quella zona che gli appassionati di tauromachia chiamano *querencia*, dove, nella spaventosa confusione dell'arena, il toro si sente al sicuro. Basta sostituire, *si licet*, il toro con il giudice e pensare all'arena degli interessi e l'immagine dovrebbe funzionare.

2. La giurisdizione di merito oggi.

Esistono, può dirsi da sempre, almeno due modi diversi di intendere la giurisdizione di merito: uno che guarda al giudizio nel merito come a un giudizio di opportunità⁵; l'altro che si incentra sulla completezza dell'accesso al fatto⁶, un tempo riconosciuta al giudice amministrativo solo in questo ambito.

Nessuna delle due visioni è oggi appropriata: ed infatti pragmaticamente il codice non si impegna su questi versanti, limitandosi a riconoscere al giudice il potere di sostituirsi all'amministrazione. Il che non equivale ad attribuirgli il potere di valutare la c.d. opportunità della scelta, anche perché tra le materie sopravvissute alla falce del 2010 non tutte, e forse nessuna, contempla l'esercizio di poteri discrezionali⁷.

Emblematico il caso del rito elettorale pensato da sempre in funzione sostitutiva (anche quando non risultava inserito formalmente nell'elenco delle materie di merito), ma con riferimento ad una materia dove ogni valutazione di opportunità sarebbe una aberrazione e dove di poteri discrezionali non si può scorgere neppure l'ombra: qui si tratta di registrare fedelmente la volontà del corpo elettorale, nell'ambito di un procedimento che non lascia margini valutativi, ma impone l'esecuzione della legge agli uffici elettorali; e richiede rapidità di reazione giudiziaria (è un rito accelerato, non solo sostitutivo) affidando di-

⁵ L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, vol. I, 1891, 5 ss.; R. LUCIFREDI, *In tema di giurisdizione di merito*, in *Arch. Giur.* "Filippo Serafini", Vol. CXXV, 1941, 83 ss.

⁶ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1905; P.G. PONTICELLI *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958; A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Milano, 1939, cap. III.

⁷ G. VACIRCA, *Riflessioni sui contenuti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, spec. 1611 ss.; E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, 14; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013, 172 ss.

rettamente al giudice il potere di correggere i risultati, sia per l'urgenza che per il carattere temporaneo degli uffici elettorali⁸.

Dunque non sono le valutazioni di opportunità a contraddistinguere la giurisdizione di merito, neppure in definitiva l'ottemperanza⁹, la cui matrice esecutiva risulta ora accentuata per effetto dell'anticipazione di contenuti tradizionalmente tipici di quella fase nel giudizio di cognizione¹⁰.

L'accesso potenzialmente incondizionato al fatto è stato, invero, tratto distintivo solo fin quando il giudice di legittimità non si è visto riconoscere (prima con la legge 205 del 2000, poi con il codice) poteri pieni di cognizione dei fatti di causa¹¹. Ora non è più questo il *quid* differenziale, e in questo senso, prendendo cioè per buona la (certamente all'epoca attendibile) visione di Amorth, può anche dirsi che il sindacato di merito è diventato sindacato di legittimità.

Ma la giurisdizione di merito, ristretta a cinque casi, secondo il codice esiste ancora ed il tratto che per legge la caratterizza è il potere del giudice di sostituirsi all'amministrazione: non più evidentemente nella conoscenza dei fatti, e neanche nelle valutazioni di opportunità (che il più delle volte neppure alla stessa amministrazione sono in effetti attribuite), ma evidentemente nella emanazione del provvedimento, correggendo in tutto o in parte il pregresso operato dell'amministrazione (cfr. art. 34, lett. d), c.p.a.). Beninteso, si può e si deve discutere di spazi che si aprono per la sostituzione anche nel giudizio di legittimità, specie se ci si distacca dalla prospettiva condizionante della divisione dei poteri, intesa in senso tradizionale, per virare verso altri lidi. Ma è un'ipotesi di lavoro tutta da verificare e che comunque, non può portare a riconoscere, a disciplina invariata, nel giudizio di legittimità una capacità in senso tecnico sostitutiva dello stesso tipo di quella possibile in sede di merito.

⁸ Su questi temi, si può vedere, F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

⁹ Oltre agli studi di G. VACIRCA e F. D'ANGELO citati alla nota precedente, cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. 196; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁰ Come previsto dall'art. 34 lett. e) del c.p.a., su cui si possono vedere, tra le altre, le argomentate ricostruzioni di G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra costituzione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, spec. 241 ss.

¹¹ Le innovazioni hanno così consentito di superare anche il paventato contrasto con i principi costituzionali del precedente sistema istruttorio. In tema cfr. G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giust. Amm. It.*, 2002, 5.

Sullo sfondo permane l'esigenza di distinguere il problema dell'amministrazione dal problema del giudice¹²: è quasi impossibile, almeno per una sensibilità che viene da lontano, non immaginare limiti all'invasività del potere giurisdizionale, per quanto ridotti e ispirati a esigenze diverse rispetto a quelle un tempo percepite¹³.

Si deve, per altro verso, pragmaticamente notare come una certa dose di sostituzione sia presente anche nel giudizio di legittimità pura. La sostituzione in un giudizio di tipo confutatorio può (e deve) limitarsi allo stretto necessario: ma comincia con l'interpretazione delle norme, che l'amministrazione compie per prima e che il giudice ripercorre e corregge, quando occorre, anche con riguardo alle valutazioni tecniche cui la norma rinvia, e prosegue con l'effetto conformativo, che astringe l'operato dell'amministrazione successivo alla pronuncia al rispetto di limiti che possono essere anche totalizzanti, potendo talvolta sfociare anche in un vero e proprio ordine di emanare il provvedimento.

Tale ultima possibilità, comunque non equiparabile ad una decisione direttamente costitutiva dell'effetto, non può però verificarsi in ogni tipo di controversia, essendo espressamente esclusa con riguardo sia ai poteri non ancora esercitati (art. 34, co. 2) che alla ipotesi in cui residuano scelte discrezionali (art. 34, lett. c); art. 31, co. 3), veracemente tali. Nella giurisdizione di legittimità, del resto, non può mai andarsi oltre l'emanazione di un ordine: l'effetto del provvedimento non può essere prodotto direttamente dal giudice.

3. Merito e sostituzione. Le ragioni di una sopravvivenza.

Un'idea molto interessante piuttosto di recente avanzata¹⁴ per giustificare la sopravvivenza della giurisdizione è che in questi casi il legislatore avrebbe inteso investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico. Questa tesi intende differenziarsi da quelle che vedono nella giurisdizione di merito la presenza di un sindacato di opportunità perché ritiene che la nuova conformazione dell'assetto degli interessi ad opera del giudice non implichi una totale rinnovazione delle scelte discrezionali dell'amministrazione (non possa cioè essere alternativa o distonica rispetto alla ponderazione di interessi effettuata

¹² F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, p. 392.

¹³ La tradizionale cautela del giudice volta a ridurre il più possibile l'evenienza della sostituzione non può essere superata neppure se al concetto di autorità viene sostituito quello di libertà, intesa come presa di posizione rispetto al novero delle possibilità che l'ordinamento offre (B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, 327).

¹⁴ A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, vol. II, 1437 ss. spec. 1449-1450.

dall'amministrazione), ma si ponga come appendice essenziale per definire l'esatta misura di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi frutto delle ponderazioni discrezionali dell'amministrazione.

Secondo questa visione la giurisdizione di merito sarebbe dunque «*diretta a tutelare anche le "ragioni" del pubblico interesse, oltre alla situazione soggettiva privata, tramite un giudizio pieno in fatto e in diritto*»¹⁵. Su questa affermazione si può, in linea di massima, convenire, ma si deve anche avanzare qualche dubbio sul fatto che attraverso di essa si colga una peculiarità, anzi la peculiarità, della giurisdizione di merito. Il giudizio, in punto di strumenti cognitivi a disposizione del giudice, è oggi potenzialmente pieno in fatto e in diritto anche in sede di legittimità. E la considerazione dell'interesse pubblico non sembra essere estranea neppure alla giurisdizione di legittimità, così come ridisegnata dalle tendenze "civilizzatrici" che hanno caratterizzato l'ultimo turno di tempo. Per la presa in considerazione nel giudizio anche dell'interesse pubblico non occorre, infatti, rifarsi a visioni di stampo oggettivistico, ove si tenga nel debito conto che l'amministrazione, parte del rapporto giuridico processuale, di tale interesse è portatrice. Nell'ambito di un giudizio di parti retto dal principio della domanda il giudice, sulla base delle domande da queste avanzate, per risolvere il conflitto tra opposti interessi, deve farsi carico di ciascuno di essi, anche naturalmente di quello pubblico, se adeguatamente rappresentato in giudizio, senza per questo rinunciare alla sua imparzialità¹⁶. Il giudizio amministrativo di legittimità ha acquisito tratti spiccatamente conformativi e di spettanza; mentre è proprio nella visione più antica, che vedeva nel ricorrente una sorta di collaboratore ai fini della tutela dell'interesse pubblico, che il potere decisorio del giudice poteva limitarsi all'annullamento, sufficiente al ripristino della legalità violata e al riesercizio del potere.

Il principio di legalità ha assunto una connotazione sempre più estesa: un controllo giurisdizionale pieno deve, dunque, assicurare il rispetto di una tale legalità, inclusiva della considerazione di tutti gli interessi (privati e pubblici) in lite, beninteso nell'ambito dei confini definiti dalle parti. E quanto più si

¹⁵ D'ANGELO, *op. cit.*, 215.

¹⁶ Per dare adeguata sistemazione agli interessi materiali coinvolti nel cosiddetto problema amministrativo, e così ridefinire l'interesse pubblico concreto (al corretto esercizio delle funzioni amministrative), il ruolo integrativo del giudizio è pressoché ineluttabile, quante volte il giudice sia stato chiamato ad esprimersi: così G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 965 ss., par. 7 e 8, il quale osserva pure come la stessa azione amministrativa non è più solo il mezzo per garantire la protezione degli interessi indicati dalla legge ma è diventata lo strumento per individuare quale interesse debba prevalere nel caso concreto (amministrare è già giudicare).

espande il concetto di legalità in termini procedurali e sostanziali, tanto più la sentenza si manifesta come esito consequenziale della sola attività interpretativa, anche quando risolvere il conflitto sostanziale tra le parti può implicare una integrazione regolativa¹⁷.

Vi sono pure ipotesi in cui è la legge stessa a prevedere espressamente che il giudice sia chiamato a contemperare gli interessi in gioco, come nel caso dei contratti pubblici, senza che questo basti, io credo, a far trasmodare “nel merito” il suo giudizio.

Forse, per dare un senso alla sopravvivenza della ridimensionata giurisdizione di merito, si può formulare un’ipotesi più semplice, incentrata sul fattore tempo: la sostituzione, esclusa in linea di principio, è avvertita dal legislatore come necessaria nei casi in cui non è possibile o non è conveniente attendere che l’amministrazione si pronunci di nuovo dopo il *dictum* del giudice, ma occorre subito provvedere a correggere gli errori commessi.

Provando a riassumere; anzitutto va escluso che il tratto distintivo della giurisdizione “nel merito” sia da rinvenire nel potere di valutazione delle soluzioni fino all’opportunità; e non pare neanche che la giurisdizione di merito sia “dedicata” alla cura (anche) dell’interesse pubblico più di quanto non possa esserlo anche un giudizio di legittimità. Del resto, se tale giurisdizione va intesa con riguardo ai poteri del giudice di accedere al fatto, allora il processo può dirsi compiuto: quei poteri sono transitati anche nel giudizio di legittimità. Ma la conseguenza che se ne dovrebbe trarre sarebbe che la tradizionale contrapposizione è venuta meno. Resta, tuttavia, il dato positivo del potere di sostituirsi anche “in toto” all’amministrazione previsto solo nelle materie in cui la giurisdizione è estesa al merito.

I nuovi strumenti riconosciuti al giudice di legittimità (potere di condannare, anche ad un *facere*, potere di disporre la reintegrazione in forma specifica, potere di sindacare pienamente le valutazioni tecniche, ecc.), se lo fanno avanzare in un campo prima riservato in via esclusiva all’amministrazione, non gli attribuiscono tuttavia un potere di piena sostituzione, che il giudice continua a poter esercitare solo nelle materie indicate dall’art. 134 c.p.a.: per ragioni, è da credere, legate principalmente al fattore tempo, all’esigenza cioè di correggere subito l’operato dell’amministrazione senza restituire ad essa l’affare, anche solo per l’attuazione di un ordine del giudice.

¹⁷ G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell’eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 167.

4. Quello che il giudice non può fare.

Al di là di questo dato esegetico, e della sua possibile giustificazione, l'uso del termine merito, sia per dire cosa non poteva il giudice fare sia per indicare cosa oggi potrebbe fare anche in sede di legittimità, produce ancora qualche equivoco e c'è ancora il rischio del suo utilizzo come di una maschera vuota (*imaginis sine res*).

Merito è stata, infatti, a lungo una formula, una convenzione linguistica per indicare ciò che al giudice è di norma precluso. Poi sembra sia diventato un modo per riferirsi a ciò che il giudice di fatto conosce e valuta, mascherando il suo operato da sindacato di legittimità.

Se è vero, però, che l'uso nel primo senso è "ideologico" e "difensivo" è anche vero in linea di massima, ed il codice ne dà conferma, che il giudice non può far tutto, anche solo per ragioni pratiche o, se si preferisce, per la natura delle cose, di cui il disegno costituzionale tiene ragionevolmente conto, attribuendo ai due soggetti in campo un diverso ruolo: è dell'amministrazione il compito e la responsabilità di dare risposte organizzate ai bisogni dei cittadini; è del giudice quello di intervenire, per imporre il rispetto della legge, quando chiamato in causa da chi lamenti una lesione di un diritto o di un interesse prodotta dall'azione o dall'inazione dell'amministrazione.

Problema amministrativo e problema del giudice, avvertiva Ledda, vanno entrambi risolti alla luce della legge e delle conoscenze tecniche, ma è diversa la prospettiva: il problema del giudice è di secondo grado e può sorgere solo quando il problema amministrativo sia stato risolto come chiarisce l'art. 34, co. 3, del c.p.a. In giudizio non si tratterà, del resto, di verificare complessivamente la "bontà" della soluzione adottata dall'amministrazione, bensì di verificare la legittimità del trattamento riservato agli interessi di chi chiede giustizia¹⁸, ma anche, è il caso di specificare, di tutte le altre parti in causa (si pensi alla posizione dei controinteressati, ma anche dell'amministrazione che pure può, tra l'altro, proporre un ricorso incidentale).

La giurisdizione va, dunque, distinta dall'amministrazione non solo e non tanto per obbedire ad un principio di separazione dei poteri sempre più in crisi o in trasformazione, quanto per ragioni di ordine logico e costituzionale quali l'eccezionalità e la frammentarietà dell'intervento del giudice, la sua terzietà,

¹⁸ M. TRIMARCHI, "Problema dell'amministrazione" e "problema del giudice": principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, (a cura di) F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2011, 179.

salvaguardata anche dal carattere eccezionale di tale intervento. L'ordinaria competenza di amministrare spetta, invece, all'amministrazione pubblica e del suo corretto adempimento sono responsabili i dipendenti e i funzionari¹⁹, anche sul piano politico.

Riconoscere che è fisiologico porre dei limiti alla giurisdizione non equivale, però, ad escludere la pienezza della tutela e neppure ad accettare tutti i tabù legati all'applicazione formalistica del principio di divisione dei poteri.

Occorre perciò un'opera di delimitazione di quanto è davvero precluso, al di là delle tradizionali visioni, alla luce dei nuovi poteri che il giudice amministrativo si è visto riconoscere. Al riguardo si svolgerà qualche breve notazione assumendo come paradigma il caso ("di confine" tra legittimità e merito) dei contratti pubblici, con riguardo al solo segmento relativo alle tematiche dell'aggiudicazione e del contratto e, segnatamente, alla scelta di concentrare nel giudizio di legittimità questioni prima rimesse all'amministrazione ovvero alla fase dell'ottemperanza.

5. I poteri del giudice nella materia dei contratti pubblici.

Lo schema conforme al principio di separazione dei poteri nella sua accezione classica (che però a torto può essere ancora invocato per l'accertamento fattuale e per le attività non discrezionali) è che il giudice indica la regola *iuris*, l'amministrazione si conforma, e se non lo fa c'è il rimedio dell'ottemperanza (*«la sostituzione dell'aggiudicatario appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione dei quali il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza»*), si legge nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9/2008²⁰). Si usa dire che il giudice amministrativo guarda al futuro, e cioè all'attività amministrativa che deve seguire la sua pronuncia; ma a volte è un lusso che non ci si può permettere, se si vogliono soluzioni efficaci e tempestive. È il fattore tempo, a quel che sembra, che ha imposto, come già in altri settori, la scelta di lasciare nelle mani del giudice amministrativo la valutazione sulle sorti del contratto riconoscendogli il potere di dichiararlo inefficace e di disporre la sostituzione dell'aggiudicatario, all'esito di una valutazione su fatti (principalmente lo stato di esecuzione del contratto) e interessi, che non c'è tempo di rimettere all'amministrazione. Si deve ritenere che in questo modo la decisione giurisdizionale

¹⁹ Al riguardo cfr. R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri della giurisdizione nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 981 ss.

²⁰ In *www.giust.amm.it*, con commento di F. LIGUORI, A. AULETTA, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 3.

zionale investa il merito dell'azione amministrativa e trasformi il giudice in una sorta di superamministratore? Io credo di no²¹, perché la cognizione del giudice non si spinge oltre i confini di un autentico avanzato sindacato di legittimità²², i cui effetti si estendono poi sul contratto. Il giudice è infatti chiamato ad accertare in via di interpretazione se ricorrono i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto; e la sua attività è orientata dall'attuazione dei principi e di standard valutativi²³.

Anche il codice civile detta disposizioni che subordinano la pronuncia del giudice a presupposti quali la possibilità, l'eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.), il non contrasto con l'interesse nazionale (art. 2933 c.c.). La "possibilità" è una condizione di carattere tecnico-economico; ma anche quando attiene all'eccessiva onerosità e al contrasto con l'interesse nazionale la valutazione rimessa al giudice è ancorata a valori giuridici, va operata in termini comparativi e proporzionali, e porta a selezionare le tecniche di tutela più idonee. Vi sono anche altri casi in cui il giudice ordinario si trova a dover ponderare interessi per applicare la legge: l'art. 844 c.c., in particolare, rimette al tribunale ordinario il compito di determinare se il livello di immissioni di fumo o calore superino la normale tollerabilità, valutando le circostanze e le condizioni dei luoghi per contemperare le esigenze della produzione industriale con quelle della proprietà privata. Si impone così al giudice d'effettuare un bilanciamento d'interessi prima di applicare la legge, non per compiere valutazioni di opportunità, ma per completare i precetti legislativi in funzione del caso concreto: siamo dunque nel campo dell'interpretazione della legge da applicare.

²¹ È l'avviso espresso all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina in F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e dei poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Giust. Amm. it.*, 2010, 6. Nello stesso senso cfr., anche per altri riferimenti, G. MARI, *cit.*, pp. 534 ss. Di rilievo, in particolare: E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo sul decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1067; F. FRACCHIA, *Il rito speciale negli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *Giust. Amm. it.*, 2010, 7; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *Giust. Amm. it.*, 2010; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Federalismi it.*, 2010, 18; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. It. dir. pubb. comunit.*, 2008, 1029.

²² D'altronde, nella materia dei contratti pubblici, e della loro aggiudicazione in particolare, raramente sono ravvisabili attività veracemente discrezionali e sarebbe perciò singolare se le svolgesse il giudice, cui spettano valutazioni pur sempre sorrette dai principi, dalla loro legalità non più così debole.

²³ A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, 381 ss.

I poteri riconosciuti dall'art. 122 del c.p.a. non sono dissimili: si tratta essenzialmente di valutare la effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione avendo riguardo alle domande formulate, ai vizi denunciati, allo stato di esecuzione del contratto²⁴. Una tecnica giurisdizionale che rimane nell'area della conoscenza del fatto, dalla quale emergono anche gli interessi, che il giudice amministrativo, anche nella giurisdizione di legittimità, può ricostruire e valutare ormai senza pregiudiziali restrizioni.

I profili da considerare si prestano, dunque, se ben intesi, a non essere confusi con valutazioni di opportunità, consistendo in una ragionevole modulazione degli effetti della decisione avendo di mira essenzialmente la soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente.

Nel caso delle violazioni gravi, le esigenze imperative che possono impedire le dichiarazioni di inefficacia del contratto sono essenzialmente riferite all'interesse generale assimilabile agli interessi superiori collegati alle esigenze dell'economia nazionale di cui all'art. 2933 c.c., ed ora anche alla incolumità pubblica, mentre gli interessi economici della stazione appaltante possono assumere rilievo solo in casi eccezionali e limitati, nell'ambito di un confronto tra posizioni e pretese paritarie (come nel caso dell'art. 2058 c.c.)²⁵.

Oggetto di considerazione sono anche *«l'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro»* e le ragioni di carattere tecnico tali da rendere evidente che non vi può essere subentro; profili che attengono entrambi alla verifica dell'interesse alla pronuncia di inefficacia. Anche in queste ipotesi la valutazione rimessa al giudice, ancorata anzitutto alla verifica dell'interesse al subentro, non appare tale da debordare dall'area della conoscenza del fatto e dell'applicazione del diritto, e risulta comunque guidata dall'applicazione di principi (ormai) di rango giuridico quali l'economicità, l'efficienza, la ragionevolezza e la proporzionalità (l'inefficacia del contratto, per non essere pronunciata, deve condurre a *«conseguenze sproporzionate»*).

6. Anticipazione dell'esecuzione e limiti alla sostituzione.

Il ruolo del giudice risulta comunque sensibilmente ampliato: gli viene infatti attribuito il potere della conformazione complessiva dell'assetto degli interessi, *«alla stregua di una vera e propria microregolazione del mercato»* che tenga conto

²⁴ Per l'applicazione di questi criteri, dai quali non sembra emergere alcuna usurpazione di valutazioni da rimettere in via esclusiva all'amministrazione, cfr., di recente, TAR Campania, sez. VII, 20 aprile 2017, n. 2183.

²⁵ F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *Giust. Amm. it.*, 2010.

degli interessi implicati: quelli privati (del ricorrente e del controinteressato), quello pubblico (dell'amministrazione aggiudicatrice) e quello generale all'assetto concorrenziale del mercato. Il giudice diventa quindi l'arbitro di una operazione economica complessiva colta nella sua unitarietà, nell'ambito della quale possono essere predefiniti dall'ordinamento i parametri per l'esercizio della funzione, ma non anche stabilite *ex ante* le conseguenze automatiche delle illegittimità accertate in sede giurisdizionale²⁶.

La valutazione sulla sorte del contratto avviene in un giudizio di cognizione in cui vengono anticipati molti dei profili tradizionalmente ricondotti alla fase di esecuzione. Attraverso un più incisivo accesso al fatto, al giudice è demandato il compito di definire in ogni aspetto la vicenda amministrativa sottoposta al suo esame. Una tale attività cognitoria non può essere assimilata ad un sindacato di merito, se per tale ancora si intende lo svolgimento da parte del giudice di valutazioni di opportunità e convenienza; si tratta invero di attività interpretativa guidata dall'applicazione di principi e standard valutativi. È previsto nondimeno lo svolgimento ad opera del giudice di un'attività che prima era rimessa all'amministrazione tenuta ad eseguire la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione. Secondo l'Adunanza plenaria n. 9 del 2008 infatti, «*la sostituzione dell'aggiudicatario appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, dei quali il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza*». Nel sistema vigente l'individuazione di un diverso aggiudicatario va fatta, invece, nel giudizio di cognizione ed il giudice può anche decidere di non dichiarare inefficace il contratto, in deroga alla regola generale della sua caducazione (che si evince dall'art. 125 c.p.a.).

La tipologia di sindacato esperibile, come detto, non implica valutazioni di merito, epperò va rimarcata la particolare forza della pronuncia del giudice che, se decide di rendere inefficace il contratto e di disporre il subentro nello stesso del ricorrente, è in grado di produrre direttamente almeno il primo di questi effetti. La pronuncia dunque presenta, per questo profilo, carattere costitutivo ed autoesecutivo; che però, a quel che sembra, si esprime nei riguardi del contratto, non dell'attività provvedimentale. Sul punto le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 23 marzo 2017, n. 7295, chiamate a valutare – in un caso di inefficacia pronunciata dal giudice amministrativo – se ricorressero gli estremi di un eccesso di potere giurisdizionale, hanno condivisibilmente ritenuto che non può darsi nessuna usurpazione del potere amministrativo ri-

²⁶ In questo senso, F. CARDARELLI, *Commento a S.S.UU., ord. N. 2906 del 10 febbraio 2010*, in *Giust. Amm. it.*, 2010, 1; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 285.

spetto alla declaratoria di inefficacia del contratto, non essendo previsto «*il potere esclusivo dell'amministrazione di dichiarare unilateralmente l'inefficacia del contratto*» (ed hanno aggiunto che all'amministrazione spetta il rimedio contrattuale della risoluzione, collocata su un piano paritetico, di cui conosce il giudice ordinario, non quello amministrativo, e che perciò anche in questa ottica non vi è usurpazione di potere amministrativo).

Lo stesso subentro, quando sia stato richiesto e sia possibile disporlo perché la gara non va rinnovata, è disciplinato dalla norma del codice come una questione consequenziale rispetto alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione ed alla valutazione circa l'insussistenza dei presupposti per il mantenimento in vita del contratto. Una volta caduta la originaria aggiudicazione, e dichiarata l'inefficacia del contratto che vi dava seguito, si dà esecuzione alla valutazione già svolta dall'amministrazione in ordine alla offerta collocata in graduatoria nella seconda posizione. La condanna della stazione appaltante all'aggiudicazione in favore del ricorrente e al subentro nel contratto, ora possibile in sede di cognizione, integra una sostituzione di natura strettamente processuale, nel dovere di prestare l'attività mancante e necessaria a procurare, attraverso l'attuazione della decisione, il soddisfacimento effettivo dell'interesse tutelato dalla sentenza²⁷. Si tratta comunque di una condanna a fare quanto necessario per rendere effettivo il subentro nel contratto (cfr. la sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione, 26 luglio 17, n. 3679), non di una misura integralmente sostitutiva dell'attività amministrativa.

Le peculiarità del rito degli appalti non sembrano dunque tali da farlo scivolare all'esterno dell'area del giudizio di legittimità; del resto l'anticipazione di molti dei profili tradizionalmente ricondotti alla fase di esecuzione investe - sia pure con strumenti che non presentano lo stesso grado di incisività di quelli pensati per gli appalti - la giurisdizione di legittimità tutta.

In particolare l'art. 34, lett. c), come integrato nel 2012, menziona apertamente la possibilità di un'«*azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto*» che in un primo momento si era pensato di ricondurre alla reintegrazione in forma specifica; e l'art. 34, lett. e), anticipa la possibilità nella nomina di un commissario *ad acta* già in sede di cognizione. La disciplina di questo rito speciale pare rientrare, dunque, tra quelle tendenze del giudizio di legittimità che, senza allontanare il giudice dal conflitto sostanziale tra le parti, ed anzi per risolverlo in pieno, rispecchiano l'evoluzione in senso sostanziale del principio di

²⁷ D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale*, cit., 45.

legalità e l'integrazione dei rapporti tra procedimento e processo, in linea con una accezione mitigata del principio di separazione dei poteri, inteso come mero bilanciamento²⁸.

7. Giurisdizione di merito ed evoluzione del sindacato di legittimità.

Pur avendo circoscritto l'analisi ai profili relativi all'aggiudicazione e al contratto, per trarne la conclusione che il nuovo rito non proietta il giudizio all'esterno dell'area della legittimità, si deve anche aggiungere che altre sue manifestazioni sono di più problematica decifrazione e collocazione.

Il contenzioso tra ANAC e stazione appaltante, in particolare, secondo una lettura critica, rischia di staccare il processo dal terreno più propriamente rimediabile per proiettarlo nella «*nebulosa galassia della mediazione e regolazione dei conflitti tra interessi pubblici*»²⁹, assecondando una antica vocazione del giudice amministrativo; mentre la tendenza ad estendere le ipotesi di impugnazione immediata del bando (anche solo per contestare il criterio di aggiudicazione prescelto), enfatizza il profilo del ripristino della astratta legalità senza saldarla con l'effetto giuridico finale avuto di mira dal soggetto agente³⁰. Ma la concentrazione in sede di cognizione di valutazioni e pronunce prima rimesse all'amministrazione ovvero alla fase dell'ottemperanza non altera il carattere della giurisdizione fino a farla trasmodare dalla legittimità al merito, sia che per tale si intenda un giudizio contraddistinto dalla presenza di un potere di sostituzione provvedimentale sia che con il termine "merito" si voglia intendere o vagheggiare una giurisdizione che si sovrappone totalmente sul piano valutativo e decisionale all'amministrazione³¹.

Le esigenze di far presto, il fattore tempo, alla radice della giurisdizione nel merito, precludono questo "spostamento", questa anticipazione, ma non comportano la qualificazione in termini di giurisdizione di merito, perché non vi sono valutazioni di opportunità da svolgere³² e perché non è prevista una sostituzione delle attività provvedimentali in senso proprio.

²⁸ G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, cit.

²⁹ G. D. COMPORI, *La flessibilità delle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta* in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. LIGUORI, S. TUCCILLO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 72-73.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Una giurisdizione, quest'ultima, forse mai esistita (G. VACIRCA, *op. cit.*) e che assai difficilmente potrà mai prendere forma.

³² Ammesso e non concesso che si siano materie contraddistinte in tal senso: F. D'ANGELO, *op. cit.*; G. VACIRCA, *op. cit.*

È quest'ultimo il limite che permane e contraddistingue in oggi la giurisdizione generale di legittimità, pur dopo l'introduzione di strumenti quali la reintegrazione in forma specifica, (che non è più di moda, ma che è stato il primo appiglio per introdurre nell'armamentario del giudice amministrativo la possibilità di pronunciare un ordine di fare)³³, l'azione di adempimento e le altre pronunce possibili ai sensi delle previsioni di cui all'art. 34, lett. c) ed e).

«La condanna al rilascio dell'atto vincolato non produce gli effetti dell'atto medesimo e il persistente inadempimento dell'amministrazione al rilascio dell'atto apre la via - ora come un tempo - al giudizio di ottemperanza e alla richiesta di risarcimento del danno per equivalente in danaro (art. 112, co. 3)»³⁴. In questi casi il divieto per il giudice di costituire direttamente l'effetto tipico del provvedimento parrebbe integrare poco più che un retaggio della più rigida divisione dei poteri, posto che vi è molta differenza se non sul piano eminentemente formale, tra un ordine di fare e una sostituzione diretta.

La legge avrebbe, dunque, potuto configurare la sentenza come titolo costitutivo delle vicende giuridiche normalmente realizzate dall'atto (come nel caso dell'art. 2932 c.c.: sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso) o nelle ipotesi di volontaria giurisdizione volta a superare determinate inerzie dell'autonomia privata (art. 1105, co. 4, art. 742 bis c.p.c.).

La mancata previsione in tal senso può essere letta come un formale ossequio alla divisione dei poteri, in verità superfluo, almeno quante volte la decisione, rimessa all'amministrazione e poi corretta dal giudice, non investe scelte di interessi, anzi, secondo la CEDU, scelte politiche espressione del principio democratico e della sovranità popolare³⁵.

La prudenza del legislatore pare, peraltro, radicarsi nel granitico indirizzo della Corte di Cassazione, secondo cui invade il merito ed è perciò affetta da eccesso di potere giurisdizionale la sentenza del giudice amministrativo a carattere autoesecutivo «intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'attività amministrativa» (da ultimo, Corte cass., SS.UU., 5 febbraio 18, n. 2720).

³³ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, Cedam, 2001, 317 ss.; F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, Editoriale Scientifica, 104 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 295 ss.

³⁴ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*

³⁵ In tema B. GILIBERTI, *Il merito, cit.*, 294 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e modi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Sindacato giurisdizionale*, AA.VV., *op. cit.*, 105 ss., spec. 132.

Sia come sia, finché questo limite non cadrà, giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità saranno ancora distinguibili proprio in punto di sostituzione, unico profilo su cui si concentra l'art. 7, mentre le questioni relative alla profondità del sindacato si pongono in definitiva allo stesso modo in entrambe le giurisdizioni in esame, ed anche nella giurisdizione esclusiva.

8. Legittimità, merito, proporzionalità.

Sulla base di quanto ricostruito guardando al settore analizzato, ma con implicazioni che possono avere un rilievo di ordine generale circa il senso da attribuire al concetto di merito (e, correlativamente di legittimità), si può ritenere che effettivamente la tradizionale contrapposizione tra legittimità e merito sia stata in buona misura superata e che il sistema possa «*adeguatamente descriversi mediante i soli concetti della legittimità e della discrezionalità*»³⁶.

All'estensione dei poteri di cognizione e di decisione riconosciuti al giudice della legittimità non corrisponde ancora una loro applicazione omogenea e prevedibile³⁷ con tutto ciò che ne deriva in termini di incertezza e di prolungamento di una fase di transizione particolare delicata.

Nondimeno, sul piano potenziale e dei principi, l'intensità del controllo di legittimità è cresciuta al punto da coprire molti spazi un tempo ritenuti preclusi, senza che ciò comporti invasione del merito amministrativo.

Anche l'uso del principio di proporzionalità, correttamente operato, non comporta la fuoriuscita dall'ambito della giurisdizione di legittimità se la valutazione del giudice resta ancorata a parametri obiettivi come quello della minore incisività del mezzo a parità di risultato³⁸.

Dei tre stadi successivi in cui l'esame di proporzionalità risulta scandito, l'accertamento dell'idoneità allo scopo appare senz'altro compatibile con un sindacato di legittimità; e così pure quello della non sostituibilità con altre misure, anche quando la valutazione da farsi sia complessa e perciò opinabile: è comunque «*sul terreno dei fatti che la proporzionalità-necessità viene messa alla prova*»³⁹ sulla base delle allegazioni delle parti.

³⁶ B. GILIBERTI, *op. cit.*, 291, secondo il quale il merito costituisce solo il riflesso negativo dei limiti del sindacato di legittimità.

³⁷ Le oscillazioni giurisprudenziali sul fondamentale tema della valutazione delle circostanze di fatto sono oggetto di esame in F. LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 107 ss.

³⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.

³⁹ *Ibidem*.

Nella fase centrale, che spesso esaurisce la verifica, il parametro è dunque obiettivo, qualunque sia il grado di complessità delle indagini di ordine fattuale richieste.

La terza fase, quella che attiene alla adeguatezza della scelta e perciò al bilanciamento di interessi, è più problematica: ma, a parte che il più delle volte non occorre percorrerla, anche con riguardo ad essa è parso possibile quantificare l'intensità dei rispettivi sacrifici e benefici, instaurando il confronto non tra la meritevolezza degli interessi contrapposti, ma tra l'entità del sacrificio imposto agli uni e del beneficio conseguito da altri⁴⁰.

Credo, in conclusione, che avesse visto bene chi⁴¹ si spinse a prevedere, nella logica della continuità tra procedimento e processo, che il giudizio di legittimità si sarebbe col tempo esteso fino al merito. È quel che è accaduto negli ultimi anni attraverso l'estensione dei poteri istruttori e decisorî e con l'acquisizione della consapevolezza culturale che nessuna fase decisoria è sottratta al diritto. Nondimeno, la giurisdizione nel merito è ancora distinguibile dalla giurisdizione di legittimità perché solo nella prima è possibile la sostituzione piena, la produzione con sentenza costitutiva degli effetti del provvedimento.

Questa è però l'unica barriera residua, perché anche in sede di legittimità al giudice è consentito, nell'ambito dei confini tracciati dalle domande proposte delle parti in conflitto, e dunque del dedotto⁴², pronunciarsi sul rapporto controverso⁴³, con il solo limite, di diritto positivo (artt. 31 e 34), delle scelte veracemente discrezionali. L'area della discrezionalità è peraltro sempre più percepita come non più indifferente al diritto e progressivamente si assottiglia lo spazio per la libertà di autodeterminazione, anche a seguire le indicazioni della Corte EDU, che vi ricomprende unicamente le opzioni che hanno una chiara attinenza con il principio democratico.

⁴⁰ In tema, cfr. ancora F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, che richiama la tesi di R. ALEX, *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oup, 2002. È un percorso possibile per uscire dal soggettivismo ma che può comportare approssimazioni troppo larghe, che potrebbero scontrarsi con l'unico vero limite tuttora rimasto: quello della autonomia dell'amministrazione nelle scelte di *policy* e cioè di scelte non solo specialistiche ma politiche-pianificatrici: la CEDU parla di esercizio della «discrezionalità amministrativa in conformità ai più ampi obiettivi politici», intangibile ove si realizzi nell'ambito di procedimenti amministrativi significativamente garantistici (CEDU, sez. IV, 14/XI/06, caso n. 60889/00, *Tsfayo v. United Kingdom*).

⁴¹ F. PUGLIESE, *op. cit.*

⁴² Sul punto, F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.

⁴³ In tema, di recente, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio nel rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss., che richiama le riserve espresse da R. VILLATA sul significato euristico della formula «giudizio sul rapporto» (*Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 125).

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 dirompente 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 Praha 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 view*» 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 giudiziali 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 rientrano 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 pretermissione 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 trattenersi (*«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. SAIITA (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 concetto ⁴² –, 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.

ARISTIDE POLICE

Professore ordinario di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli studi di Roma «Tor Vergata»

Aristide.Police@cliffordchance.com

**L'EPIFANIA DELLA PIENA GIURISDIZIONE NELLA
PRIMA STAGIONE DELLA «GIURISDIZIONE PROPRIA»
DEL CONSIGLIO DI STATO**

**THE ORIGINS OF THE FULL JURISDICTION IN THE ITALIAN
SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION**

SINTESI

Il lavoro segue gli sviluppi storici dell'origine e della evoluzione delle prime forme di giurisdizione piena, dagli albori dello Stato unitario sino al Codice del processo amministrativo. Le radici storiche di questo sindacato profondamente radicato nella pienezza della cognizione sui fatti, e caratterizzato da una notevole ampiezza quanto alla discrezionalità del giudice chiamato a dirimere la controversia, appaiono particolarmente significative, per essere state troppo spesso obliterate negli studi del processo amministrativo del secolo scorso prevalentemente incentrati (ed eccessivamente condizionati) dal modello asseritamente generale) della giurisdizione di legittimità. In particolare, l'indagine mette in luce, o almeno tenta di evidenziare, la fallacia di quella prospettiva generale del sindacato del giudice amministrativo costruito sull'idea di una *semiplena cognitio* e di un significativo limite dell'accesso del giudice al fatto ed al «merito». Solo il definitivo consolidarsi delle novità del modello processuale introdotto sul finire del secolo, di cui il Codice del processo amministrativo è sintesi, consentono di poter apprezzare una diversa prospettiva di pienezza della cognizione e del sindacato giurisdizionale del G.A., e con essa un inatteso ritorno alle origini. Ma rispetto alle origini, la prospettiva attuale ci offre un arricchito strumento probatorio, un più consapevole approccio ed impiego delle conoscenze scientifiche e della tecnica degli *standard* i che potenziano le prospettive future della giurisdizione amministrativa. Ciò con la consapevolezza dei limiti e della vischiosità di un processo fortemente condizionato da prospettive culturali ed esigenze di smaltimento del contenzioso che molto spesso ancora frenano questo processo evolutivo.

ABSTRACT

The work follows the historical developments of the origin and evolution of the first forms of full jurisdiction in the judicial review of the admini-

strative action, from the dawn of the unitary State (1861) up to the *Codice del Processo Amministrativo* (the administrative litigation rules of procedure). The historical roots of this judicial review deeply rooted in the fullness of cognition on facts and characterized by a considerable breadth of the judicial discretion, appear particularly significant, for being too often obliterated in the studies of the administrative judicial review of the last century, mainly focused (and excessively conditioned) by the allegedly general model of the formal control of the rule of law principle. In particular, the investigation highlights the fallacy of that general perspective of the administrative judge's *semiplena cognitio* with a significant limitation of the judge's access to the fact and of his/her judicial discretion. At the turn of the century, the *Codice del Processo Amministrativo* allow us to appreciate a different perspective of full jurisdiction, and with it an unexpected return to origins. But compared to the origins, the current perspective offers us a more conscious approach and the use of scientific knowledge and the technique of standards that enhance the future of administrative jurisdiction as a whole. This with the awareness of the limits and the stickiness of a jurisdiction strongly influenced by cultural perspectives that very often still restrain this process.

PAROLE CHIAVE: Giurisdizione amministrativa, giurisdizione piena, sindacato di legittimità, sindacato di merito, Codice del processo amministrativo.

KEYWORDS: Judicial review of administrative action, full jurisdiction, judicial review of discretion, italian rules of procedure of judicial review.

INDICE: 1. L'origine della giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato – 2. La trasformazione della giurisdizione propria in cognizione «sul merito» - 3. Dalla decadenza della giurisdizione propria «sul merito» al Codice del processo amministrativo – 4. Qualche considerazione conclusiva «sulla giurisdizione propria» oggi.

1. L'origine della giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato.

È noto che per giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato si intendevano le attribuzioni giurisdizionali previste dall'art.10 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. D che, già parte del contenzioso amministrativo preunitario, erano state fatte salve dall'abolizione disposta dall'art. 1, All. E, della medesima legge¹. Ed era stata chiamata giurisdizione «propria» in quanto si contrapponeva alla giurisdizione ritenuta del Sovrano, cui il Consiglio di Stato partecipava

¹ Sul punto è unanime la dottrina. Per tutti si vedano R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa* «a cura di G. MIELE», Vicenza, Neri Pozza, 1968, p. 204 e ss. e P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 50, che analiticamente esamina tutte le materie conservate alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato (in materia mineraria, ecclesiastica e di debito pubblico), i c.d. residui del contenzioso amministrativo abolito dall'All. E.

solo in via consultiva delibando sui ricorsi straordinari².

Sempre nel raffronto con le competenze consultive del Consiglio di Stato sembra doversi rinvenire la ragione giustificatrice (o almeno una delle ragioni giustificatrici) della locuzione «giurisdizione piena», pure impiegata per descrivere tali competenze del Consiglio di Stato. Infatti, mentre in sede consultiva il Consiglio di Stato dava pareri sui ricorsi al Re limitando, per espressa disposizione di legge, il suo esame alla sola legittimità, in sede di giurisdizione propria nulla si opponeva a che ogni questione di diritto e di fatto fosse affrontata e risolta dal giudice amministrativo. La legge taceva a riguardo ma la natura delle materie e la derivazione di questa giurisdizione dal contenzioso amministrativo, anti dalle giurisdizioni speciali di tale sistema, confortano questa conclusione: e di una effettiva pienezza in tal senso si può effettivamente parlare.

Anche il legislatore del 1889, al momento della istituzione della Quarta Sezione, posto dinanzi all'alternativa se mantenere questa giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato, oppure potenziarla, ricomprendendola nell'ambito della neonata giurisdizione generale di legittimità, scelse la prima via. E ciò ha fatto, si ritiene, in virtù di un ragionamento per molti verso identico a quello che aveva indotto il legislatore del 1865 a conservare al Consiglio di Stato determinate competenze giurisdizionali, pur affermando e perseguendo, in linea di principio, attraverso abolizione del contenzioso amministrativo preunitario, l'ideale dell'unicità della giurisdizione. Anche il legislatore del 1899, cioè, avvertì la necessità di fornire una tutela più penetrante (di quella concessa con il ricorso per soli motivi di legittimità) a determinate controversie che presentavano un intreccio indissolubile di interessi pubblici e privati e che, per la loro importanza sociale ed economica, erano ritenuti meritevoli di una tutela che andasse oltre il profilo della legittimità per incidere sul rapporto sotteso all'atto impugnato, ovvero per conformarlo direttamente, in assenza di un provvedimento dell'Autorità amministrativa che su tale rapporto avesse disposto alcunché³.

Era quest'ultimo l'aspetto principale, se non unico, che caratterizzava la «pienezza» della giurisdizione per una autorevole dottrina. Si riteneva, infatti, che la formula usata dal legislatore avesse un significato che non ammetteva dubbi cioè che la giurisdizione speciale fosse sostituita alla giurisdizione ordinaria, per l'esercizio di ogni «potestà di cognizione e di giudizio» necessaria alla

² Come ci ricorda P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 50.

³ Così G. B. GARRONE (voce) *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, cit., p. 371. «Fu così che la frase *esercita giurisdizione propria* veniva sostituita dall'altra *decide pronunciando anche in merito*» (L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Vallardi, s.d. ma 1910, p. 516).

tutela dei diritti ed alla definizione delle relative controversie e si giustificava questa interpretazione con l'osservazione che la sfera di attività della giurisdizione ordinaria si estendeva astrattamente alla tutela di tutti i diritti soggettivi appartenenti a queste due categorie di diritti (diritti personali e patrimoniali); ma che praticamente si restringeva a quei diritti ed a quei rapporti di diritto, personali o patrimoniali, che non si trovavano per disposizione di legge, conferiti alla competenza di una giurisdizione speciale⁴.

Con visione più ampia, si era anche sostenuto che la competenza di merito per gli oggetti e le controversie cui essa era applicata⁵, si spiegava «con tutta l'ampiezza di uffici in altre materie e contese spettanti ai tribunali» ordinari ap-

⁴ Così L. MORTARA, nella nota in *Giur. It.*, vol. 49, I, 1, c. 1033; ad analoghi risultati perviene in *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramento e trasformazione di opere pie*, in *La legge*, XXXVIII, vol. II, n. 15.

⁵ Ambito che come è noto era fissato dall'art. 27 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato e che si estendeva alle liti in cui si controverta «dei sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia; dei ricorsi per contestazioni fra comuni di diverse province per l'applicazione della tassa istituita dalla L. 11 agosto 1870, n. 5784, allegato O; dei ricorsi per contestazioni sui confini di Comuni o di Province; dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico; dei ricorsi in materia di consorzi per strade, le quali tocchino il territorio di più Province; dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici, sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione; dei ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse Province del Regno siano state di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato; dei ricorsi contro il decreto emanato dal Prefetto per provvedere, ai termini del terzo capoverso dell'art. 132 della legge comunale e provinciale, T.U. 4 febbraio 1915, n. 148, all'amministrazione della proprietà od attività patrimoniali delle frazioni o agli interessi dei parrocchiani, che fossero in opposizione con quelli del Comune o di altre frazioni del medesimo; dei ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche per le quali provvede lo Stato in concorso delle Province e degli enti interessati, o alle quali concorre lo Stato nell'interesse generale; dei ricorsi in materia di concorso di spesa per opere di bonifica di prima categoria costruite dallo Stato direttamente o per sua concessione da enti o privati, nonché in materia di consorzi per opere di bonifica della stessa categoria, ai termini dell'art. 56, comma primo e secondo del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3256; dei ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali e comunali; dei ricorsi contro provvedimenti della pubblica amministrazione in merito ad opere di privato interesse, esistenti o che potessero occorrere, attorno alle strade nazionali, od alla costruzione o riparazione dei muri od altri sostegni attorno alle strade medesime; dei ricorsi contro i provvedimenti del Prefetto e contro le deliberazioni in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali; dei ricorsi contro le deliberazioni in materia di pedaggi sui ponti e sulle strade provinciali e comunali; dei ricorsi contro provvedimenti ordinati dal Prefetto a norma di quanto è prescritto nell'art. 378 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sui lavori pubblici, relativi ad opere pubbliche delle Province e dello Stato, eccettuati quelli indicati nella 2ª parte della lettera b) dell'art. 70 del R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 2161; dei ricorsi contro le decisioni pronunziate dalle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale nei casi in cui le giunte stesse esercitano giurisdizione anche nel merito; dei ricorsi relativi a tutte le controversie, che da qualsiasi legge generale o speciale siano deferite alla giurisdizione del Consiglio di Stato anche per il merito».

punto perché la sua genesi storica risaliva agli istituti del contenzioso amministrativo, e perché i «diritti subiettivi» che la legge voleva di preferenza garantiti da questa giurisdizione dovevano trovare in essa e per essa la loro completa protezione, senza di che sarebbe stato assurdo costituirla⁶. Secondo questa ricostruzione dottrinaria, giurisdizione propria significava che era esclusiva del Consiglio di Stato l'attribuzione della giurisdizione sulle materie designate; equivaleva cioè a giurisdizione piena e quindi a negazione del potere giurisdizionale dei tribunali ordinari su quelle materie.

Per evitare possibili semplificazioni del dato storico, tuttavia, occorre sottolineare come la giurisdizione piena, e ancor di più quella «anche in merito», del Consiglio di Stato, non sia suscettibile di riduzione ad una nozione unitaria. Come l'enumerazione di tutte le materie riconducibili alla giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato ha posto subito in evidenza, uno degli aspetti che più ha contribuito ad impedire, sul piano dogmatico, l'affinamento di un concetto unitario di tale sindacato giurisdizionale ed ha in definitiva concorso ad una obiettiva svalutazione di siffatta giurisdizione. Si vuole far riferimento alla estrema eterogeneità nelle materie su cui il giudice amministrativo aveva una giurisdizione piena, eterogeneità ancor più marcata dai successivi ampliamenti di tale giurisdizione e dalla sua trasformazione in giurisdizione «anche in merito»⁷.

Ed infatti la critica maggiore che si muoveva ai primi contributi dottrinari sulla giurisdizione di merito⁸, si appuntava su un difetto che è a loro comune, cioè il considerare isolatamente un caso particolare della competenza di merito, trascurandone altri. E si può sin d'ora rilevare come una competenza la quale non viene dichiarata in via generale, ma relativamente a decine di particolari controversie, non può non assumere speciali figure a proposito delle diverse materie cui si applica. L'esame complessivo delle varie ipotesi di quella varia e spesso eterogenea competenza per materie, attribuita con le riforme Crispine al Consiglio di Stato, mettono in luce diversi motivi conduttori dell'opera del legislatore del 1889, quelli di cui si vedono intessute le relazioni e le discussioni parlamentari: la conservazione e lo sviluppo della giurisdizione propria di cui già in via di eccezione il Consiglio di Stato era investito, la convinzione che solo

⁶ Così L. MORTARA nella nota citata. Con questi scritti Mortara aveva gettato le basi di quella teoria della giurisdizione di merito come giurisdizione piena che doveva in seguito e con maggiori sviluppi svolgere (nel *Commentario*, cit., vol. I, p. 516 ss.).

⁷ Così G. B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, cit., p. 370 s.

⁸ Così V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1907, p. 818.

in tale sede fosse possibile per il giudice amministrativo conoscere completamente del fatto oltre che del diritto, l'estensione del poteri del giudice a valutare opportunità e convenienza di un atto amministrativo. Motivi non del tutto armonici e coordinati gli uni con gli altri, anzi per certi aspetti in posizione antitetica fra loro⁹.

Si è ritenuto¹⁰, addirittura, che la giurisdizione amministrativa di merito, fosse nata storicamente sotto il segno della «più grande confusione, una specie di paniere nel quale si è rovesciato tutto quello che non si voleva e non si riusciva a collocare altrove», formatasi come un coacervo di cose diversissime che non è stato mai possibile comporre in uno schema ordinato; il tutto era cementato dal niente tanto è vero che sorsero dissensi, mai interamente sopiti, su che cosa significasse nella sostanza e nell'insieme questa giurisdizione di merito. Nulla, in conclusione, avrebbe mai caratterizzato e legittimato unitariamente questa giurisdizione.

Tuttavia, anche chi formulava giudizi severi e definitivi sulla possibilità di una configurazione unitaria della giurisdizione di merito¹¹, doveva riconoscere che la giurisdizione piena del Consiglio di Stato era stata comunque contraddistinta da un reale elemento unificatore: i maggiori poteri istruttori e di cognizione del fatto attribuiti in tutte le materie del merito al giudice amministrativo: questo a il filo che effettivamente collega le membra sparse della giurisdizione di merito¹². Opinione, questa, condivisa anche da chi ha approfondito al meglio i profili storici della giurisdizione di merito. In altri termini, pur nella loro diversità, tutte le materie della giurisdizione di merito, presentano un elemento comune ed unificante: l'attribuzione al Consiglio di Stato di una completa conoscenza e valutazione dei dati di fatto¹³.

Ed anche gli studiosi storicamente più vicini alle prime applicazioni della giurisdizione «anche in merito» erano pervenuti a medesime conclusioni. Si rilevava, infatti, che la competenza di merito nel campo giurisdizionale si distingue da quella di annullamento, in quanto quest'ultima manca di ogni facoltà inerente al ristabilimento ed alla valutazione del fatto, che si presume tale quale fu ritenuto da un alto magistrato, mentre la competenza di merito, più completa, ha pure la potestà di dirimere quelle controversie che al fatto si riferisco-

⁹ Così P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 6.

¹⁰ Così M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Atti del IV Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A. (Perugia 1968), Firenze 1969, p. 101 (anche in *Foro It.*, 1959, V).

¹¹ Così M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, cit., p. 101 ss.

¹² Così sempre M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 102.

¹³ Così P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 125 s.

no¹⁴: nel che va pure ricompreso ogni apprezzamento di prove e documenti e l'interpretazione degli atti¹⁵.

2. La trasformazione della giurisdizione propria in cognizione «sul merito».

La piena cognizione sul fatto (o sui fatti) oggetto della controversia, che avrebbe dovuto caratterizzare la giurisdizione propria del Consiglio di Stato, ha subito, in realtà, un soffocamento da parte della giurisdizione di legittimità, che ha assunto importanza dominante nella caratterizzazione degli istituti. La verità è che la giurisdizione di merito si è profilata sin dall'inizio come giurisdizione speciale, contrassegnata dal principio di enumerazione delle materie, e non ha potuto svolgersi storicamente, nel senso di una generalizzazione dell'inserimento in una clausola generale di giustizia, giacché su di essa ha sovrastato sin dall'inizio la giurisdizione di legittimità, la cui generalità oltretutto si legata non ad una categoria di rapporti intersoggettivi, ma ad una situazione soggettiva implicante -di per se stessa- il disconoscimento di un rapporto vero e proprio. E questa circostanza ha indubbiamente anche ridotto subito le potenzialità della giurisdizione di merito, sia nel senso di rendersi effettiva e sfruttare, per così dire, tutte le sue attitudini nei casi per essa previsti, sia nel senso di costruire una giustizia più effettiva e più piena.

Come rileva anche autorevole dottrina¹⁶, sussistono molte indicazioni e disponiamo ormai anche di convincenti dimostrazioni, del fatto che la cognizione di merito importava nella maggior parte dei casi, la conoscenza da parte del giudice, dei fatti che erano alla base dei provvedimenti impugnati o della controversia in atto. Il che significava, come subito si comprende, che la definizione data al fatto del provvedimento amministrativo non toglieva al giudice, e

¹⁴ Così V. E. ORLANDO, *La giustizia*, cit., p. 826, che, portando ad esempio il contenzioso elettorale, affermava che «in materia di operazioni elettorali, non si può certo alludere al potere di modificare il risultato per ragioni di convenienza ma si intende estendere bensì quel giudizio a tutti gli apprezzamenti ed interpretazioni che possono far ritenere un fatto al fine di trarne una conseguenza giuridica».

¹⁵ Così sempre V. E. ORLANDO, *Op. ult. cit.*, p. 826. Anche se Orlando, sul punto, non era sufficientemente chiaro nel far intendere se tale apertura del giudice all'apprezzamento di fatto fosse comune a tutte le ipotesi di giurisdizione di merito o se, invece, si andasse ad affiancare alle altre tesi prospettate in dottrina, quelle tendenze cioè che non potevano dirsi «né assolutamente erranee, né assolutamente vere» in quanto ognuna considerava isolatamente un aspetto particolare della competenza di merito, trascurandone gli altri (*Op. ult. cit.*, p. 817 s.), come un terzo elemento che concorreva solo in alcuni casi a dare un significato particolare alla frase «decide anche in merito».

¹⁶ Così F. BENVENUTI, (*voce*) *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 606.

quindi alla difesa delle parti, la possibilità di confrontare la massima adottata dall'Amministrazione con la effettiva condizione delle cose, e quindi con l'effettivo rapporto tra le parti della controversia.

Tutto ciò è mancato nell'attuazione che, storicamente, si è data alla giurisdizione piena del Consiglio di Stato e ciò non soltanto per le responsabilità imputabili ai giudici amministrativi di quel tempo remoto, soggiogati dal modello impugnatorio del processo da ricorso e dagli schemi propri della giurisdizione di legittimità. Accanto alle responsabilità della giurisprudenza amministrativa, che sono innegabili, non si debbono tacere le storiche responsabilità della dottrina. Alimentando una pluralità di tesi disparate sulla giurisdizione «anche in merito» e facendo, comunque, prevalere la tesi della sua natura di giudizio sull'opportunità e sulla convenienza, piuttosto che sul fatto, la dottrina ha inevitabilmente accresciuto le incertezze e le perplessità dei giudici, la loro timidezza. Soprattutto l'accentuazione (ed il sovradimensionamento) della cognizione sull'opportunità e sulla convenienza degli atti dell'Amministrazione ha(nno) indotto i giudici amministrativi -nel timore di debordare dall'ambito delle proprie attribuzioni giurisdizionali- a rifuggire dal giudizio di merito e, con esso, dal giudizio sui fatti rilevanti della controversia.

Va riconosciuto che queste difficoltà ed incertezze trovavano alimento negli interventi legislativi successivi che prevedevano come il giudice amministrativo in quelle particolari materie potesse decidere «anche in merito» con evidente intento di qualificare come aggiuntiva ed eccezionale la competenza di merito¹⁷, e per la conseguente impossibilità di ricorrere a forme di interpretazione analogica¹⁸.

Sotto il profilo storico, invece, la giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato che, come si è accennato, era sicuramente una giurisdizione «di merito», e che tale era ben prima che il legislatore facesse impiego dell'arcana formula

¹⁷ Sul punto la dottrina è unanime nel ritenere che la competenza di merito della giurisdizione amministrativa sia contraddistinta dai seguenti due caratteri: essa è eccezionale: non può esercitarsi se non per le materie tassativamente stabilite dalla legge; essa è, poi, aggiuntiva: si aggiunge a quella di legittimità, dovendo, in conformità ai principi generali, il sindacato di legittimità precedere quello di merito. ciò è confermato dal fatto che il legislatore, nel prevedere le materie di competenza di merito stabilisce che il giudice decide, «pronunciando *anche* in merito» (per tutti si veda P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 173; ma già L. MORTARA, *Op. ult. cit.*, vol. I, p. 518).

¹⁸ È noto che i casi nei quali può trovare applicazione il giudizio «anche in merito» non possono essere in alcun modo estesi dall'interprete (sul punto G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1972, p. 43 e ss., ora in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 216 e p. 220).

«anche in merito»¹⁹, rimaneva tutta costruita sull'idea di un pieno accesso al fatto come elemento unificante e caratterizzante.

Storicamente le materie attribuite alla giurisdizione piena del Consiglio di Stato, senza alcuna discriminazione di situazioni giuridiche soggettive, si prestavano ad un giudizio che si estendeva naturalmente ad una percezione del fatto in rapporto alle norme giuridiche da applicare. Il giudizio di merito come giudizio di opportunità amministrativa costituiva un aspetto residuale e non sempre ricorrente, anche se mai sottovalutato, specie dalla dottrina. Passare in rassegna la giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine alle controversie rientranti nella giurisdizione propria antecedente alla legge n. 5992 del 1889 è molto interessante, tale esame infatti mette in rilievo come in talune di queste materie il giudizio di merito sia stato in realtà esclusivamente un giudizio sui fatti ovvero sull'applicazione della legge ai fatti, dove peraltro era implicata una conoscenza sui fatti e non una valutazione di opportunità del provvedimento²⁰. Fra le varie ipotesi di giudizio «anche in merito», infatti, il legislatore dell'epoca ne aveva indicate alcune nelle quali non era neppure astrattamente ipotizzabile un qualche cameo riservato a valutazioni di merito²¹.

Nonostante ciò, come si accennava, il profilo del giudizio di opportunità ha impressionato la dottrina²² molto di più che non la concezione del giudizio

¹⁹ Formula che, come ormai noto, è stata introdotta soltanto dal legislatore del 1889. Si è già ricordato, del resto, il pensiero di L. MORTARA, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale*, cit.; ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 515, il quale, dopo aver stabilito l'equivalenza tra giurisdizione propria riconosciuta al Consiglio di Stato nella legge organica del 1865 all'art. 10 e la giurisdizione piena, come «negazione di potere giurisdizionale dei tributi ordinari su quelle stesse materie», rilevò che la frase «decide pronunciando anche in merito» espressa nell'art. 4 della legge del 1889 fu una variante pienamente terminologica rispetto alla frase «esercita, giurisdizione propria» contenuta nell'art. 10 della legge organica del 1865 e non ne volle perciò mutare il senso.

²⁰ Sul punto P. G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 70 ss.

²¹ E qui «giudizio anche in merito» non può che avere invece un significato diverso da quello prima accennato. A proposito di tali controversie si è detto che occorre piuttosto parlare di un giudizio di fatto da parte del giudice amministrativo (M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *(voce) Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970 p. 261 ss.). Opinione diversa ha invece G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 222 s., secondo cui i fatti, in quanto posti a fondamento dell'atto amministrativo, non sfuggono al vaglio del giudice amministrativo neppure in sede di mera legittimità.

²² Nonostante l'importante voce discorde, quella di L. MORTARA, *Nuove considerazioni*, cit., fasc. 15, il quale, dopo aver stabilito l'equivalenza tra giurisdizione propria riconosciuta al Consiglio di Stato nella legge organica del 1865, all'art. 10, e la giurisdizione piena come (negazione di potere, giurisdizionale dei tribunali ordinari sulle stesse materie) rilevò che la frase (decide pronunciando anche in merito) espressa nell'art. 4 della legge n. 5992, fu una variante puramente terminologica rispetto alla frase «esercita giurisdizione propria» contenuta nell'art. 10 della legge n. 2248, All. E non ne volle perciò mutare il senso.

di merito come giudizio sul fatto. Forse perché il primo impulso, naturale e spontaneo, è quello di fare ricorso al significato che il vocabolo «merito» ha nel diritto amministrativo sostanziale, che porta a ritenere che il giudice può procedere anche ad acclarare la opportunità, la convenienza, la utilità, la equità dell'attività amministrativa²³.

E' così che la giurisdizione di merito come cognizione tendenzialmente piena dei fatti è diventata cognizione di opportunità amministrativa. La ragione più profonda di quanto accaduto è probabilmente da ricercarsi nella circostanza che, anche sulla giurisdizione di merito operò il diaframma costituito dalla separazione degli interessi dai diritti, che fu il prodotto della legislazione del 1865. Come è stato autorevolmente sostenuto²⁴, non si dà infatti conoscenza dei fatti se questa conoscenza non si ambienta, per così dire, in una cognizione più vasta concernente appunto il rapporto intersoggettivo. Rapporto vuole dire diritto soggettivo: l'interesse legittimo implicava solo indirettamente il rapporto nel momento in cui si contrapponeva al diritto soggettivo; e, poiché tutela dell'interesse legittimo ha voluto dire, sin dall'inizio tutela diretta contro il provvedimento amministrativo, ecco che una conoscenza del fatto rapportata al procedimento stesso in relazione ai compiti dell'Amministrazione. In questo quadro, non poteva realizzarsi una cognizione dei fatti che non venisse immediatamente riassorbita in una valutazione di opportunità.

Quindi il profilo del giudizio di opportunità, come quello che meglio si adatta alla logica del nuovo ricorso al Consiglio di Stato ha lasciato il segno in dottrina molto più di quello del giudizio di merito come giudizio sul fatto. Si definiva la facoltà di decidere anche in merito come quella che non si limita solo all'esame della legittimità del provvedimento, ma comprende anche la valutazione della opportunità di esso, in antitesi con la competenza di annullamento che può soltanto mantenere o porre nel nulla l'atto a seconda che fu o non fu violata la legge²⁵. Tesi pienamente accolta dalla Cassazione romana in due deci-

²³ Così, ad esempio, G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 218, ed in termini analoghi a p. 221.

²⁴ Così F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit., p. 608.

²⁵ Il concetto già messo in luce da L. MEUCCI (ID, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. Amm.*, 1891, p. 5 e ss.) era stato più ampiamente illustrato da R. PORRINI, *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, 1891, p. 510 ss., il quale aveva scritto che «se al contrario è concessa la decisione in merito e l'interessato fa la sua istanza in questo senso, il giudizio cessa di essere prettamente giuridico e si fonda sopra criteri di amministrativa opportunità».

sioni intervenute a breve distanza l'una dall'altra in quegli anni²⁶, anche se non mancò un'importante voce discorde²⁷.

Peraltro, la tesi che ciascuna Sezione del Consiglio di Stato fosse una giurisdizione speciale contribuì ad accentrare la differenza fra giudizio di legittimità e quello di merito. Da «decide pronunciando anche in merito», secondo la formula del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, nel quale era insita l'unità della giurisdizione, si passava, tramite la (ritenuta) duplicità soggettiva delle giurisdizioni, ad isolare obiettivamente un criterio di giudizio e si caratterizzava la Quinta Sezione come giurisdizione sull'opportunità amministrativa²⁸. La pronuncia in merito diventava la conseguenza di una cognizione estesa al merito, che secondo la dottrina tradizionale, a convenienza, opportunità, cioè equità amministrativa. L'ultimo concetto sembra diverso dagli altri due, ma il problema di conciliare la giurisdizione, che è specificazione di una regola, criterio di giudizio, con valutazioni di convenienza ed opportunità che sembrano formulabili caso per caso. Anche il «merito» in questo significato è riferito, non diversamente dalla legittimità all'atto amministrativo, che, in quanto inopportuno può essere revocato o modificato²⁹.

L'accentuazione di tale profilo, comunque, portava a dubitare della natura giurisdizionale dell'attività del giudice amministrativo³⁰. Sono state così for-

²⁶ Così Cass., Roma, S.U., 16 marzo 1896, in *Giust. amm.*, 1896, III, p. 53 e 11 luglio 1898 in *La legge*, 1898, II, p. 505 ss.

²⁷ Quella di L. MORTARA (ID, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramento e trasformazione di opere pie*, cit., n. 16 e *Commentario*, cit., vol. I, p. 515), il quale, riteneva che il carattere di giurisdizione piena implicava nel Consiglio di Stato un potestà di decidere un contrasto giuridico in sostituzione del giudice ordinario; donde tra l'altro, l'evidenza della tendenziale esclusività della giurisdizione di merito e del logico superamento da essa rappresentato, della distinzione tra diritto ed interessi propugnata ed affermata nel 1865. La giurisdizione di merito era invero, per naturale disposizione, volta a trasformarsi in giurisdizione esclusiva: a questo traguardo portava anche l'applicazione del principio di enunciazione, che conteneva in se stessa questa propensione all'esclusività delle competenze giurisdizionali attribuite al giudice. Ciò è tanto vero che, quando si istituì la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, a questa dettero corpo alcune delle materie che rientravano per l'addietto nella giurisdizione di merito: quella tra tali materie rispetto a cui si era manifestata in modo impellente la logica della esclusività della competenza del giudice.

²⁸ Così E. CANNADA BARTOLI, (*voce*) *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 548.

²⁹ Così ancora E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia*, cit., p. 548.

³⁰ Una chiara enunciazione della tesi che la Quinta Sezione sia giudice da un punto di vista esclusivamente formale ma, sostanzialmente, faccia puro ufficio di amministratore, è del Serena, che primo presiedette la Quinta Sezione, e la svolse proprio nel discorso inaugurale (in *Giust. amm.*, 1907, IV, p. 136). In passato la dottrina ha vivacemente dibattuto se, con riguardo al giudizio di merito, si debba parlare di una vera attività giurisdizionale o non, piuttosto, di attività amministrativa che riveste le forme della giurisdizione. Si veda ad esempio E. CASETTA,

multate diverse proposte di inquadramento teorico tendenti ad attenuare, o addirittura a negare, la natura giurisdizionale del sindacato «anche in merito»: si è parlato di attività giurisdizionale solo in senso formale³¹, di giurisdizione mista a legislazione³², di giurisdizione mista ad attività amministrativa³³.

Come è stato autorevolmente rilevato, però, il nucleo centrale della disputa è stato da tempo superato e la dottrina dominante tende ormai a dislocare diversamente i termini del discorso: l'equivoco che vizia l'impostazione tradizionale del problema risiede nella pretesa di spostare -attraverso le più diverse categorizzazioni dei profili funzionali dell'attività- l'ordine formale delle qualificazioni che (sole) individuano la struttura (e la funzione) del provvedimento

Attività e atto amministrativo, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 326 ss. Più di recente G. B. GARRONE, *Giurisdizione*, cit., p. 373 e p. 374 e s.

³¹ Per G. ZANOBINI (ID, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 254) la decisione del giudice di merito ha bensì la forma di una sentenza, ma il suo contenuto è pur sempre un provvedimento amministrativo. Come si vedrà, però oggi prevale la tesi secondo cui la giurisdizione di merito è vera e propria giurisdizione, e non già attività amministrativa che ha forma della giurisdizione, così M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1960, p. 185 s.).

³² Si è considerata quali legislativa l'attività del giudice amministrativo di merito, quando egli si dedica a codificare – attraverso principi o regole non giuridiche – il precetto giuridico individuale per applicarlo al caso concreto (così O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 16 e p. 407). Sono note le obiezioni con cui è stato possibile ribattere a queste costruzioni della dottrina (si veda, ad esempio, G. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 69 ss.).

³³ La natura delle competenze generali della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, della competenza di merito, è giurisdizionale o amministrativo – contenziosa a seconda che sia esclusiva o concorrente con quella del giudice ordinario (così V.E. ORLANDO, *La giustizia*, cit., p. 818 ss. e, in senso sostanzialmente analogo, F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, Utet, 1934, vol. II, p. 426 e, più di recente, G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 266.).

Anche per A. SALANDRA (ID, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Utet, 1904, p. 758) errerebbe gravemente chi ritenesse che la natura del giudizio di merito, per tutti i casi in cui è ammesso, sia unica ed organica, perché, invece, i casi stessi si possono raggruppare in due categorie di natura e carattere perfettamente opposti a seconda che riguardino: 1) controversie di diritto vertente fra la pubblica Amministrazione e gli individui; 2) richiesta di revoca o riforma di provvedimenti amministrativi lesivi di interessi (...). In entrambi i casi, l'ufficio del giudice, rispetto alle controversie stesse, niuna esclusa, consiste nell'esercitare una piena giurisdizione, in virtù della quale la sua decisione sostituisca quella delle parti contendenti. Ciò non toglie che, in forma contenziosa, tale giudice espliciti attività amministrativa (*Ibid.*, p. 799).

Ma si ricordino anche A. DE VALLES (ID, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 96), F. ROVELLI (ID, *Sul carattere della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, p. 244) e C. VITTA (ID, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, p. 265) i quali opinano che il giudice di merito espliciti un'attività mista: giurisdizionale e legislativa. Questa tesi aveva condiviso, in un primo tempo, anche O. RANELLETTI (ID, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, L. Pierro, 1912, p. 256), mutando poi opinione. Anche C. VITTA, nella seconda edizione del suo *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1937, p. 478 e p. 600, cambia opinione e protende per la tesi secondo cui il giudice di merito esplica, in forma contenziosa, attività amministrativa.

decisorio³⁴. In realtà, l'ordinamento (art. 2908 cod. civ.) prevede che la tutela giurisdizionale delle situazioni protette richieda, per la sua attuazione, un'attività volta cioè a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetto fra le parti. La teoria degli atti giurisdizionali offre, d'altro canto, più di un tipo idoneo a classificare la sentenza amministrativa di riforma dell'atto sottoposto alla giurisdizione di merito. Sotto questo profilo, pertanto non si vede quali ostacoli si oppongano a considerare l'attività con cui il giudice disciplina - attraverso una propria pronuncia - il rapporto dedotto in giudizio come un'attività formalmente e stanzialmente giurisdizionale³⁵.

3. Dalla decadenza della giurisdizione propria «sul merito» al Codice del processo amministrativo.

Alla base dello scarso rilievo che viene oggi riconosciuto alla giurisdizione di merito, come si è acutamente rilevato³⁶, c'è l'idea, la sensazione, che nel

³⁴ Così M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione*, cit., p. 261 (e già M. S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., p. 168 e ss.). In senso analogo R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 262, che ricorda come la più recente dottrina si è venuta in prevalenza convincendo che in sede di competenza di merito il Consiglio di Stato svolge attività sotto ogni punto di vista giurisdizionale (L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, p. 186; G. SALEMI, *Il concetto di parte e la pubblica Amministrazione nel processo civile penale e amministrativo* Roma, Atheneum, 1916, p. 192; G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, vol. III, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1932, p. 181 ss.; A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 113; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, vol. XXII, 1948, p. 308 ss. in parte ripubblicati in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1992, p. 267 e ss.; C. GESSA, *Profili e problemi di giustizia amministrativa nella prospettiva di integrazione e riforma dell'ordinamento vigente in Foro amm.*, 1968, III, p. 77 ss.; F. BASSI, *La norma interna (lineamenti di una teoria)*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 392) osservando esattamente che tale competenza è posta dal legislatore sullo stesso piano del giudizio di legittimità, in quanto svolta da un organo sopraordinato ed imparziale, ad istanza di parte, nell'ambito ed in funzione dell'ordinamento generale (A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Morano, 1963, p. 108; R. LUCIFREDI, *In tema di giurisdizione di merito*, in *Annali dell'Università degli Studi di Perugia*, 1940, p. 5 ss., G. MIELE, *Il Consiglio di Stato come giudice d'appello*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. II, p. 361 e s.; M. NIGRO, *La giurisdizione*, cit., p. 59; E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 185 e s. Del resto, né la sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa, né il ricorso a criteri di buona amministrazione offrono argomenti in contrario (assai risalenti sono le tesi che vedono in tale attività un'attività amministrativa, o quantomeno mista, cioè giurisdizionale nella fase dell'annullamento e amministrativa in quella della sostituzione: V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 84); infatti, la struttura funzionale del procedimento decisorio non è in grado di influire sulla natura né tantomeno costringe a trasferirlo nel campo degli atti amministrativi.

³⁵ Così M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione*, cit., p. 261 ed anche F. BENVENUTI, (*voce*) *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 322 e s.

³⁶ Così U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 513 e ss.

nostro ordinamento i casi di giurisdizione di merito rappresentino essenzialmente un residuo storico e qualcosa di sostanzialmente anomalo rispetto ai connotati propri di una funzione giurisdizionale modernamente intesa. A provocare siffatta sensazione non sono certo state le norme positive ma, semmai, la ricostruzione che di esse ha prospettato la dottrina prima e la giurisprudenza poi. Si è ripetutamente affermato, infatti, che nel diritto amministrativo la giurisdizione di merito si estende all'indagine sull'utilità, sull'opportunità, sulla convenienza e sull'equità stessa dell'atto amministrativo su cui si controverte, sicché il giudice di merito deve esaminare se l'Autorità ha agito utilmente. E analogamente, per quanto attiene ai poteri decisori, si è ripetuto che il giudice di merito può non soltanto annullare l'atto impugnato, ma può anche riformarlo, ovvero può addirittura sostituirsi all'Autorità amministrativa. L'aver posto l'accento su questi aspetti ha indotto una considerevole parte degli Autori a ritenere, come appena ricordato, che nella giurisdizione amministrativa di merito si dovesse ravvisare, in tutto o in parte l'esercizio di una funzione sostanzialmente amministrativa.

Il dubbio sollevato circa la natura giurisdizionale della giurisdizione di merito, fugato a livello di elaborazione scientifica, è rimasto -per così dire- a livello psicologico, anche perché sostenuto ed alimentato dal mito di quei principi che sembrano patrimonio ormai acquisito ed irrinunciabile dello Stato moderno: il principio della separazione dei poteri. Certo, lo Stato moderno era anche, e prima di ogni altra cosa, Stato di diritto, onde era suo dovere assicurare anzitutto protezione e tutela alle situazioni giuridiche individuali, nei confronti dei possibili arbitri del potere esecutivo. Ma il convincimento comune era che questo compito fosse sia adempiuto con la realizzazione di un controllo di giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi, sotto il triplice ed ormai noto profilo della incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere³⁷.

Da qui è nata la tendenza dei giudici ad ammettere il giudizio di merito sempre più restrittivamente e la riluttanza con cui il giudice di merito, quando accoglie il ricorso e annulla l'atto impugnato, riforma lui stesso il provvedimento, in quanto si preferisce di solito rimettere l'affare all'autorità amministrativa competente trincerandosi dietro la motivazione che il potere di sostituzione gli compete soltanto nel caso dell'emissione di un atto amministrativo interamente vincolato. Da qui anche l'attribuzione del carattere di eccezionalità e di «aggiuntività» ed i ventilati dubbi di legittimità costituzionale della giurisdizione «anche

³⁷ Così ancora U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive*, cit.

in merito» di quest'ultima rispetto alla giurisdizione di legittimità.

Tali conclusioni sembrerebbero in apparenza confermate anche dalle previsioni del Codice del processo amministrativo che nel riordinare (e nello sfrondare) le vecchie competenze della giurisdizione «propria» e di merito le ha ricondotte al limitatissimo novero di cui all'art. 134³⁸.

Questa riduzione nel numero delle attribuzioni, peraltro in via di ampliamento sin dalle prime modifiche correttive al Codice, non ha inteso segnare il tramonto della giurisdizione «di merito» ed anzi forse segna una inversione di rotta ed in definitiva il superamento di un antico equivoco.

In alcuni casi tassativamente indicati dalla legge, è ben possibile che oltre ad assicurare la giusta tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, il giudice si faccia aggiuntivamente carico della cura dell'interesse pubblico. Ed è questo a mio avviso il tratto caratterizzante e la ragione della persistente attualità della giurisdizione di merito. In essa, infatti, accanto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive tipica di ogni processo si aggiunge una funzione (una funzione aggiuntiva, in ossequio all'*anche in merito*) e del tutto eccezionale: la cura dell'interesse pubblico a mezzo del processo ed in sostituzione dell'Amministrazione.

Non devono però ingenerarsi equivoci. Non si parla in questo caso di una cura del pubblico interesse che possa assimilarsi a quella che, nell'ambito della propria discrezionalità, spetta all'Amministrazione. Si tratta di peculiari ipotesi in cui il legislatore ravvisa la necessità di una contestualità tra la decisione che tutela le situazioni di interesse legittimo dei privati (e ne ripara la lesione) e la conseguente coerente conformazione dell'assetto degli interessi pubblici; ciò al fine di assicurare immediatezza e coerenza tra la tutela assicurata dal giudice alle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico. Tratto, quest'ultimo, che è tipico della principale figura della giurisdizione di merito: il giudizio di ottemperanza.

Si potrebbe eccepire che tale conclusione non farebbe altro che riportare la giurisdizione di merito nel recinto del giudizio di opportunità, ricostruzione quest'ultima che nelle pagine che precedono si è ampiamente criticata.

³⁸ Come è noto, l'art. 134 c.p.a. prevede che: «1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito (*soltanto*) nelle controversie aventi ad oggetto: a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all'articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161».

A ben vedere, però, così non è. Questo tipo di cognizione aggiuntiva non ha nulla a che vedere con le valutazioni di opportunità o di merito amministrativo; il giudice di merito, infatti, non opera scelte discrezionali, né effettua ponderazioni di interessi che siano alternative o comunque distoniche da quelle effettuate dalla pubblica Amministrazione. Il giudizio di merito in sostanza non comporta (né consente) una totale rinnovazione della scelta discrezionale dell'Amministrazione ma si pone come appendice –non necessaria, ma eccezionale appunto– della decisione sulla domanda di giustizia del ricorrente nella esatta determinazione della «misura» di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi pubblici frutto delle ponderazioni discrezionali dell'Amministrazione.

In questo senso, il tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito (che ancora ne giustifica la distinzione rispetto alla giurisdizione generale) è proprio questa idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico. Il giudice amministrativo, in sostanza opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato.

E tale persistente attualità sembra confermata dal fatto che il legislatore stia di recente disegnando nuove figure di giurisdizione di merito. È noto, infatti, come l'art. 44 della Legge comunitaria 7 luglio 2008 n. 88, nel recepire la direttiva «Ricorsi» 2007/66/CE, abbia previsto che sia riservata al «giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato»; e questo, provvedendo a includere il contenzioso contrattuale della P.A. «nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito».

Se è vero infatti che apparentemente il Codice ha proceduto ad una razionalizzazione e ad una profonda riduzione delle attribuzioni giurisdizionali «anche in merito», nella importantissima materia delle controversie sull'aggiudi-

cazione dei contratti pubblici prevede, da un lato (art. 122 C.p.a.), che «il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, *tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti*, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta». Dall'altro lato, il successivo art. 125 C.p.a. prevede che «se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato», mentre «la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile».

Quella appena citata è un'ipotesi davvero importante, che dimostra come la giurisdizione di merito sia ancora pienamente attuale, e si giustifichi proprio in quei casi in cui eccezionalmente si rende necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni di interesse legittimo dei privati e la tutela delle ragioni dell'interesse pubblico.

Analoghe osservazioni possono replicarsi in ordine alla legge 4 marzo 2009, n. 15, con cui il Parlamento italiano ha disposto una «delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti».

Orbene, l'art. 4, co. 2, lett. 1, n. 2, di tale legge consente «a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, fatte salve le competenze degli organismi con funzioni di regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori, se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori»; e devolve «il giudizio alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo».

All'atto del recepimento queste conclusioni non sembrano smentite né dalle posizioni espresse in sede consultiva dal Consiglio di Stato, né dal tenore

letterale del decreto legislativo n. 198 del 2009³⁹. Pur se la lettura della Sezione consultiva sugli atti normativi tende a ricondurre l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni nel novero della giurisdizione esclusiva⁴⁰ ed in tal senso opera la lettera del decreto legislativo⁴¹, ciò in realtà non esclude che la cognizione del giudice amministrativo non possa qualificarsi come estesa al merito. E ciò si dice in ragione della peculiarità dell'accertamento giurisdizionale.

Come è reso chiaro sin dall'art. 1, «al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150».

Non si può non riconoscere come tale valutazione comporti valutazioni di merito, soprattutto se, come precisa il comma 1 *bis* dell'art. 1, «nel giudizio di sussistenza della lesione di cui al comma 1 il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intime».

È lungo questo binario che la giurisdizione «propria» del Consiglio di

³⁹ Il d.lgs. 20 dicembre 2009 n. 198, recante l' *Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 31 dicembre 2009, n. 303.

⁴⁰ Il riferimento è a Cons. St., Sezione atti normativi, Adunanza del 9 giugno 2009, n. 1943/09.

⁴¹ Così l'art. 1, comma 7, secondo cui «il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio».

Stato, grazie a questa sua capacità di conformare la misura di tutela delle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico, sembra ritrovare vigore oggi.

4. Qualche considerazione conclusiva «sulla giurisdizione propria» oggi.

L'attenzione al tema che si affronta, è stata sollecitata da un'occasione congressuale, in occasione della quale alla ricostruzione sopra riportata, frutto in realtà di antichi studi⁴², si sono aggiunte considerazioni critiche sull'attualità.

Non si può infatti non evidenziare come la portata delle recenti riforme in questa materia non possa ignorare la percezione che la stessa giurisdizione, o meglio il Corpo vivo della magistratura, ha rispetto al suo ruolo il giudice di piena giurisdizione sui provvedimenti amministrativi.

Il tema che si pone è come la giurisdizione intende ed effettivamente esercita il controllo giurisdizionale, se lo esercita in modo penetrante come auspicato da più parti o invece in modo diverso o molto più contenuto di quanto auspichi autorevole dottrina: è questo il problema ed è un problema molto significativo un problema rispetto al quale le posizioni e i rimedi che la giurisprudenza delle Corti sovranazionali a cominciare dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo poco possono contribuire a chiarire.

Non vi è dubbio che la giurisprudenza delle Corti Europee offra un ancoraggio significativo, lo si è inteso anche dalla bellissima lezione del presidente Raimondi che apre questa sezione monografica della Rivista; ma sicuramente quel tipo di ancoraggio è il minimo di garanzie assicurabili al sindacato dei Giudici perché l'intervento della Corte si limita inevitabilmente a una esigenza minima di garanzia comune in relazione ai diritti fondamentali dell'uomo.

Qui invece il problema nella quotidianità della nostra esistenza e del controllo giurisdizionale su tutta l'attività che in qualche modo è mediata dall'esercizio di pubblici poteri di diversi livelli di governo è chiaramente un problema non necessariamente connesso o correlato alla tutela di diritti fondamentali e quindi non necessariamente e sufficientemente tutelato da quelle garanzie di tipo procedimentale e di tipo giurisdizionale che l'ordinamento europeo convenzionale può assicurare al singolo.

Gli ordinamenti sovranazionali hanno sicuramente costituito un motore di sviluppo della maturata coscienza da parte delle giurisdizioni nazionali e di apertura verso la piena giurisdizione, questo è sicuramente vero soprattutto per

⁴² Il riferimento è ad A. POLICE, *La giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al C.p.a.*, nel volume collettaneo *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, Zanichelli, 2011, p. 77 ss.

tutta quella attività amministrativa di carattere afflittivo se non solo sanzionatorio che fruisce in modo massiccio dei benefici della giurisprudenza delle Corti europee. Ma per tutto il resto quello che è attività amministrativa d'ordine o di prestazione in cui il soddisfacimento parziale (o insufficiente) o il mancato soddisfacimento di pretese del bene della vita (o di beni della vita o di prestazioni pubbliche o di garanzie d'ordine) viene negato, si ha ragione di credere che rispetto ad esse il perimetro la cornice di sistema delle garanzie del diritto convenzionale europeo non è in grado di rimuovere il problema,

Il problema è altrove e, ad avviso di chi scrive va rinvenuto in quella percezione del limite, del confine, dell'argine al proprio sindacato ed al proprio controllo giurisdizionale che ogni giudice sente immanente nell'esercizio della sua missione professionale. Né questo problema si supera auspicando la unificazione delle giurisdizioni, vera mitologia giuridica⁴³.

Non si crede che ci sia un giudice più valente dell'altro, una giurisdizione più coraggioso dell'altro nell'affrontare sindacare il merito, si crede anzi che proprio il passaggio dall'uno all'altro giudice (o giurisdizione, si pensi di recente alla giurisdizione sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia⁴⁴), dimostri il contrario e segnali la indisponibilità delle Corti d'Appello (come già, se non ancor più dei, Tribunali amministrativi) quanto all'esercitare un sindacato pieno (questo si ancorato i principi del diritto europeo perché di sanzioni si tratta). Questi mutamenti della giurisdizione anno dimostrato come la disponibilità dei giudici (ordinari o amministrativi) in materia sia stata molto simile, sempre caratterizzata da un *self-restraint* molto forte.

È questo allora il problema e lo è, dove le garanzie del diritto europeo le norme che attribuiscono giurisdizione piena non ci sono e quindi il sindacato di legittimità costituisce argine giustificazione o se si vuole in qualche modo un paravento alla esigenza di necessario e (e doveroso) approfondimento del fatto per un sindacato pieno da parte del giudice. Si badi, questo problema ce lo portiamo indietro da molto tempo ed è per questa ragione che si è pensato ad un intervento di taglio storico per l'occasione congressuale che ha occasionato questo scritto. Se guardiamo all'ordinamento italiano proprio con le leggi di

⁴³ Sia consentito sul punto il rinvio ad A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione Giustizia*, n.3/2015, p. 136 ss. ed in *Aperta Contrada, Riflessioni su società, diritto, economia* www.apertacontrada.it (ottobre 2015). Poi a stampa nel volume a cura di P.L. Portaluri, *L'Amministrazione pubblica, i Cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 171 ss.

⁴⁴ Sia consentito sul punto il rinvio ad A. POLICE ed A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della CONSOB ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. it.*, 2013, p. 684 ss.

unificazione del 1865 il problema sorge nel nostro ordinamento giuridico di Stato nazionale ovviamente sorge da molto prima se si volesse andare indietro all'esperienza degli ordinamenti preunitari.

Di ciò si è ampiamente detto nelle pagine che precedono. Qui nel concludere questo approfondimento non pare si possa tacere come tutti i momenti evolutivi che hanno caratterizzato la nostra Giustizia amministrativa da allora, passaggi sicuramente importanti sicuramente volti a spostare le frontiere del sindacato non hanno in modo significativo trasformato quello che era un giudizio di legittimità in un giudizio di merito, inteso come giudizio sul fatto, nell'accezione molto bella del libro di Biagio Gilierti e nella ricostruzione assai profonda di Filippo D'Angelo⁴⁵.

Questa trasformazione ad avviso di chi scrive non vi è stata o quantomeno non può dirsi compiuta; e non si è prodotto questo effetto per una ragione di tipo culturale e cioè l'ipoteca della formazione tradizionale degli studiosi e soprattutto dei magistrati amministrativi italiani, una formazione che ricostruisce ancora il sindacato giudiziario in una prospettiva molto lontana dalle intuizioni felici e coraggiose di Giuseppe Abbamonte, che nella sua Città sovengono ancor più vivaci e vibranti, come se il professore Abbamonte fosse ancora qui con il suo ironico sorriso. Un sorriso che si accompagna a quello per noi sempre vivo di Franco Pugliese, due persone lungimiranti ottimiste, quali cittadini ancor prima che come giuristi saldamente ancorati ai valori costituzionali, in una visione nuova che in nessun modo era sposata e condivisa dai Giuristi più tradizionali.

Ovviamente qualcosa si è mosso da allora e del resto non si immagina nulla di immutabile e così staticamente negativo nelle cose umane, ma il movimento ed il rinnovamento è stato un movimento assai vischioso, lento e prudente, tendente a ribadire l'impossibilità di una conoscenza piena dei fatti sottesi al sindacato della discrezionalità. Una prova di quanto si dice sono l'esito dei lavori della Commissione tecnica che ha coadiuvato il Governo per la predisposizione del Codice del processo amministrativo pochi anni orsono.

Non si è riuscito in quell'occasione a scardinare in modo significativo questa resistenza e si dubita che ad otto anni di distanza la propensione verso la giurisdizione piena sia aumentata in maniera significativa.

E non si vuole fare una valutazione sconcertante, né vestire le vesti del pessimista di professione. Ma certo la nostra consapevolezza del quanto non si

⁴⁵ Il riferimento è ai novelli Dioscuri della giurisdizione piena: B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013 e F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

riesca a fare costituisca una ricchezza, solo la consapevolezza dei limiti dell'esistente consente di poter costruire una prospettiva di piena giurisdizione.

E va certo riconosciuto che oggi la consapevolezza culturale è molto mutata. Tuttavia si crede che il vero motore della pienezza di giurisdizione non possano che essere gli stessi cittadini e le imprese che agiscono per la tutela giurisdizionale; sempre che la battaglia per la pienezza della giurisdizione la si svolga non limitandosi all'egoistico obiettivo di conseguire il risultato ma anche generando consenso rispetto all'effetto di una giurisdizione piena; è evidente che i comportamenti opportunistici delle difese delle parti in giudizio sono inevitabili e sono il motore tipico delle relazioni processuali (come delle relazioni economiche, e umane in genere) ma è evidente altresì che il sostegno a una giurisdizione piena che venga dall'individuo costituisce l'unica possibile fonte di legittimazione per il giudice che quella giurisdizione esercita confrontandosi con il potere pubblico.

Una giurisdizione piena non potrà mai poter essere attesa dall'alto, essa è frutto di quotidiane conquiste dal basso nella realtà viva dell'agone processuale. E del resto quando i giudici hanno esercitato con pienezza il loro mestiere lo hanno fatto sempre sulla scorta di una profonda legittimazione democratica. Questo forse un po' è mancato alla giustizia amministrativa, in parte per incapacità di apprestare una efficiente comunicazione istituzionale, in parte (ed in positivo) perché la giustizia amministrativa non ha mai strumentalizzato i propri poteri per guadagnare consensi.

FRANCESCO ROTA

Professore associato di Diritto Amministrativo

Dipartimento DEMM dell'Università degli Studi del Sannio di Benevento

franrota@unisannio.it

FULL JURISDICTION E DIRITTO DI POLIZIA

FULL JURISDICTION AND POLICE LAW

SINTESI

Il presente studio analizza le peculiarità delle finalità del controllo di cd. “full jurisdiction” nel diritto di polizia, ponendo in evidenza i limiti previsti dall’ordinamento europeo al ricorso della *full jurisdiction* e i limiti intrinsecamente connessi allo stesso diritto di polizia. Viene così affrontato il tema del rapporto tra *full jurisdiction*, discrezionalità e politicità della decisione comportanti scelte e quello del rilievo del ricorso al segreto, della limitata partecipazione e del ricorso ai concetti giuridici vaghi o indeterminati nel diritto di polizia (che, nella prospettiva della Cedu, non vengono considerati come idonei a limitare il controllo di *full jurisdiction*, anche in considerazione del fatto che l’attenzione generale alla politicità della scelta da parte della Cedu non sembra implicare un autonomo rilievo della sicurezza nazionale, come elemento che consenta di attenuare il contenuto o l’applicabilità del controllo giurisdizionale di *full jurisdiction*). Allo stesso tempo si evidenzia come il rispetto di alcuni standard procedurali può contribuire a frustrare l’efficacia dell’azione amministrativa in alcuni casi (ad esempio la condivisione di informazioni concernenti modalità di indagine o tecniche di intelligence), quando sono in gioco dinamiche di sicurezza: una giurisdizione piena rispetto ad un potere che è conformativo potrebbe svuotare il contenuto della supremazia di quel potere ed essere incompatibile con la discrezionalità/politicità di alcune decisioni proprie del diritto di polizia. Lo studio, infine, affronta il problema di un’eventuale continuità tra procedimento e processo nel diritto di polizia.

ABSTRACT

The essay focuses on the peculiarities of the purposes of the judicial control in the so-called “full jurisdiction” in the police law, by highlighting the limits of such control as imposed by the European legal system and the ones inherent in the same police law. General concepts as *full jurisdiction*, discretionary power and political choices are examined and compared with some specific notions of the police law such as the secrecy of the police investigations and actions, the limits to the citizens participation in the administrative proceedings and the recourse to vague and indeterminate legal concepts (all notions that, according to the ECHR case law, are not deemed as limiting the *full jurisdiction* control, also

considering that even the needs of the national security are not considered suitable to justify restrictions to the fullness of the judicial control in *full jurisdiction*). It cannot be however undervalued that the compliance with certain procedural standards, arising from the ECHR case law, can in some cases frustrate the effectiveness of police action (*e.g.* by sharing information concerning investigation methods or intelligence techniques in national security matters): the recourse to a *full jurisdiction* control on administrative police powers could make them devoid of any supremacy and turn out to be incompatible with the discretionary / political nature of many decisions in police law. In this perspective, the essay deals with the topic of conditions and limits of the continuity between proceeding and the process in police law.

PAROLE CHIAVE: *Full jurisdiction*, diritto di polizia, discrezionalità, procedimento, processo.

KEYWORDS: Full Jurisdiction, police law, administrative discretion, procedure, process.

INDICE: 1. Premessa – 2. *Full jurisdiction*, diritto amministrativo e diritto di polizia – 3. La politicità della decisione – 4. Concetti giuridici indeterminati nel diritto di polizia – 5. Penetratività del controllo e tutela del cittadino.

1. Premessa.

Il diritto di polizia richiama immediatamente alla mente una delle funzioni più intimamente connesse al potere e alle fondamentali esigenze di sicurezza e impatta, da un lato, sull'autoritatività, l'imperatività, il potere di governo e forse l'essenza della supremazia e, dall'altro, con le garanzie costituzionali alle libertà.

La Costituzione vede nella sicurezza il potenziale presupposto di limitazione delle libertà costituzionalmente garantite ma, poiché la prospettiva costituzionale è incentrata sulla centralità della tutela della persona, grande attenzione è riservata ai temi dell'esercizio del potere, delle garanzie nei confronti dell'esercizio del potere e della sindacabilità degli atti¹.

La prospettiva costituzionale trova peraltro oggi ulteriore sviluppo nella progressiva affermazione a livello sovranazionale di modelli che seguono lo “*Human rights-based approach*”.

¹ S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. Amm.*, 2006, 747, il quale afferma che «la sicurezza pubblica è presa in considerazione, nella Costituzione del 1948, come finalità che consente limitazioni di libertà» seppur specificando poco dopo che «siffatta configurazione, la quale certamente coglie un aspetto assolutamente inconfutabile, connaturato alla nozione, abbia carattere esauritivo». Per una ricostruzione del rapporto tra ordine pubblico e sicurezza sia consentito il rinvio a F. ROTA, *Sicurezza, ordine pubblico e polizie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

Qualora si ritenesse possibile l'affermazione di ipotesi o strumenti di controllo sull'esercizio dei poteri di polizia diversi da quelli già in uso bisognerebbe verificarne attentamente gli effetti e le ricadute. La tipologia di diritti coinvolti quando intervengono poteri di polizia richiede sistemi di controllo efficaci sull'esercizio del potere ma, poiché un esercizio non corretto del potere può avere effetti molto gravi impattando sulle libertà e sui diritti fondamentali delle persone, richiede in primo luogo procedure che consentano di limitare abusi ed errori.

Non si deve peraltro trascurare che la menzionata connessione tra poteri di polizia, sicurezza e poteri di governo può spingere in alcuni casi a limitare l'incidenza e l'efficacia dei controlli su alcuni atti.

Quanto affermato incrocia il tema del giusto processo ex art. 6 CEDU² e, per quanto qui rileva, la lettura che ne dà la Corte Europea dei diritti dell'uomo³, parlando di "*full jurisdiction*" e richiedendo che sia garantito un controllo pieno che consenta di «rimediare – ex post – ai deficit del procedimento amministrativo»⁴.

La *full jurisdiction* serve dunque ad assicurare *ex post* garanzie che non sono state rispettate nel procedimento con attenzione anche agli aspetti sostanziali e non solo alla legittimità.

Quanto affermato coinvolge inevitabilmente il rapporto tra procedimento e processo e tra controllo di legittimità e controllo di merito.

Il quadro è reso più complesso dal fatto che la *full jurisdiction*, come emerge anche dalla lettura degli autorevoli contributi pubblicati in questa sede, in quanto prodotto giurisprudenziale che si assesta progressivamente, presenta ancora sfaccettature cangianti e tagli non sempre ben definiti e non è ancora un cristallo perfettamente lavorato. Per questo motivo le osservazioni che seguiranno, partendo dal controllo sulle attività di polizia, muoveranno in parte sul piano di ciò che la *full jurisdiction* implica, ossia un controllo che consenta una verifica piena sull'attività amministrativa, già possibile ad oggi nel nostro sistema a parere di chi scrive, e in parte sul piano di ciò che la *full jurisdiction* potrebbe arrivare ad implicare, ossia l'esigenza di introdurre un controllo formalmente e sostanzialmente di merito.

² Per una disamina del rapporto fra giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6 CEDU cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in www.ius-publicum.com, 2014.

³ Cfr. ad es. Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W.V. United Kingdom*.

⁴ Così, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 546 ss., cui si rinvia anche per una lettura della *full jurisdiction* e del suo contenuto con particolare rilievo dell'impatto sulla giustizia amministrativa.

La presenza nel nostro sistema giuridico di strumenti che possono rispondere adeguatamente a quanto richiesto dall'art. 6 CEDU, come letto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sembra peraltro emergere anche dagli studi degli ultimi anni che si sono occupati, di merito, di discrezionalità, di atti amministrativi e di vizi degli stessi⁵ e anzi autorevole dottrina ha evidenziato il rischio insito nella tendenza del giudice amministrativo di cercare di «*salvare l'Amministrazione da sé stessa*»⁶.

2. Full jurisdiction, diritto amministrativo e diritto di polizia.

Come segnalato da tempo in dottrina⁷, il diritto amministrativo non ha un'autonoma rilevanza nel diritto della CEDU ma, in virtù dell'approccio sostanziale sposato da quest'ultima, l'art. 6 impatta anche sul diritto amministrativo anche se originariamente la Francia aveva cercato di evitarlo, al momento l'applicazione dell'art. 6 è esclusa solo per le questioni tributarie⁸.

La CEDU però non è mai arrivata in materia di sanzioni amministrative a dire di rispettare l'opinione della pubblica amministrazione o a dire che il giudice si deve sostituire all'amministrazione ma richiede ad esempio che la valutazione tecnica complessa debba poter essere sottoposta al vaglio della corte (vicende tecnico complesse mediche caso *Placi* v. articolo di costituzionalismo).

Così, ad esempio, per quanto concerne le “*criminal charges*” di cui all'art. 6 CEDU, mentre rileva che l'ordinamento nazionale qualifichi una sanzione come penale, è irrilevante che la qualifichi come amministrativa se la fattispecie

⁵ Per quanto concerne il merito è indispensabile il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013; per la ricostruzione del dibattito in tema di discrezionalità si rinvia, *ex multis*, a E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008; per i profili concernenti l'atto amministrativo e la sua patologia anche nella prospettiva del sindacato v. A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una definizione teorica della loro identificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018 e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole sul rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁶ Così, A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 461 e spec. 476. Si vedano sul punto anche le riflessioni di L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: L'adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.1, 2016, 218 ss.

⁷ I. TELCHINI, *Irrilevanza del carattere penale o amministrativo attribuibile alle sanzioni pecuniarie, agli effetti della salvaguardia dei diritti dei singoli nelle impugnazioni davanti alla Corte di Giustizia CEE*, in *Dir. Comunitario e degli scambi internazionali*, I, 1984, 451 ss.; C.E. PALIERO, *Materia penale ed illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss.

⁸ Corte eur. dir. uomo, *Ferrazzini vs Italy*, 12 luglio 2001, par. 29.

prevista presenta alcuni caratteri specifici, rientranti negli “*Engel criteria*”⁹. Gli “*Engel criteria*” consentono infatti di individuare fattispecie sostanzialmente penali per assoggettarle all’applicazione dell’art. 6 CEDU.

Allo stesso tempo, rilevano i casi in cui l’esercizio di un potere amministrativo contribuisce a determinare “*civil rights and obligations*”, anche in presenza di un potere discrezionale¹⁰. Con una precisazione: non rientrerebbero nei *civil rights* ma nei *public law rights* quei diritti che rientrano nel cosiddetto “*hard core of public authority prerogatives*”, tra cui i diritti politici e quelli concernenti l’immigrazione¹¹.

3. La politicità della decisione.

È stato peraltro evidenziato in dottrina che, nell’ambito di procedimenti garantistici e al di fuori della materia penale, «*la scelta discrezionale amministrativa, può, talvolta, giustificare un’attenuazione della pienezza di riesame giudiziale nelle controversie relative alla determinazione di diritti civili, in particolare, a partire da una nota pronunciata del 1993, è dato leggere, in alcuni (invero limitati) casi, che “deve aversi riguardo al rispetto da accordarsi alle decisioni assunte dalle autorità amministrative su basi di opportunità” e che, affinché possano essere giustificati limiti alla pienezza di giurisdizione richiesta dall’art. 6 CEDU, «la concreta espressione di discrezionalità amministrativa, almeno stando alle pronunce prevalenti e più argomentate, deve caratterizzarsi per una chiara attinenza al principio democratico, ossia per la “politicità”. Si deve cioè trattare di scelte non solo specialistiche, ma altresì discrezionali pianificatorie-politiche, di policy (si parla di esercizio della “discrezionalità amministrativa in conformità a più ampi obiettivi politici”): quelle cioè più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse*»¹².

Del resto ammettere un controllo sul contenuto “politico” della decisione significherebbe semplicemente sostituire un decisore ad un altro senza nes-

⁹ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engels and Others v. The Netherlands*, cause nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/71; 5370/72.

¹⁰ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale, Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, 110.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, *Ferrazzini vs Italy*, 12 luglio 2001, par. 29. Cfr. sul punto A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale, Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 113.

¹² Così, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 546 ss. che riprende, tra l’altro, Corte eur. dir. uomo, Camera, 21 settembre 1993, *Zumtobel v. Austria*, cause caso n. 12235/86, § 32, in cui si legge «*Regard being had to the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency and to the nature of the complaints*», Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 14 novembre 2006, caso n. 60860/00, *Tsifayo v. The United Kingdom*, §§ 40 ss., Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2009, § 73.

suna garanzia che il secondo decisore (il giudice) sia più adatto a decidere del primo (amministrazione)¹³.

Anche per questo e in ossequio al principio democratico¹⁴, quando è in gioco la politicità della scelta, la giurisprudenza sembra non richiedere che la decisione della corte adita debba poter sostituire la decisione dell'amministrazione con la propria, ma solo che la corte adita possa conoscere e rivedere i fatti, all'esito di un procedimento che presenti tutele tali da farlo rientrare negli schemi dell'art. 6 CEDU¹⁵.

L'attenzione generale alla politicità della scelta non sembra implicare però un autonomo rilievo della sicurezza nazionale, che è strettamente connessa con le funzioni di polizia e che non sembra rientrare fra i fattori che consentono di attenuare il contenuto o l'applicabilità della *full jurisdiction*. La giurisprudenza è intervenuta ad esempio sul potere della Corte adita di intervenire sull'apprezzamento di pericolosità in presenza di motivi di sicurezza nazionale, ritenendo inaccettabile che la Corte si limitasse a rinviare all'apprezzamento dell'esecutivo poiché in questo modo si sarebbe preclusa la possibilità di avere un giudizio indipendente sulla questione¹⁶.

4. Concetti giuridici indeterminati e standard procedurali nel diritto di polizia.

Si comprenderà bene che per il discorso che si conduce rilevano alcune peculiarità ricorrenti nel diritto di polizia. In primo luogo il ricorso al segreto, la

¹³ Sul rischio di una sostituzione piena e generalizzata del giudice all'amministrazione si rinvia nuovamente alle riflessioni di A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, cit., 461 e spec. 476. E di L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: L'adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, cit., 218 ss.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, 14 novembre 2006, cit., § 32.

¹⁵ Cfr. ancora F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 546 ss. che sottolinea l'importanza ai fini dell'attenuazione dell'impatto della *full jurisdiction* di un procedimento che abbia «concretamente realizzato una parte rilevante delle garanzie dell'art. 6 CEDU».

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 luglio 1998, caso n. 62/1997/846/1052-1053, *Tinnelly & Sons*, § 77, che a fronte della mancata ammissione ad una procedura di appalto per pretesi rischi per la sicurezza nazionale discendenti dalle persone dei titolari dell'impresa, nota che: «*The Court would observe that such a complaint can properly be submitted for an independent judicial determination even if national security considerations are present and constitute a highly material aspect of the case. The right guaranteed to an applicant under Article 6, § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive [...]*». La Corte è tornata sul punto in diverse occasioni (ad es. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 30 ottobre 2001, caso n. 29545/95, *Devlin v. The United Kingdom*, § 31 e Corte eur. dir. uomo, sez. II, 19 marzo 2002, caso 24265/94, *Devenney v. United Kingdom*, § 28; Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2004, caso n. 18905/02, *John Carnduff v. United Kingdom*), censurando costantemente gli *ipse dixit* dell'esecutivo.

limitata partecipazione e il ricorso ai concetti giuridici vaghi o indeterminati che non vengono considerati dalla CEDU come qualcosa che possa limitare la *full jurisdiction* ma che possono creare concretamente qualche problema nelle dinamiche del nostro sistema.

In merito all'uso dei concetti giuridici indeterminati¹⁷ nel diritto di polizia e al problema del controllo del giudice¹⁸ sembra che il problema sia spesso più teorico che non reale. Infatti, ad esempio, di fronte al ricorso a concetti giuridici indeterminati quali la necessità e l'urgenza di provvedere o la valutazione di una situazione come di pericolo, come presupposto necessario per l'adozione di un atto, il Giudice Amministrativo, pur affermando che la valutazione di tali presupposti è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione ed è dunque sottratta al sindacato giurisdizionale di legittimità se non per manifesta illogicità o per travisamento dei fatti, attraverso il ricorso a figure sintomatiche dell'eccesso di potere quali il difetto di motivazione o il difetto dei presupposti, opera di fatto un controllo penetrante sull'effettiva sussistenza e corretta valutazione dei presupposti dell'atto o, addirittura un sindacato di merito¹⁹. Del resto è stato segnalato in dottrina come si stia verificando un progressivo ampliamento della soglia di operatività del sindacato di legittimità con una conseguente riduzione dell'area del merito amministrativo²⁰.

Del resto è stato osservato che «*la Corte europea dei diritti dell'uomo considera utile che le nozioni indeterminate siano precisate da una giurisprudenza costante e pubblicata*» e dunque la giurisprudenza nazionale sotto questo profilo sembra essere adeguatamente garantista²¹.

¹⁷ Sui quali cfr. Corte Cost. sentt. n. 204 del 1994 e n. 106 del 2006.

¹⁸ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, relazione all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa", organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Palermo, 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it; F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 63; S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in www.federalismi.it, 2017.

¹⁹ Per il primo orientamento v. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 2936 del 2004, n.772 del 2004 e n. 39 del 2004; C.G.A., sez. giurisd., n. 97 del 1995; Consiglio Stato, sez. IV, n. 930 del 1989; per il secondo orientamento v. Consiglio Stato, sez. VI, n.7266 del 2003 e sez. V, n.1904 del 2001. Per una ricostruzione della giurisprudenza in merito v. S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, cit.

²⁰ B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., 91.

²¹ P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767. In merito al rilievo del precedente cfr. in giurisprudenza Cass., VI sez. civile, sent. n. 174 del 2015, secondo cui «*benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", esso tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento*» e, in dottrina, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, ESI, 2018.

Il diritto di polizia e la sua efficacia sono ancora connessi a un sistema di garanzie che si è evoluto nel tempo ma che si presenta in parte ancora come eccezionale o derogatorio²². Esistono alcuni casi nel diritto di polizia in cui si ha difficoltà di rispettare determinati standard procedurali poiché la condivisione delle informazioni genera di per sé un pericolo, rivelando ad esempio le modalità di indagine o le tecniche di intelligence.

Una giurisdizione piena rispetto ad un potere che è conformativo potrebbe svuotare il contenuto della supremazia di quel potere ed essere incompatibile con la discrezionalità/politicità di alcune decisioni proprie del diritto di polizia.

Una vicenda che ha interessato un altro giudice, la Corte di Giustizia, può forse contribuire a trovare un punto di equilibrio ragionevole. La Corte di Giustizia, nel caso *ZZ contro Secretary of State for the home department*²³, relativa alla circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari negli stati membri, in un caso di mancata comunicazione all'interessato degli elementi su cui si fondava l'opposizione al suo ricorso a causa della secretazione di alcuni elementi probatori, ha sostenuto che il giudice competente deve verificare che la secretazione degli elementi di prova sia avvenuta entro lo stretto necessario²⁴.

Questo caso è interessante anche perché, il Governo Italiano, intervenuto nel procedimento, aveva sottolineato, richiamando gli art. 4, paragrafo 2 TUE e 346, paragrafo 1 lett. a) TFUE, in base ai quali della sicurezza dello Stato sono responsabili unicamente gli stati membri e la materia sarebbe al di fuori delle competenze dell'Unione. A questo argomento veniva replicato dall'Unione che la sicurezza dello Stato non può comportare disapplicazione del diritto dell'Unione.

L'approccio del Governo sembra connesso alla preoccupazione dello Stato di non cedere una quota di sovranità che riguarda non tanto e non solo uno stato di eccezione o una supremazia speciale quanto la stessa determina-

²² Per una lettura del rapporto tra natura legale del potere, emergenza, potere discrezionale e decisione si veda L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Persona e Amministrazione*, 2017, n. 1.

²³ C. Giust. UE., Grande Sezione, 4 giugno 2013, caso *ZZ contro Secretary of State for the home department*, in C-300/11. F. GUELLA, *La disclosure nell'effettività della tutela giurisdizionale e le ragioni «riservate» di sicurezza nazionale nell'allontanamento dei cittadini stranieri*, in *Dir. Pubbl. com. ed eur.*, 2013, 1293 ss.

²⁴ A. ALÌ, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 520, riprendendo anche Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 1999, Sirdar, in C-273/97, ricorda che «pur disponendo di una certa discrezionalità, le autorità nazionali, quando adottano misure per motivi di pubblica sicurezza, non devono eccedere quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito in ossequio al principio di proporzionalità».

zione dei presupposti per intervenire in modo derogatorio rispetto alle garanzie ordinariamente previste.

Il dubbio è che gli art. 10 e 11 Cost. potrebbero forse anche essere usati per fermare la Corte EDU su questi temi ma che non sia necessario poiché, grazie alla non casuale assenza di un'ottemperanza alle decisioni della Corte EDU, come confermato dal Consiglio di Stato²⁵, che richiama Corte costituzionale²⁶ lo Stato riesce comunque a limitare l'incidenza del diritto sovranazionale.

Il diritto di polizia si conferma *Ius imperii* (come nelle ipotesi di emergenza e di eccezione) alla luce del dato nazionale (art. 24, 103 e 113 Cost.) ma forse anche alla luce dell'incidenza della CEDU. E qui entrano in gioco la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte che aiutano a capire quando può entrare in gioco il diritto di polizia e quando è realmente necessario e dunque consentito che esso preveda ipotesi derogatorie²⁷. Allo stesso tempo si comprende che anche le deroghe alle ordinarie garanzie dovrebbero aver luogo entro margini di stretta necessità.

Bisogna anche ricordare però che, mentre in ambito penale è sempre richiesta una piena attuazione della *full jurisdiction*, in altri ambiti ne viene consentita un'applicazione in forma attenuata e quando si parla di diritto di polizia spesso si transita lungo il confine tra ambito penale e ambito amministrativo²⁸.

5. Penetratività del controllo e tutela del cittadino.

La *full jurisdiction* spinge verso una penetratività del controllo che può avere effetti collaterali: in primo luogo bisogna forse chiedersi se ad una maggiore penetratività del controllo del giudice corrisponde sempre una maggiore tutela. In particolare se, contrariamente a quanto sino ad ora ritenuto dalla dottrina prevalente²⁹, si arrivasse a considerare la tutela richiesta dalla *full jurisdiction* come una piena possibilità di sostituzione del giudice all'amministrazione, si rischierebbe, in una materia in cui la divisione dei poteri e la forma procedi-

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, sen. 11 giugno 2015, n. 2866.

²⁶ Corte Cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

²⁷ Sull'importanza di questo tipo di sindacato in sede europea v. A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 608.

²⁸ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit., 4.

²⁹ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius-publicum.com*, 2014; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit.

mentale sono garanzie rilevanti, di accentuare la continuità tra procedimento e processo e forse di annullarla, con una contrazione delle tutele a cui siamo abituati e senza avere necessariamente un progresso sul piano delle tutele effettive.

La continuità tra procedimento e processo rischia di minare le garanzie della forma e del potere procedimentalizzato e di entrare in contrasto con le dinamiche di oggettivizzazione e di trasparenza. L'idea della continuità tra procedimento e processo, oltre a presentare alcuni problemi già rilevati in dottrina, sul piano teorico ricostruttivo, rischia di ridurre il rilievo del procedimento e di comportare una sostanziale dequotazione dei vizi formali per il necessario collegamento che si viene a creare fra merito, incidenza sul dedotto e deducibile e motivazione successiva³⁰.

Parafrasando il discorso fatto da Romano Tassone sulla motivazione, si potrebbe dire che il procedimento assolve a una triplice funzione³¹ a seconda che si guardi al soggetto inciso dal provvedimento (potenziale ricorrente), alla collettività organizzata (in termini di legittimazione democratica del potere) o al giudice amministrativo e che una perfetta continuità tra procedimento e processo rischierebbe di svuotare parte di queste funzioni (garanzie) e di spostare la tutela a un momento successivo con gravi ricadute sul piano delle garanzie.

Del resto non sembra trascurabile l'elaborazione della nozione di «*forma sostanziale*», che costituisce addirittura motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che in alcuni casi ha negato la possibilità di ricorrere per l'amministrazione a una motivazione postuma del provvedimento³². Del resto l'articolo 6 della CEDU richiede non solo un giusto processo ma anche un giusto procedimento³³.

³⁰ G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana*, in www.federalismi.it, 2018, afferma in relazione al DASPO che «*Quanto all'art. 6 Cedu, siamo di fronte a provvedimenti di polizia aventi natura sanzionatoria, dunque esso sarà sicuramente applicabile, seguendo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo alla nozione di sostanziale "sanzione" e di "accusa penale", comprendente ogni atto che produca effetti sanzionatori, indipendentemente dall'atto che li ha disposti. Andranno quindi rispettati i principi del "giusto processo", fra i quali: l'imparzialità e la terzietà dell'autorità; l'esame equo, pubblico ed entro un termine ragionevole della questione; il contraddittorio; l'informazione in una lingua comprensibile all'imputato, etc. Come è noto, peraltro, la giurisprudenza della Corte Edu si "accontenta" del recupero di eventuali lacune sul punto nel processo, purché esso assicuri una full jurisdiction*».

³¹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

³² V., ad es., C. Giust. UE, 2 dicembre 2009, C-89/08 P, *Commissione/Irlanda e a.*, punto 34. Più di recente, C. Giust. UE, sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, causa C-652/11 P. *Amplius*, su tale giurisprudenza, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., il quale osserva, inoltre, che nella giurisprudenza comunitaria non è considerata ammissibile la c.d. integrazione postuma della motivazione, essendo l'unica scissione ammessa quella della motivazione *per relationem*. Sulla rilevanza del principio della motivazione nel diritto dell'Unione europea v. anche B. MARCHETTI, *Il principio di motiva-*

Esiste dunque una differenza fra la soddisfazione di un interesse in sede procedimentale e in sede processuale che diventa ancora più marcata in tema di diritto di polizia e rende poco convincenti ricostruzioni che potrebbero consentire all'amministrazione la realizzazione di sanatorie *ex post*³⁴.

Non si ritiene che la *full jurisdiction* voglia o possa giungere a svuotare un'area di scelta. È stato osservato del resto che le garanzie richieste dalla *full jurisdiction* possono intervenire, per la continuità logico giuridica in cui si muove il rapporto tra amministrazione e giudice, anche nel procedimento, consentendo dunque di bypassare una serie di problemi. Il vantaggio di una soluzione di questo tipo sarebbe una migliore tutela dei diritti e di un raggiungimento di dinamiche più elevate di buona amministrazione già nel procedimento. Lo strumento potrebbe anche passare forse per una valorizzazione e riscoperta dei tradizionali rimedi giustiziali che consentono un sindacato di merito sugli atti. Del resto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo qualifica i tribunali di cui all'art. 6 CEDU non in base alla formale definizione di "corte" o all'appartenenza alla «ordinaria organizzazione giudiziale» ma in base ad un criterio sostanziale e dunque alla funzione svolta (giurisdizionale)³⁵.

In questa prospettiva, gli strumenti del procedimento possono contribuire in parte a supplire ai limiti del processo anche se, nel caso del diritto di polizia, il procedimento, nei limiti della ragionevolezza della riduzione delle garanzie sopra menzionati, di per sé stesso riesce ad essere meno garantista. Si pensi ad esempio al segreto o alla partecipazione procedimentale. Meno problemi originano invece dalle difficoltà legate ai problemi connessi con le (eventualmente carenti) competenze tecniche del giudice che possono essere risolte con la creazione di giudici tecnici o con l'uso di consulenti tecnici del giudice³⁶.

zione, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Guffrè, 2012, 521 ss.

³³ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale, Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 113.

³⁴ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della Giustizia amministrativa: concetto funzioni e nodi irrisolti*, cit., 546 ss. che rileva il possibile conflitto con la garanzia di giustiziabilità di tutti i vizi di legittimità ex art. 113, comma 2, Cost. e la neutralizzazione dei vizi ottenuta in forza della *full jurisdiction*.

³⁵ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, caso n. 22330/05, *Oluje v. c Croatia*. Sul punto cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 546, che richiama alcune ricostruzioni che «suggeriscono così il superamento di una distinzione organica tra giurisdizione ed amministrazione, a favore di criteri funzionali, che, come tali, consentono un'integrazione virtuosa tra procedimento e processo amministrativo».

³⁶ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit.

Il possibile rafforzamento delle garanzie incontra inevitabilmente un limite e dunque ciò che si può chiedere è esclusivamente la stretta ragionevolezza della riduzione delle garanzie prevista ed applicata.

Certo, le tendenze attuali sembrano guardare invece a un rafforzamento del ruolo del giudice con conseguente indebolimento delle aree di governo tradizionale ma la stessa giurisprudenza europea tende a limitare o escludere l'impatto della *full jurisdiction* sulle scelte e gli istituti più intrinsecamente connessi al diritto di polizia.

Altro tema è quello della corretta attivazione delle garanzie processuali previste e consentite dal nostro ordinamento. In presenza di ragioni di sicurezza infatti il giudice tende a volte ad autolimitare i propri poteri rendendo tendenzialmente inefficaci o illusorie le forme di tutela giurisdizionale presenti nell'ordinamento nazionale. L'ordine pubblico diventa così di fatto occasione di limitazione della sindacabilità del potere discrezionale o occasione di esclusione del sindacato giurisdizionale³⁷ e qui forse può rilevare una supervisione sul corretto esercizio della propria funzione da parte dei giudici nazionali.

³⁷ È quanto sembra essere avvenuto ad esempio nel caso che ha visto coinvolto l'Imam di Carmagnola, espulso dal ministero dell'interno benché le ispezioni e le indagini non avessero rivelato collegamenti con organizzazioni criminali o terroristiche. Il TAR Lazio, con sentenza 15536 del 2004 ha accolto il suo ricorso per assenza nel provvedimento amministrativo di elementi sufficienti a provare l'esistenza di condotte che potevano costituire un pericolo per la sicurezza. Il Consiglio di Stato, interessato del caso, con sentenza n. 88 del 2006, riforma la pronuncia del TAR, sostenendo che il provvedimento è espressione di alta discrezionalità amministrativa ed è sindacabile in modo limitato e solo in con vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà. Per una lettura delle due sentenze cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, 226.

GIOVANNI SABBATO
Consigliere di Stato
g.sabbato@giustizia-amministrativa.it

LA FULL JURISDICTION NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE.

UN QUADRO COMPLESSO IN EVOLUZIONE

THE FULL JURISDICTION IN ITALIAN JURISPRUDENCE. AN EVOLVING COMPLEX PICTURE

SINTESI

Questo contributo si prefigge di cogliere la linea evolutiva della giurisprudenza nel senso della lenta ma progressiva affermazione del sindacato quantomeno sulle valutazioni tecniche della Pubblica amministrazione. Si parte dalla presa d'atto delle molteplici norme contenute nel codice del processo amministrativo, peraltro ormai non più di recente conio, che denotano la crescente attenzione del legislatore nei riguardi dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo, sia pure con la contestuale riaffermazione, anche in sede correttiva, della cd. riserva di amministrazione. Di qui la necessità di risolvere tale apparente antinomia attraverso la ricerca del crinale che separa un giudice giustamente consapevole del proprio ruolo da uno invece incline a penetrare indebitamente nei gangli dell'*agere* amministrativo. L'ontologica differenza, che resiste tuttora, tra Autorità amministrativa e giurisdizionale non consente quindi, al momento, di accedere ad un sindacato pieno dei fatti di causa che preluda alla sostituzione dell'Amministrazione ad opera del giudice, ma questo non dovrebbe valere anche per le valutazioni tecniche, stante la generalizzata facoltà di ricorrere allo strumento istruttorio della c.t.u. La giurisprudenza ha quindi intrapreso un faticoso e tormentato percorso che ha condotto alla stessa ridefinizione delle nozioni di discrezionalità amministrativa e tecnica per implementare l'intensità del sindacato giudiziale quantomeno in sede di esercizio di discrezionalità tecnica. La giurisprudenza amministrativa ha trovato un valido supporto nella Suprema Corte, che, chiamata ad espletare il controllo sulle sentenze del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 110 del c.p.a., sta assumendo posizioni sempre più meditate e bilanciate rispetto alla specificità che presenta ciascuna controversia. Non si tratta quindi di distinguere tra un sindacato *«forte o debole»* quanto di rintracciare, volta per volta, quei confini che ancora oggi delimitano le competenze giurisdizionali da quelle propriamente amministrative. Poiché il traguardo è ancora lontano si è tentato di formulare

alcune considerazioni che consentano di tranquillizzare il giudice in queste operazioni di scrematura da vecchi retaggi culturali. Si è quindi rilevato, aggiornato lo stesso concetto di interesse pubblico, che l'ordinamento sembra spingere, sia pure in maniera rapsodica e disorganica, verso un nuovo giudice amministrativo che, chiamato ad intervenire a seguito di una *class action* o in nome di esigenze ispirate dal principio di proporzionalità, può conoscere la vicenda senza limiti precostituiti per sindacare finalmente le scelte dell'Amministrazione. In tutto questo, un ruolo non significativo svolge il diritto europeo, vero volano di una metamorfosi culturale prima che giuridica che avvicina sempre più i sistemi giuridici di *civil law* a quelli di *common law* per arrivare ad un ordinamento unitario sì ma armonico ed equilibrato. La crescente sensibilità della giurisprudenza verso i valori europei trova riscontro in sempre più numerose pronunce sia dei giudici amministrativi che delle stesse Sezioni Unite, ma le caratteristiche peculiari del nostro ordinamento, soprattutto nel settore del diritto pubblico, devono indurre a rinvenire in esso le ragioni di quella che appare una svolta ormai necessaria ed ineludibile.

ABSTRACT

This paper aims to grasp the evolutionary line of jurisprudence in the sense of the slow but progressive confirmation of the union on the technical evaluations of the Public Administration. It is the taking charge of the laws in the administrative process, moreover not more recent, which denote the increasing attention of the legislator in relation to the intensity of the union, even in the reaffirmation, even in a corrective, of the so-called. reserve of administration. Hence the need to resolve the apparent antinomy story through the search for the ridge that separates a judge rightly aware of his role from one instead inclined to penetrate unduly into the ganglia of administrative action. The ontological difference, which still resists, between authority and jurisdiction is therefore not, at the moment, in front of a full union of lawsuit that leads to the substitution of the administration by the judge, but this should not also apply to the technical assessments, given the generalized right to resort to the investigative tool of the CTU. The jurisprudence then embarked on a tiring and tormented path that led to the same redefinition of the notions of administrative and technical discretion to implement the influence of the judicial union at least in the exercise of technical discretion. The administrative jurisprudence has found a valid support in the Supreme Court, which, for example, has control over the decisions of the Council of State by jurisdiction, pursuant to art. 110 of the Italian Code of the Administrative Process, is taking increasingly more meditated and balanced positions with respect to the specificity that each dispute presents. It is not a matter of distinguishing between a "*strong or weak*" trade union or of tracing, at a time, those boundaries that still today limit jurisdictional competences from those that are properly administrative. Because the goal is still far away, it has been considered in those skimming operations from old cultural heritage. What has been thought, updated in the same way of public interest, which is the order to push, both pure rhapsodic and inorganic, to-

wards a new administrative judge that, as if to intervene following a class action or in the name of needs inspired by the principle of proportionality, can know the story without preconceived limits to finally unify the choices of the Administration. European law, the real driving force of a cultural metamorphosis before the juridical one that more and more the legal systems of civil law to those of common law to achieve a unitary but harmonious and balanced order. The growing sensitivity of jurisprudence towards values is reflected in more and more pronouncements both of administrative judges and of the same United Sections, but the peculiar characteristics of our legal system, in the field of public law, must induce a finding in it the reasons for what a turning point is now necessary and unavoidable.

PAROLE CHIAVE: discrezionalità amministrativa e tecnica, riserva di amministrazione, consulenza tecnica d'ufficio, limiti al sindacato del giudice, influenza del diritto europeo.

KEYWORDS: administrative and technical discretion, administration reserve, office technical advice, limits of the judicial review influence of European law.

INDICE: 1. La progressiva valorizzazione del ruolo del g.a. nell'ottica di una più efficace tutela degli interessi pretensivi – 2. Le contraddizioni del sistema: riserva di amministrazione e sindacato estrinseco – 3. La posizione conservatrice della Corte di Cassazione e i prodromi di un ripensamento – 4. La posizione della giurisprudenza evolutiva – 5. L'A.G.C.M. e il controllo giurisdizionale – 6. L'influenza della giurisprudenza europea – 7. Spunti per riflessioni future.

1. La progressiva valorizzazione del ruolo del g.a. nell'ottica di una più efficace tutela degli interessi pretensivi.

L'evoluzione che l'ordinamento giuridico ha ricevuto negli ultimi anni è stata senza dubbio nel senso di una progressiva valorizzazione del ruolo del giudice amministrativo, tanto che, secondo molti, si sarebbe realizzata da tempo una sorta di trasformazione del processo amministrativo in senso civilistico. Sono diverse le norme contenute nel c.p.a. (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che appaiono sintomatiche di questa riconfigurazione del processo e quindi del G.A., in quanto abilitano il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio nonché a provvedere alla nomina di un commissario *ad acta* «anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza». Si pensi anche alla possibilità di condannare al risarcimento del danno pur in assenza di una previa impugnativa o alla condanna all'adozione di un provvedimento a seguito dell'esercizio dell'azione di adempimento. Il tutto

è culminato nella storica pronuncia dell'Adunanza plenaria¹, secondo cui è possibile ormai affermare che il giudizio amministrativo si è trasformato, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla P.A., da giudizio sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. Il tema meriterebbe ben altro approfondimento. Pare opportuno evidenziare le norme del compendio normativo che disciplinano il processo amministrativo orientate nel senso di assicurare tale traguardo in termini di maggiore efficienza dell'intervento del giudice amministrativo, storicamente intrappolato nel magma degli interessi pretensivi: l'art. 55 (principio di atipicità delle misure cautelari); l'art. 31, co. 3 (azione di adempimento associata al rito sul silenzio); l'art. 34, co. 1, lett. c) (azione di adempimento associata alla richiesta di annullamento di provvedimento reiettivo espresso); l'art. 34, co. 1, lett. e) (nomina del commissario *ad acta* in fase cognitiva); l'art. 114, co. 4, lett. a) (determinazione del contenuto o emissione diretta del provvedimento sospirato in sede di ottemperanza). Questo fa dire alla giurisprudenza² che *«anche in sede di giurisdizione generale di legittimità il g.a. può emanare pronunce di tipo dichiarativo e di condanna (adempimento) allorché non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, atteso che gli art. 30, comma 1, e 34, comma 1, lett. c), c. proc. amm. gli consentono, nei limiti della domanda, di emanare sentenze di condanna all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e disporre misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.; tale norma si pone in stretta correlazione con il generale principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa e nell'ottica della soddisfazione completa della posizione sostanziale di interesse legittimo di cui si chiede tutela, pur con il limite della necessaria contestualità con l'azione di annullamento, nonché dell'assenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica»*.

2. Le contraddizioni del sistema: riserva di amministrazione e sindacato estrinseco.

Si tratta però di comprendere se, al cospetto di questo giudice dalla capacità d'intervento così potenziata, si stagli ancora oggi questa sorta di *enclave* giuridica nella quale l'operato dell'Amministrazione, se di natura discrezionale,

¹ Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corr. giur.*, 2019, 979 ss. con nota di F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*.

² Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5479, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014.

continua ad essere insondabile: la cosiddetta riserva di amministrazione.

In effetti questa zona franca sembra essere sopravvissuta alla stagione di riforme del processo amministrativo, in quanto il legislatore, con il richiamato art. 31, co. 3, prevede che *«il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»*; norma peraltro riproposta dall'art. 34, co. 1, lett. c), (*«L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio»*), come introdotto dal secondo decreto correttivo³.

L'orientamento della giurisprudenza dominante è a sua volta nel senso che gli apprezzamenti discrezionali dell'interesse pubblico e le valutazioni tecniche si prestano ad un sindacato soltanto *ab extrinseco*.

La giurisprudenza è particolarmente numerosa. Basti segnalare quella di seconde cure⁴ secondo cui: *«Nelle gare pubbliche il controllo del giudice della legittimità sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione deve essere svolto "extrinsecus", nei limiti della rilevanza "ictu oculi" dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indizi di invalidità e non alla sostituzione dell'Amministrazione; la sostituzione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'Amministrazione costituisce infatti ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a. quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto; in base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'Amministrazione è infatti in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale sulla motivazione delle valutazioni discrezionali deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti; non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa; deve tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi»*. Ancora più di recente, in materia di pubblici concorsi, i giudici di Palazzo Spada⁵ hanno osservato che *«l'Amministrazione è titolare di un'ampia discrezionalità in ordine sia quanto all'individuazione dei criteri per l'attribuzione ai candidati dei punteggi*

³ D. lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2013, 2, p. 478.

⁵ Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1218, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018.

spettanti per i titoli da essi vantati nell'ambito del punteggio massimo stabilito dal bando, per rendere concreti ed attuali gli stessi criteri stabiliti dal bando, sia quanto alla valutazione dei singoli tipi di titoli; l'esercizio di tale discrezionalità sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che il suo uso non sia caratterizzato da macroscopici vizi di eccesso di potere per irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o arbitrarietà oppure da errori nell'apprezzamento di dati di fatto non opinabili...Invero, come noto (Consiglio di Stato, sez. IV, 30 agosto 2017 n. 4107), in materia di pubblici concorsi, le commissioni esaminatrici, chiamate a fissare i parametri di valutazione e poi a giudicare su prove di esame o di concorso, esercitano non una ponderazione di interessi, ma un'amplessima discrezionalità tecnica, sulla quale il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere in particolari ipotesi-limite, riscontrabili dall'esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti (errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità o irragionevolezza); costituiscono, pertanto, espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica, culturale ovvero attitudinale dei candidati, tanto il momento (a monte) dell'individuazione dei criteri di massima per la valutazione delle prove, quanto quello (a valle) delle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice; da ciò discende che sia i criteri di giudizio, sia le valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo se non nei limitati casi in cui l'esercizio del potere discrezionale trasmodi in uno o più dei vizi sintomatici dell'eccesso di potere (irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti), i quali - tipicamente - rappresentano vizi della funzione amministrativa, per essere stato, il potere, scorrettamente esercitato o finalizzato al raggiungimento di finalità estranee a quella della scelta dei soggetti più idonei a ricoprire la funzione».

Sulla stessa linea interpretativa si è collocata la giurisprudenza di primo grado⁶, la quale ha osservato come non competeva al giudice amministrativo il potere di entrare nel merito delle valutazioni espresse dalla Commissione di avanzamento per gli ufficiali delle Forze Armate, dovendo il giudizio rimanere limitato ad una generale verifica della logica e razionalità dei criteri seguiti in sede di scrutinio. Il sindacato del giudice amministrativo deve allora consistere nella verifica del corretto esercizio del potere valutativo, proprio della Commissione, nell'attribuzione del punteggio ad ogni singolo ufficiale, e, per non sconfinare nel merito dell'azione amministrativa, deve limitarsi al riscontro di palesi irrazionalità nell'assegnazione del punteggio, tali da non richiedere sfumate analisi degli iscritti in quadro, ma emergenti *ictu oculi* per la loro macroscopica evidenza. Ancora si afferma che: «L'individuazione e le modalità di tutela dei

⁶ T.A.R. Lazio - Roma, sez. I-bis, 23 aprile 2014, n. 4386, in www.giustizia-amministrativa.it.

beni soggetti a vincolo costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, insindacabile nel merito, ma soggetta a sindacato di legittimità in rapporto ai consueti parametri di corretto apprezzamento dei presupposti di fatto e congruità delle valutazioni, con possibilità di riscontro di tali fattori - indice di completezza dell'istruttoria espletata e di logicità delle conclusioni tratte - in base alla motivazione del provvedimento conclusivo, da cui deve potersi desumere l'adeguatezza del sacrificio imposto ai privati proprietari, nel superiore interesse pubblico perseguito»⁷.

Un settore del diritto ove è particolarmente accentuata l'esigenza di salvaguardare il prisma delle valutazioni riservate all'Amministrazione è quello che coinvolge il procedimento innescato dalla domanda di equo indennizzo. Così si osserva⁸ che *«Il giudizio stilato dal Comitato di verifica sulla dipendenza da causa di servizio di infermità denunciate da pubblici dipendenti è frutto di discrezionalità tecnica, basandosi su nozioni scientifiche e su dati dell'esperienza propri della disciplina applicata; di conseguenza la possibilità di sindacare in sede giurisdizionale siffatto tipo di discrezionalità riposa sull'individuazione di profili di marcata irragionevolezza delle valutazioni espresse o anche di incompletezza della piattaforma di elementi istruttori che non paiono riscontrabili nel caso in esame»*. Le medesime preoccupazioni sembrano ispirare la posizione assunta dalla giurisprudenza nell'affermare che *«La valutazione del Questore in ordine alla pericolosità sociale di un soggetto, culminata con il rilascio del foglio di via obbligatorio, sfugge al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, tenuto conto dell'ampia discrezionalità che contraddistingue, anche secondo consolidati principi giurisprudenziali, le misure di prevenzione disciplinate dalla l. 27 dicembre 1956 n. 1423»⁹*. Molto cauta è la giurisprudenza anche quando ad essere oggetto di censura sono le valutazioni di Invitalia in ordine a domande di ammissione a contributi ed agevolazioni¹⁰.

A nulla rileva il potenziamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, in particolare con la facoltà di ricorrere al c.t.u., oltre che alla verifica, facoltà già riconosciuta dalla l. 21 luglio 2000, n. 205. Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha osservato che, *«con riferimento al sindacato sulle valutazioni am-*

⁷ Cfr. T.A.R. Molise, sez. I, 11 aprile 2014, n. 240, in *Foro amm.*, 2014, 4, p. 1231.

⁸ T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, 11 aprile 2014, n. 940, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014.

⁹ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 aprile 2014, n. 694, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 296, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018, secondo cui esiste una «sfera riservata» alle valutazioni di Invitalia non suscettibile di essere invasa dal giudice amministrativo. V anche Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2018, n. 1508, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che - richiamata la pronuncia n. 20 del 2012 dell'Ad. plen., che ha affermato la generale emersione di valori pubblicistici nel settore imprenditoriale interessato dall'erogazione di misure finanziarie - ha rilevato *«la necessità di apprezzare in modo particolarmente rigoroso gli elementi che fondano la previsione favorevole di finanziamento di iniziative imprenditoriali a carico dell'erario. La valutazione di tali elementi comporta l'espletamento, ad opera del soggetto erogatore, di un'attività istruttoria che, attraverso l'analisi del progetto imprenditoriale nel contesto socio-economico nel quale si colloca, consenta di esprimere una ragionevole prognosi sull'attendibilità del risultato imprenditoriale che ci si prefigge»*.

ministrative in tema di anomalia delle offerte di gara, [che] compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. Il superamento, quindi - grazie anche alla novità di cui all'art. 16 l. n. 205 del 2000 in tema di consulenza tecnica -, di ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo in astratto la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico, non toglie che - anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale - il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto. Nella verifica dell'anomalia, pertanto, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del g.a. solo allorquando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, e ciò a causa del residuo di dubbi circa l'idoneità dell'offerta minata da spie strutturali di inaffidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico».

È dato quindi osservare che la più gran parte della giurisprudenza amministrativa è per un sindacato estrinseco sulle valutazioni discrezionali (a contenuto tecnico o meno)¹¹, risultando così minoritaria quella posizione, favorevole all'ammissibilità del sindacato cd. intrinseco ma debole, sostenuta da una famosa pronuncia del Consiglio di Stato¹², e soltanto residuale quella che si spinge fino a ritenere possibile un sindacato intrinseco e forte del giudice, intendendosi con tale espressione la sostituzione dell'idea tecnica del giudice a quella propugnata dall'Amministrazione. Una parte sempre più cospicua della giurisprudenza sembra però propendere per un sindacato intrinseco di tipo debole, ove il giudizio verta su provvedimenti che esprimono una discrezionalità tecnica riconosciuta in determinate materie alla Pubblica amministrazione, ponendo in tal modo un limite alla statuizione finale resa dal giudice medesimo, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo (anch'esse sindacate), «se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragio-

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 248, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2016: «Nel processo amministrativo il sindacato del Collegio giudicante sulla discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione è volto a verificare se sussistano i vizi di legittimità dedotti dal ricorrente e non a sostituire tout court la valutazione dell'Amministrazione».

¹² Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 in *Foro amm.*, 2000, p. 422, con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*.

voli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché, altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere; ossia, in sostanza il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»¹³.

Lo scrutinio, in ogni caso, dovrebbe condursi secondo un preciso ordine di incisività progressiva. In tal senso si è osservato come il giudice debba limitarsi ad un controllo logico-documentale estrinseco laddove questo sia già in sé sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento quanto al rispetto dei criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. Ove, invece, emergano chiari elementi che facciano propendere per un uso scorretto della discrezionalità tecnica tale da giustificare una ripetizione delle indagini specialistiche con ricorso alla tecnica del sindacato intrinseco, il giudice potrà provvedervi verificando l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, «fermo restando» - come sopra precisato - «che esula dal compito del giudice amministrativo il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'Amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite»¹⁴. Non viene comunque trascurata la ontologica differenza tra discrezionalità amministrativa e tecnica, in quanto nel primo caso il sindacato del giudice amministrativo è senz'altro di tipo estrinseco «e deve arrestarsi non solo dinanzi alle scelte equivalenti, ma anche dinanzi a quelle meno attendibili, purché non irragionevoli»¹⁵.

Negli ultimi tempi però, come meglio si dirà, la giurisprudenza sembra rifuggire da rigide classificazioni nominalistiche, che facciano leva su «specifiche aggettivazioni (debole o forte)»¹⁶.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5209, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Cfr. C. SALTELLI, *Commento all'art. 63 C.P.A.*, in G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2010, p. 602.

¹⁵ Cons. Stato, sez. III, 1° marzo 2017, n. 962, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017.

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1234, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «il principio di precauzione di cui all'art. 191 TFUE e agli artt. 3-ter e 301 D.Lgs. n. 152 del 2006 [...] non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile, richiedendo esso stesso una seria e prudente valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile».

3. La posizione conservatrice della Corte di Cassazione e i prodromi di un ripensamento.

Il sistema attuale non può reputarsi soddisfacente, sia perché non collima con il principio di effettività della tutela assicurata dal G.A. in base all'art. 1 del c.p.a., sia perché comporta la sostanziale rinuncia al ricorso a quegli strumenti istruttori (c.t.u.) la cui introduzione nel giudizio di legittimità ha rappresentato una grande conquista per il processo amministrativo. Eppure esso trova conforto nelle pronunce della Corte di Cassazione, che, ai sensi dell'art. 110 del c.p.a. effettua il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato sia pure *«per soli motivi inerenti alla giurisdizione»*. Peraltro, l'art. 110 riproduce l'art. 111, co. 8, Cost., in quanto avente il medesimo tenore letterale. Il Supremo Collegio ha infatti coniato la fattispecie dell'eccesso di potere giurisdizionale, che si verifica quando il Consiglio di Stato invade il campo riservato al legislatore o all'autorità amministrativa, esercitando per esempio un sindacato di merito nei casi non previsti. Un settore in cui il Supremo Collegio è stato chiamato ad esprimere il suo potere tutorio è quello del sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici di esami o concorsi pubblici (valutazioni inserite in un procedimento amministrativo complesso nel quale viene ad iscriversi il momento valutativo tecnico della commissione esaminatrice quale organo straordinario della pubblica amministrazione), valutazioni gravate da illegittimità soltanto quando il giudizio della commissione esaminatrice sia affetto da illogicità manifesta o da travisamento del fatto in relazione ai presupposti stessi in base ai quali è stato dedotto il giudizio sull'elaborato sottoposto a valutazione. Ebbene, a tal riguardo, il Supremo Collegio afferma che *«la valutazione del giudice amministrativo non valica i confini della sua giurisdizione se si limita ad apprezzare la congruità e logicità del provvedimento impugnato, senza invadere la discrezionalità tecnica dell'amministrazione»*. Così si è espressa la Corte di Cassazione civile¹⁷, rilevando che, come più volte già affermato¹⁸ *«le valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi...sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo - senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo»*. Inoltre gli Ermellini hanno chiarito che *«le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione,*

¹⁷ Cass., S. U., 22 maggio 2012, n. 8071, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 651.

¹⁸ V., fra le altre, Cass., S. U., 21 giugno 2010, n. 14893, in *Foro it.*, 2011, 3, I, p. 837; Cass., S. U., 9 maggio 2011, n. 10065, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, p. 713; Cass., S. U., 19 dicembre 2011, n. 27283, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, p. 1787.

laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione». Nel medesimo senso si è espressa la Corte di Cassazione¹⁹ in un caso in cui era stato proposto un ricorso avverso il provvedimento di non ammissione agli esami orali di abilitazione alla professione di avvocato. Il Supremo Collegio ha rigettato il ricorso ribadendo che «Il sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici di esami o concorsi pubblici (valutazioni inserite in un procedimento amministrativo complesso nel quale viene ad iscriversi il momento valutativo tecnico della commissione esaminatrice quale organo straordinario della pubblica amministrazione), è legittimamente svolto quando il giudizio della commissione esaminatrice è affetto da illogicità manifesta o da travisamento del fatto in relazione ai presupposti stessi in base ai quali è stato dedotto il giudizio sull'elaborato sottoposto a valutazione». Si ricordi anche quanto rilevato in materia di appalti pubblici²⁰, nel senso che «A norma dell'art. 38, comma 1, lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione che bandisce la gara; il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa; l'adozione del criterio della "non condivisione" si traduce, infatti, non in un errore di giudizio - insindacabile davanti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione - ma in uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia in un superamento dei limiti esterni della giurisdizione tale da giustificare l'annullamento della pronuncia del g.a.».

Eppure si registra, da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, se non un vero e proprio *revirement* quantomeno una revisione parzialmente critica della propria granitica posizione sfavorevole ad un sindacato intrinseco, affermando, con una nota pronuncia²¹, che «l'esercizio della discrezionalità tecnica, non

¹⁹ Cass., S. U., 28 maggio 2012, n. 8412, in *Foro it.*, 2012, 10, I, p. 2681.

²⁰ Cass., S. U., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2012, 3, p. 552.

²¹ Cass., S. U., 20 gennaio 14, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057, con nota di B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013.*

essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che del provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può pertanto sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica». Sulla stessa falsariga si pone una pronuncia immediatamente successiva²², con la quale le Sezioni Unite affermano il principio secondo cui il sindacato sulla discrezionalità tecnica, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato (per controllo estrinseco), si estende anche alla verifica (intrinseca) dei fatti posti a fondamento del provvedimento e si allarga pure ai profili tecnici di tali fatti il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità del provvedimento. In altre parole, l'unico limite del controllo del G.A. è quello della mera opinabilità della P.A., cioè quello delle valutazioni di opportunità (ossia dell'interesse pubblico) sottratte ai giudizi di legittimità, non potendo in tal caso la giurisdizione sostituirsi all'Amministrazione. La stessa Corte di Cassazione ha così mostrato una qualche apertura che, «sia pure timidamente e richiamando la giurisprudenza comunitaria»²³, ha permesso di affermare come i confini tra le valutazioni amministrative non sindacabili e la giurisdizione non siano più così rigidi grazie all'applicazione dei principi fondamentali della pienezza della tutela giurisdizionale e della proporzionalità. Conviene riportare uno stralcio di questa importante pronuncia: «l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 3, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione. Il che vuol dire che il giudice, procedendo ad un sindacato di merito, emette una pronunzia autoesecutiva, intendendosi come

²² Cass., S. U., 16 gennaio 2014, n. 774, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, secondo cui «Non è affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale la decisione con cui il giudice amministrativo interpreta le clausole di una convenzione urbanistica alla luce delle regole di buona fede e correttezza che soprassedono alle fasi di formazione, conclusione ed esecuzione della convenzione, essendo alla stessa applicabili i comuni principi dell'ermeneutica contrattuale, sebbene si tratti un accordo destinato a disciplinare gli obblighi e le facoltà incombenti alla parte pubblica e privata in connessione con l'esercizio di potestà autoritative da parte della prima».

²³ A. GIACALONE, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative – Il commento*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 6, p. 677 (nota a Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016, n. 210).

tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. per tutte Cass. S.U. 28 aprile 2011 n. 9443). Si è inoltre precisato che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato, non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non quando il Consiglio di Stato si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la voluntas legis applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto, non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla ratio che il loro coordinamento sistematico rivela. D'altro canto, val la pena di ricordare che, anche sulla spinta evolutiva dell'ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione, si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principii fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale (full jurisdiction. Art. 6 CEDU e art. 47 dei diritti fondamentali dell'Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merito amministrativo, insindacabile»

4. La posizione della giurisprudenza evolutiva.

Si assiste ad ogni modo, negli ultimi anni, al progressivo rafforzamento dell'idea che il G.A., dopo l'abbattimento del muro della irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, possa travolgere anche quello della riserva di amministrazione, al fine di dar vita ad un vero e proprio processo sul rapporto senza riserve di sorta. In questo processo virtuoso assume un ruolo di protagonista la stessa giurisprudenza, sempre più consapevole del proprio ruolo, già solo per la diffusione della tesi del controllo intrinseco sia pure debole. Tale rinnovato atteggiamento è compendiato nella formula sintetica, ma esplicativa, secondo cui «una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità». Tale linea metodologica si rinviene anche in recente giurisprudenza²⁴, la quale avverte che «La discrezionalità tecnica, infatti, esprime un concetto diverso dal merito amministrativo, sicché essa non può essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo, il quale deve esplicarsi in ordine all'apprezzamento, in punto di legittimità, degli elementi di fatto posti alla base del provvedimento impugnato. Tuttavia, la censurabilità della discrezionalità tecnica non deve mai arrivare alla sostituzione del giudice all'amministrazione nell'effettuazione di valutazioni opinabili, ma deve consistere nel controllo, ab externo, dell'esattezza, correttezza, logicità e razionalità del giudizio, senza impingere nel merito (della condivisibili-

²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 1093, in www.giustizia-amministrativa.it.

tà) della scelta compiuta». Il Consiglio di Stato²⁵ ha, di conseguenza, riconsiderato l'assimilazione tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in specie muovendo dall'assunto per cui «la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma — soltanto perché opinabile — in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito». Ha così trovato accoglimento, inaugurando un nuovo filone giurisprudenziale, la tesi del sindacato intrinseco, volta a riconoscere poteri di indagine maggiormente incisivi sulle scelte tecnico-discrezionali dell'Amministrazione. Per l'effetto si è ritenuto che il giudice amministrativo possa estendere il proprio scrutinio alla correttezza del criterio tecnico utilizzato per addivenire alla valutazione: non più, pertanto, la mera valutazione estrinseca dell'operato dell'Amministrazione, priva della possibilità di applicare e ripetere le valutazioni tecniche con le cognizioni da questa utilizzate, ma una vera e propria verifica della correttezza del procedimento e degli esiti raggiunti, con la possibilità di rimettere in discussione il *modus operandi* dei detentori del potere. L'importanza della pronuncia è valorizzata da parte di chi osserva che la stessa ha dato la stura ad un «sindacato diretto...intrinseco...forte»²⁶.

Sullo sfondo del dibattito concernente il *nomen iuris* del sindacato si è, però, innestato un distinto filone giurisprudenziale che, nel ripudiare la filosofia delle «etichette», milita per una concezione più sostanzialista, ispirata al principio dell'effettività della tutela. I sostenitori di quest'ultima posizione — principiando (anche) dai ridotti effetti pratici derivanti dall'adesione all'una o all'altra delle tesi sopra richiamate — osservano come distinguere tra sindacato «debole» e «forte» sia un problema terminologico di trascurabile importanza, di talché si dovrebbe canalizzare l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, ed in cui è attribuito al giudice il compito non di «esercitare un potere», ma di verificare — senza alcuna limitazione — «se il potere a tal fine attribuito all'Amministrazione sia stato correttamente esercitato»²⁷.

Lungo il crinale di siffatte premesse, il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica — in disparte le antinomie dovute a crisi classificatorie — deve potersi attestare su una linea di controllo che, senza ingerirsi

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 in *Foro it.*, 2001, con nota di A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*.

²⁶ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, II, 2017, p. 141.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2347.

nelle scelte discrezionali della Pubblica amministrazione, sia in grado di assicurare la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'Autorità detta, appunto, le regole del gioco. Il Consiglio di Stato, nel caso di specie, non condivide l'impostazione propugnata dai giudici della Suprema Corte, e nel rimarcare la necessità di un sindacato intrinseco, ripercorre l'*excursus* giurisprudenziale e normativo che, mosso dall'intento di garantire la piena attuazione ai principi comunitari e, prima ancora, a quelli contenuti nella Carta Costituzionale (in particolare, gli artt. 24, 103 e 113 Cost.), ha lentamente prodotto la metamorfosi del giudizio amministrativo, facendolo passare da «*giudizio sull'atto*» a «*giudizio sul rapporto*». L'idea che si riporta è quella di garantire un «*giudizio di accertamento dell'eccesso di potere nel quale il giudice amministrativo, pur non spingendosi sino a sindacare la valutazione dei vari interessi fatta dall'autore dell'atto, verifica tuttavia che tali interessi esistano davvero nella realtà fenomenica, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti e che vi sia una coerenza logica nella valutazione compiuta*»²⁸. Col che si conclude, su questa preliminare questione, ricordando come «*il giudizio sulla attendibilità delle scelte di natura tecnica, effettuate dalla pubblica amministrazione, rientri*» — a tutti gli effetti — «*nel perimetro di una moderna giurisdizione di legittimità*», volta a garantire quell'effettività di tutela tanto patrocinata dal diritto europeo²⁹. La sentenza da ultimo citata sembra accogliere quest'ultima tesi con riferimento all'attività contrattuale della P.A., materia che ha registrato sensibili resistenze alla sindacabilità delle valutazioni tecniche delle stazioni appaltanti³⁰. Così, di recente, il Consiglio di Stato³¹ ha ritenuto, in sintonia con la descritta posizione conservatrice della Corte di

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2013, 10, p. 2721, con nota di A. UBALDI, *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*.

²⁹ Così si è espresso il Cons. Stato, n. 26 *cit.*, a proposito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara.

³⁰ Di recente, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 789, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «*Nelle controversie ad oggetto gare pubbliche, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'appaltante in verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della logicità e ragionevolezza e della congruità della istruttoria, ma non può operare la stessa verifica; né può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta, sovrapponendo la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - dell'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso; e nelle procedure per l'aggiudicazione, l'esame delle giustificazioni del soggetto, tenuto a dimostrare la non anomalia dell'offerta, rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, e soltanto in caso di macroscopiche illogicità, errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto, il giudice può intervenire, restando per il resto la capacità di giudizio confinata entro i limiti dell'apprezzamento tecnico di tale tipo di discrezionalità*».

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in *Foro it.*, 2014, 3, III, p. 173, con nota di G. SIGISMONDI, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto d'equilibrio*.

Cassazione, che *«In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa. ... Ne consegue che il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della 'non pretestuosità' della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, al fine di ritenere esistente il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera 'non condivisibilità' della valutazione stessa 'ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente'. In questa prospettiva, il giudice amministrativo può accertare 'l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate' ma non può valutare 'solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura'»*. Così pure si afferma che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in occasione della verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione nell'esercizio della discrezionalità tecnica³². Eppure una decisione del Consiglio di Stato³³, che richiama anche la giurisprudenza di Strasburgo, pare addirittura adombrare, nel campo della discrezionalità (non tecnica ma) schiettamente amministrativa, il potere del giudice di *«appurare l'effettivo perseguimento della scelta ottimale fra più soluzioni possibili»*. Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione di non poco momento, perché sembrerebbe implicare il potere del giudice di accertare quale sia la soluzione più opportuna, ciò che è tradizionalmente riservato alla P.A. Con tale pronuncia il Massimo organo di G.A. rileva che *«L'insindacabilità nel merito di apprezzamenti discrezionali (nella specie, quelli sottesi alla perimetrazione di un Parco naturale), ha subito nel tempo una significativa evoluzione, in linea con i principi costituzionali e comunitari del "giusto processo" - inscindibile dalla effettività della tutela - e del "giusto procedimento amministrativo", che vede la pubblica autorità chiamata a rendere conto in modo sempre più incisivo - e con accresciute modalità di partecipazione e di verifica dei diretti interessati - della razionalità delle proprie determinazioni; con la conseguenza che le limitazioni del sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti discrezionali all'esatta rappresentazione dei fatti ed alla congruità dell'iter logico, seguito dall'Autorità emanante il provvedimento, debbono ormai ritenersi superati dai parametri di attendibilità della valutazione, che sia frutto di discrezionalità tecni-*

³² Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1505, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2016.

³³ Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1330, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2012, 3, p. 677.

ca, e di non arbitrarietà della scelta, ove sia stata esercitata una discrezionalità amministrativa; pertanto, sotto il primo profilo, è ormai pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia».

Ma anche il giudizio cautelare ha risentito di questa rinnovata consapevolezza del giudice amministrativo attraverso l'adozione di pronunce cautelari di natura sostitutiva³⁴, anche a fini di reintegrazione in forma specifica³⁵. Si sono registrate poi ipotesi³⁶ in cui il giudice amministrativo ha sostituito direttamente il risultato di un pubblico concorso, senza il conforto di una c.t.u. ma semplicemente sulla base di relazioni di esperti prodotte dal ricorrente. In un caso il giudice, operando secondo il modello del controllo intrinseco forte, ha senz'altro sostituito la valutazione tecnica operata dalla P.A. con quella posta in essere dal c.t.u., pur essendo tale valutazione solo ipoteticamente erranea³⁷. Non è da escludere che lo stesso legislatore voglia dare una spinta in tal senso, se si pensa che il decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti e delle concessioni, all'art. 80, co. 5, lett. c), non cita più espressioni legate alla motivazione o alla valutazione, bensì alla «dimostrazione», in maniera da assicurare un più pervicace controllo giurisdizionale.

Il percorso avviato è però ben lontano dall'aver raggiunto un punto d'arrivo. Si pensi a quanto di recente affermato dal Consiglio di Stato³⁸ a proposito del parere del Comitato di verifica sulle cause di servizio, che «consiste in un atto connotato da discrezionalità tecnica, fondato su nozioni scientifiche e su dati di esperienza tecnico discrezionale, con la conseguenza che il medesimo nel giudizio amministrativo è insindacabile, salve le ipotesi di irragionevolezza manifesta, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto tali da poter incidere sulla valutazione medica finale, nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito». Ma soprattutto si pensi alla recente lapidaria affermazione dell'Adunanza plenaria, secondo cui «il giudice amministrativo non può mai sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di valutazioni discrezionali, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito stabiliti dalla legge»³⁹.

³⁴ Come T.A.R. Lombardia, 19 gennaio 2004, n. 139, in *www.giustizia-amministrativa.it*: in tal caso, si è statuita la facoltà del ricorrente, leso dall'attività edificatoria intrapresa in base ad una denuncia di attività, di chiedere al giudice l'emissione di un ordine di sospensione dei lavori, attuandosi così una forma di sostituzione del giudice nell'esercizio dei poteri di vigilanza e repressione spettanti alla P.A..

³⁵ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1999, n. 537, in *Urbanistica e app.*, 1999, 11, p. 1237, con nota di L. DE PAULI, *Dietro al "velo di Maja": il risarcimento degli interessi legittimi*.

³⁶ T.A.R. Emilia-Romagna - Parma, 16 luglio 2001, n. 491, in *Dir. Form.*, 2001, p. 876.

³⁷ T.R.G.A. Trento, 12 maggio 1997, n. 105, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 305, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018.

³⁹ Cfr. Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro amm.*, 2016, 6, p. 1470.

5. L'A.G.C.M. e il controllo giurisdizionale.

I poteri dell'A.G.C.M. hanno rappresentato un interessante banco di prova per saggiare la latitudine e l'intensità del sindacato del giudice amministrativo⁴⁰. È ben nota la tesi che, a fronte della peculiare collocazione delle Autorità indipendenti nel firmamento ordinamentale che le rende non accomunabili a qualsiasi autorità amministrativa, opta per un controllo giurisdizionale di minore portata, definito con espressione eloquente «*deferente*». I tempi sono maturi per accedere una ricostruzione diversa che valorizzi ancora una volta il ruolo del giudice amministrativo. Di recente, infatti, il Tar capitolino⁴¹, chiamato ad esprimersi in sede di ottemperanza, a fronte delle articolazioni difensive dell'Autorità nel senso dell'assimilazione dei poteri dell'A.G.C.M. a quelli riconosciuti alla Commissione europea secondo l'ampia discrezionalità che le viene riconosciuta dalla Corte di Giustizia, ha precisato che non è stato messo in discussione «*il riconosciuto ambito di apprezzamento tecnico nella valutazione delle segnalazioni pervenute all'Autorità*», quanto il fatto che, riscontrata la presenza di distorsioni concorrenziali, l'Autorità era obbligata a emanare misure precettive della concorrenza, non potendo circoscrivere il suo intervento ai poteri di *advocacy*. Il Collegio ha, inoltre, evidenziato che nell'esercizio della sua giurisdizione di legittimità, il giudice amministrativo può sindacare con pienezza gli apprezzamenti tecnici e fattuali compiuti dall'Autorità nello svolgimento delle sue funzioni. Ha richiamato a tal uopo anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui «*il giudice può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto della indagine ed il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, anche utilizzando le scienze specialistiche appartenenti all'Autorità*» e può sindacare i relativi atti «*anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati*»⁴². Il Collegio, infine, ha riportato il già esaminato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'A.G.C.M. comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento e si estende anche ai profili tecnici. Rispetto a questi ultimi, se da un lato non è possibile sostituirli in sede giurisdizionale data la loro opinabilità, dall'altro risultano pienamente sindacabili sotto il profilo dell'attendibilità,

⁴⁰ In tema, v. M. FILICE, *Il problematico confine fra i poteri dell'AGCM e il sindacato del giudice – Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 3, p. 389 (nota a sentenza a T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 5 luglio 2016, n. 7732).

⁴¹ T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 5 luglio 2016, n. 7732, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479, in www.giustizia-amministrativa.it.

della logicità e della ragionevolezza. Pertanto, alla luce degli indirizzi più attuali della giurisprudenza, ciò che va affermandosi è uno *standard* di controllo comune al livello europeo, in cui è attribuito al giudice il compito, non di svolgere un potere in materia antitrust, ma di verificare che quest'ultimo sia stato correttamente esercitato⁴³. Residuano dubbi circa la assoluta pienezza del sindacato del giudice dell'ottemperanza rispetto alle valutazioni tecniche esercitate dalle *authority*, come nel caso della perimetrazione del mercato rilevante svolta dall'A.G.C.M. ai fini del rilevamento di un abuso di posizione dominante, potendosi ritenere che, nonostante l'ammissibilità della c.t.u. anche nel giudizio di ottemperanza, la configurazione dei requisiti per l'emanazione di un provvedimento sanzionatorio, costituisce attività non riesercitabile in tale sede tramite la nomina di un Commissario *ad acta*. Tale perplessità non deve tuttavia indurre a trascurare la particolarità del giudizio di ottemperanza, che, come sopra evidenziato (*sub* §1), conferisce al Giudice amministrativo un potere di sindacato di merito; tanto più che la nullità dell'atto in violazione o elusione del giudicato lascia intendere che, come opinato da un recente orientamento⁴⁴, la situazione soggettiva della P.A. sarebbe connotata da un obbligo cui si contrappone un diritto soggettivo all'osservanza del giudicato per il privato.

6. L'influenza della giurisprudenza europea.

Non vi è dubbio che la giurisprudenza nazionale risenta dell'influenza di quella europea per cui non si può comprendere la prima senza ripercorrere, sia pur brevemente, l'evoluzione del pensiero dei giudici europei per quanto attiene al sindacato del giudice amministrativo. Tanto è vero che in dottrina si valorizza⁴⁵ il ruolo, in chiave evolutiva, assunto dalla richiamata fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 16 gennaio 2014, n. 774. È ben noto che la Corte Europea dei diritti dell'Uomo sembra orientarsi per un controllo giurisdizionale intrinseco⁴⁶ sulla base della previsione di cui all'art. 6

⁴³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901, in *Rass. dir. farm.*, 2012, 6, 1195; Cons. Stato, 28 settembre 2012, n. 5140, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2012, 9, p. 2392; Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2013, 4, p. 899; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722, in *Foro Amm. - Cons. St.*, 2013, 5, p. 1406; Cons. Stato, 15 dicembre 2014, n. 6154, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014; Cons. Stato, 2 aprile 2015, n. 1739, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015.

⁴⁴ Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione; la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 42 ss.

⁴⁵ A. GIACALONE, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative - Il commento*, cit., p. 674.

⁴⁶ Si segnala, al riguardo, la pronuncia del 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, in *www.giustizia.it*, ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Placi v. Italy*, 21 gennaio 2014, in *www.giustizia.it*.

C.E.D.U., in tema di «*equo processo*». Ai sensi dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U., «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle contestazioni sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta*». Come si è avuto modo di precisare in dottrina⁴⁷, la lettera dell'art. 6 C.E.D.U. fa riferimento espresso al solo processo civile e penale; tuttavia, grazie all'interpretazione evolutiva della Carta E.D.U., alla quale la Corte europea accede, tale disposizione è divenuta rilevante anche per il diritto amministrativo sostanziale e processuale attraverso l'attribuzione di un significato del tutto autonomo alle espressioni «*accusa penale*»⁴⁸, «*diritti di carattere civile*» e «*tribunale*». Il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'Amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato. In particolare, è la nozione autonoma di *tribunal*, tale da includere qualsiasi autorità (anche amministrativa) in grado di costituire o incidere su posizioni soggettive ad influire sul ruolo che è chiamato a ricoprire il giudice amministrativo al cospetto di posizione giuridiche che assurgono al rango di veri e propri «*civil rights*» ai sensi dell'art. 6, C.E.D.U.⁴⁹. Esiste, quindi, una intima connessione fra una buona amministrazione, che sia trasparente e partecipata, ma soprattutto effettivamente soggetta al sindacato del giudice, e il godimento dei diritti di libertà enunciati dalle Carte dei diritti. Di qui la necessità di realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso il giusto procedimento ovvero attraverso il giusto processo fondato sul pieno accesso ai fatti, anche complessi, che costituiscono il presupposto delle decisioni amministrative.

Da ultimo, occorre fare un breve cenno alla posizione della Corte di Giustizia, che appare, sul punto, ancora oscillante.

A fronte di pronunce che affermavano la necessità di assicurare una tutela piena anche nei confronti degli atti caratterizzati da discrezionalità tecnica, se

⁴⁷ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2012, p. 36 ss.

⁴⁸ Per vero, nell'ampia nozione di accusa penale, la stessa Corte distingue fattispecie che non rientrano nel diritto penale in senso stretto (c.d. «*hard core*»), cui non devono necessariamente essere applicate le garanzie del giusto processo. Sul punto, v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale – Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 4, p. 511 (nota a sentenza a Cons. Stato Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595).

⁴⁹ Come osserva M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 1, 67 (nota a Cons. Stato, sez. VI, 02 ottobre 2014, n. 4491), si va affermando la tesi della necessaria piena attuazione dell'art. 6 C.E.D.U. nel corso del procedimento amministrativo sanzionatorio.

del caso anche mediante sindacato intrinseco del giudice, l'orientamento attuale pare di segno diverso⁵⁰. La Corte ha, in particolare, osservato che gli stessi atti comunitari contenenti valutazioni tecniche sono da essa sindacabili solo in modo estrinseco, per cui non sarebbe possibile richiedere agli Stati membri una tutela più intensa di quella che la giustizia comunitaria assicura avverso i provvedimenti amministrativi europei⁵¹.

Molto più netto è invece l'orientamento della Corte in ordine al controllo giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust⁵². Infatti, alla luce degli indirizzi più attuali della giurisprudenza, ciò che va affermandosi è uno *standard* di controllo comune al livello europeo, in cui è attribuito al giudice il compito non di svolgere un potere in materia *antitrust*, ma di verificare che quest'ultimo sia stato correttamente esercitato⁵³.

7. Spunti per riflessioni future.

L'evoluzione che connota la posizione, non più reazionaria, della Corte di Cassazione va senz'altro salutata con favore. Si potrebbe però operare un confronto, in chiave prospettica, tra il ruolo del giudice amministrativo nei riguardi degli atti dell'Autorità e quello del giudice civile, questa volta al cospetto di atti interpretati esplicitamente dell'autonomia negoziale. Si potrebbe cioè valorizzare la circostanza che l'interesse pubblico, quale stella polare che guida l'operato dell'Amministrazione, non è nella titolarità di questa come fosse un qualsiasi interesse privato, in quanto non è più considerato antagonista e contrapposto rispetto a quelli privati costituendone di questi la sintesi ed al contempo la sublimazione. Tanto più che si assiste negli ultimi anni alla progressiva assimilazione dell'autorità giurisdizionale a quella amministrativa nel senso che ad entrambe si richiedono coefficienti di terzietà ed imparzialità (si pensi all'art. 6 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, e all'art. 42 del codice dei contratti

⁵⁰ Secondo C. Giust. CE, sez. V, 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn Ltd*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 1999, p. 503, con nota di R. CARANTA, nonché C. Giust. CE, sez. II, 15 ottobre 2009, C-425/2008, in www.federalismi.it, il diritto comunitario, in nome dell'autonomia dei singoli Stati in tema di tutela giudiziaria, non impone di istituire rimedi sostitutivi contro le valutazioni tecniche, ben potendo detti Stati optare per un mero controllo estrinseco.

⁵¹ È stato notato che la sentenza *Upjohn Ltd* porta ad esempio atti che non sono amministrativi bensì normativi (quindi di alta amministrazione o schiettamente politici), rispetto ai quali quindi l'opzione per una tutela meno incisiva non dovrebbe sorprendere.

⁵² Cfr. C. Giust. CE, 10 luglio 2008, C-413/06, in *Racc.*, 2008, I-p. 4951; C. Giust. CE, 16 luglio 2009, C- 440/07 in *Racc.*, I- p. 6413; C. Giust. CE, 21 luglio 2011, C- 506/08, in www.informazionegiuridica.myblog.it; C. Giust. CE, 3 maggio 2012, C-285/11, in www.diritto.it; C. Giust. CE, 18 luglio 2013, C-501/11, in www.scuolagiuridica.it.

⁵³ Cfr. Cons. Stato, n. 3901 *cit.*; Cons. Stato, n. 5140 *cit.*; Cons. Stato, n. 1856 *cit.*

pubblici). Se così è non si vede perché il giudice amministrativo non possa conoscere dell'interesse pubblico verificandone in concreto le prospettive di attuazione. Non si giustifica cioè quel *self restraint* che caratterizza l'intervento del giudice civile quando esamina la causa del contratto laddove avverte l'esigenza di non ingerirsi nelle scelte espressive di una sfera di autonomia non sindacabile per definizione. In altre parole, l'interesse pubblico non è paragonabile all'interesse privato siccome ancorabile a valutazioni oggettive che il giudice ben potrebbe operare in luogo dell'Amministrazione. Nemmeno va enfatizzata la distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica ove si esaminino i passaggi che hanno connotato la nascita di tali nozioni. Si rammenta, al riguardo, che, recepita la prima dalla dottrina italiana dietro l'influenza di quella tedesca, si finì per assimilare senz'altro la discrezionalità tecnica a quella amministrativa, in nome della cd. teoria assimilazionista, cosicché le valutazioni tecniche assunsero il nome (improprio) di discrezionalità tecnica: era discrezionale ciò che non era sindacabile. Si vuole dire quindi che la ritrosia della giurisprudenza nel procedere ad un sindacato *funditus* se può giustificarsi rispetto alla discrezionalità amministrativa non pare altrettanto che si possa consentire quando l'amministrazione eserciti un potere tecnico-discrezionale. Tanto più che il G.A. può vantare la possibilità di ricorrere alla c.t.u. che costituisce uno strumento di approfondimento istruttorio di ampio spettro applicativo. E' proprio facendo buon uso della consulenza tecnica che il giudice amministrativo potrà entrare nella vicenda di causa facendo breccia nello schermo costituito dall'atto amministrativo sotto il profilo del travisamento dei fatti che pur costituisce, secondo la tesi tradizionale del sindacato estrinseco, uno dei casi in cui è dato esaminare la legittimità dell'atto amministrativo. L'importanza della c.t.u. non può essere trascurata, se è vero che il c.p.a. distingue tra legittimità e merito, è pur vero che i poteri istruttori sono gli stessi e ogni giudizio tecnico deve essere sottoposto a verifica cioè falsificato secondo la terminologia popperiana. Di questo si è reso conto lo stesso giudice penale che ha raggiunto la consapevolezza delle difficoltà di rinvenire leggi di copertura di tipo scientifico in grado di produrre risultati certi. Si potrebbe temere che il giudizio venga deferito dal Collegio al consulente ma forse nemmeno questa preoccupazione è giustificata viste le modalità operative di tale strumento processuale⁵⁴.

⁵⁴ Si osserva in giurisprudenza che «Nel processo amministrativo la consulenza tecnica d'ufficio, che è un mezzo istruttorio e non una prova vera e propria, può essere disposta dal giudice quando è necessario misurare determinati elementi o fatti di causa con metodi scientifici, fisici, o tecnici; in tali casi la relazione del C.T.U. si pone sul piano dell'integrazione delle prove allegare dalle parti (c.d. consulenza deducibile); oppure quando il giudice non è in grado di formarsi un proprio convincimento utilizzando gli elementi di prova acquisiti, per cui è

Non sembra però che, in tale contesto, una particolare influenza possa produrre la giurisprudenza europea. Non quella della C.E.D.U. perché, in disparte la discutibilità di interpretazioni a volte troppo estensive, le sue pronunce sembrano postulare una continuità ontologica tra autorità amministrativa e giurisdizionale che non si è ancora profilata in senso pieno nel nostro ordinamento. Nemmeno quella della Corte di Giustizia, stante la storica riluttanza di tale organo ad ingerirsi in questioni processuali la cui soluzione è affidata agli ordinamenti nazionali. Possono invece essere valorizzate quelle norme e quei principi che già consentono un cambio di passo.

Si pensi a quel principio di proporzionalità di cui sempre più largo uso fa la giurisprudenza e che consente un'indagine sull'esercizio del potere discrezionale al fine di verificare se il provvedimento utilizzato dalla Pubblica amministrazione, specialmente se sfavorevole al destinatario, sia allo stesso tempo necessario e commisurato al raggiungimento dello scopo prefissato dalla legge. Ma si pensi anche alla *class action* pubblica, per vero non ancora decollata, che, attraverso la verifica dell'efficienza del servizio pubblico, consente al giudice di apprezzare la congruità dell'azione amministrativa rispetto agli *standard* imposti.

Ma fino a che punto può assumere carattere ostativo la riserva di amministrazione?

Si osserva, al riguardo, che non ha fondamento costituzionale e che il controllo sull'amministrazione è insito nella stessa divisione dei poteri in un contesto democratico moderno, perché era l'*ancient regime* che lo escludeva. In effetti vi è da chiedersi perché la divisione dei poteri vale quando a giudicare è il giudice amministrativo e non anche quando lo scranno è del giudice ordinario, se è vero che in sede penale la disapplicazione dell'atto illegittimo non accusa limitazioni di sorta. Peraltro il giudice ordinario, ove chiamato ad esaminare questioni afferenti alla spettanza dell'equo indennizzo, accede senz'altro al fatto. Del resto, l'ontologica differenza tra discrezionalità tecnica ed amministrativa fa sì che il sindacato della prima non sia in grado di intaccare il principio di separazione dei poteri così come non sembra che possa evidenziarsi un *vulnus* alla legittimazione democratica della P.A. atteso che la discrezionalità

necessario accertare o apprezzare l'esistenza, l'entità o la rilevanza di un dato o di fatto mediante l'uso di specifiche conoscenze anche di carattere extrascientifico (c.d. consulenza percipiente). Se in generale le conclusioni di una consulenza deducute sono valutabili dal giudice con riferimento alla coerenza ai quesiti, alla pertinenza ai fatti oggetto dell'indagine, alla corretta applicazione delle regole tecniche o economiche, quelle concernenti invece la consulenza percipiente possono essere respinte qualora appaiono inficiate da macroscopici vizi logici del processo valutativo, all'irrazionalità delle conclusioni, ovvero in caso di macroscopici eventuali errori materiali, e a tal fine il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, deve procedere ad una valutazione necessariamente unitaria, tenendo conto degli elementi che possano indurre a ritenere eventualmente inattendibili le valutazioni effettuate» (cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4624).

tecnica non è esercizio di potere amministrativo in senso stretto, cioè discrezionale. Né si può affermare che l'art. 97 della Costituzione fondi una riserva di valutazione tecnica in favore dei pubblici apparati, in quanto non può presumersi che la P.A. sia più organizzata e più efficiente di qualsiasi altro soggetto, così come non può reggersi sull'art. 17 della l. n. 241/1990 regolando questo un mero meccanismo acceleratorio endoprocedimentale.

Ma il travalicamento dei confini che al momento ostacolano il pieno accesso del giudice amministrativo al fatto si impone per lo stesso principio di effettività contemplato dal c.p.a (art. 1), in quanto non può riconoscere il risarcimento del danno con riguardo agli interessi legittimi pretensivi se non effettuando un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita in capo al privato e quindi valutando se esistano effettivamente i presupposti per il rilascio del provvedimento favorevole. Tale giudizio sarebbe precluso se l'emissione del provvedimento si basa su valutazioni tecniche e la sindacabilità sia solo estrinseca. Non vi sarebbe cioè altra strada che attendere, una volta annullato il diniego, che la p.a. emetta il provvedimento favorevole, per poter conseguire il risarcimento del danno da ritardo⁵⁵. Non si deve, peraltro, trascurare che il più volte menzionato art. 31 co. 3 non si riferisce alle valutazioni tecniche ove parla di discrezionalità e nessuna differenza può legittimamente porsi tra l'azione di adempimento connessa all'azione annullatoria e l'azione di adempimento sul silenzio sotto il profilo dei limiti posti al sindacato del giudice amministrativo.

⁵⁵ La giurisprudenza mostra però delle aperture: «Non incide sull'ammissibilità di una azione verso il silenzio o l'inerzia della p.a. l'ampiezza della discrezionalità amministrativa implicata dagli atti di cui si lamenta il ritardo, dal momento che essa non impedisce il valido esercizio dell'azione, ma inibisce solo al giudice di pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, che ha effetti sulla delimitazione dell'interesse fatto valere nel giudizio, ma conferma la piena ammissibilità del ricorso e della connessa richiesta di risarcimento del danno anche sotto questo profilo» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1° agosto 2014, n. 4090, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2014).

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 dibattuto 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 delinearci 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».

EWALD WIEDERIN
Full professor presso l'Università di Vienna
ewald.wiederin@univie.ac.at

**PROTEZIONE AMBIENTALE O AMPLIAMENTO
AEROPORTUALE?
IL PRINCIPIO DI FULL JURISDICTION
NELL'ORDINAMENTO AUSTRIACO**

**CLIMATE PROTECTION OR AIRPORT EXPANSION?
FULL JURISDICTION IN AUSTRIA**

SINTESI

L'Austria è un paese piuttosto piccolo, privo di particolare importanza globale. Cionondimeno, l'esperienza austriaca in materia di *full jurisdiction* delle corti amministrative può risultare interessante per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'Austria ha recentemente (cinque anni orsono) cambiato radicalmente il proprio sistema processuale amministrativo. In secondo luogo, una recente pronuncia giudiziale ha destato l'attenzione non solo dei giuristi ma anche dell'opinione pubblica provocando un acceso dibattito: nel Febbraio del 2017, la Corte Amministrativa Federale ha disposto l'annullamento del provvedimento di ampliamento dell'aeroporto di Vienna, provocando l'indignazione non solo del management aeroportuale, ma anche del ceto imprenditoriale e di una parte del mondo politico. Questo caso dimostra molto bene che le corti amministrative che operano in *full jurisdiction* possono ricevere maggiore pubblicità delle Corti di Cassazione¹. Già nel Giugno 2017, solo quattro mesi dopo, la Corte Costituzionale ha ribaltato la decisione del giudice amministrativo, riformando la decisione di bloccare i lavori di ampliamento dell'aeroporto, stabilendo che la Corte Federale Amministrativa avesse gravemente violato la legge agendo arbitrariamente. Il contributo, prende spunto dalla citata vicenda, per evidenziare quanto delicata sia la comprensione del ruolo e dei limiti del principio di *full jurisdiction* a fronte di decisioni amministrative connotate da un elevato tasso di politicità.

ABSTRACT

Austria is a rather small country without much global importance. Nevertheless, the experience of this country about the *full jurisdiction* of administrative

¹ M. VAŠEK, *Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bei behördlichen Ermessensentscheidungen*, in *Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung*, 2017/18, pp. 19 ff.

courts may turn out to be interesting for two reasons. First, Austria radically changed its administrative jurisdiction system five years ago. Secondly, a recent judgement attracted not only public attention but also the attention of jurists, by raising a lively debate: in February 2017, the Federal Administrative Court blocked the measure providing for expansion of Vienna airport, by arousing the indignation not only of the airport management but also of entrepreneurs and some politician. This case well demonstrates that the administrative courts having *full jurisdiction* may have more publicity than the Courts of Cassation². Even in June 2017, i.e. only four months later, the Constitutional Court decided in favour of the airport and annulled the challenged decision. The Constitutional Court deemed that the federal administrative court had seriously infringed the law by acting arbitrarily. The essay, inspired by this event, points out how difficult is to understand the role and limits of *full jurisdiction* in case of administrative decisions affected by politics.

PAROLE CHIAVE: Austria – processo amministrativo – casistica giurisprudenziale - full jurisdiction – ruolo – limiti

KEYWORDS: Austria – administrative jurisdiction – case law- full jurisdiction – role – limits

INDICE: 1. The establishment of a Supreme Administrative Court in 1867/1876 and the limitations of its jurisdiction - 2. Outlines of the reform of 2012/2013 - 3. The legal framework of full jurisdiction and its limits - 4. Setting the course: The interpretation by the Supreme Administrative Court - 5. Court decisions on the third runway of Vienna Airport - 6. Concluding remarks

1. The establishment of a Supreme Administrative Court in 1867/1876 and the limitations of its jurisdiction.

Austria is a small country, whose glory lies in the past. So does the glory of its system of administrative jurisdiction: The monarchy was one of the first states to subject its executive to judicial scrutiny³. In 1867, a decision was made against adopting the English model, according to which the ordinary courts are the ones responsible for the judicial control of the administrative action. Instead, a special court was established, with territorial jurisdiction over the whole monarchy⁴. This Supreme Administrative Court resembled the French Conseil d'Etat in many ways, but, unlike the latter, it was not part of the execu-

² M. VAŠEK, *Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bei behördlichen Ermessensentscheidungen*, in *Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung*, 2017/18, pp. 19 ff.

³ Cf. T. OLECHOSWKI, *Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, Wien, Manz, 1999, pp. 38 ff.

⁴ See Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, *Reichsgesetzblatt* Nr. 144/1867, Art. 15 para. 2.

tive, but rather a genuine court⁵. A complaint to the Supreme Administrative Court could only be brought after the internal administrative remedies had been exhausted⁶. Especially this included the internal appeal, which could generally be made all the way to the top, to the highest administrative authority, the Ministry itself⁷. Nonetheless, after the internal administrative remedies had been exhausted any administrative act could, in principle⁸, be challenged before the Supreme Administrative Court. During the inter-war period the scope of legal protection was gradually expanded: the neglect of duty to come to a timely administrative decision also became challengeable, followed by the right to oppose acts of direct administrative power and compulsion⁹.

However, the jurisdiction of the Supreme Administrative Court was limited in many ways, so it was nowhere near the full jurisdiction¹⁰.

First, the Court was bound by the facts of the case, which were determined and established by the administrative body¹¹. It was not entitled to hear witnesses, nor to appoint experts or to conduct inspections on its own. It could only review whether the administrative authority had acted lawfully in the course of determining the facts.

Second, the Court was only entitled to verify whether citizens' subjective legal rights were infringed by the contested administrative decision¹². Objective unlawfulness could only be addressed by the Court if, as an exception, an administrative organ was authorised to appeal to the Court in order to protect

⁵ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, Springer, 1927, pp. 373 ff.; E. WIEDERIN, Grundfragen der Neuorganisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, *Reflexionen über Demokratie und Recht. in Festakt aus Anlass des 60. Geburtstages von Clemens Jabloner*, edited by R. Walter and K. Zeleny, Wien, Manz, 2009, pp. 33 ff. (36 ff.).

⁶ Gesetz betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, *Reichsgesetzblatt* Nr. 36/1876, section 5.

⁷ R. HERRNRIIT, *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1921, pp. 468 ff.; L. ADAMOVICH, *Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes)*, 2nd edition, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1932, p. 294.

⁸ For some exceptions, cf. J. ULBRICH, *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes*, Wien, Manz, 1904, pp. 362 f., and T. OLECHOWSKI, *Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, op. cit., pp. 181 ff.

⁹ For an overview of the evolution cf. K. RINGHOFER, *Der Verwaltungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln, Styria, 1955, pp. 87 ff., and P. OBERNDORFER, *Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ein Grundriß für Studium und Praxis*, Linz, Trauner, 1983, pp. 28 ff.

¹⁰ For a good presentation of the peculiarities of the Austrian model, cf. G. WINKLER, *Die Entscheidungsbefugnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs im Lichte der Gewaltentrennung*, in *Staatsbürger und Staatsgewalt. Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart vol. I*, edited by H. R. Külz and R. Naumann, Karlsruhe, C.F. Müller, 1963, pp. 279 ff.

¹¹ K. RINGHOFER, *Der Verwaltungsgerichtshof*, op. cit., pp. 212 ff.

¹² R. WALTER, *Österreichisches Verfassungsrecht. System*, Wien, Manz, 1972, pp. 671 f.; G. Ress, Das subjektive öffentliche Recht, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, edited by H. P. Rill, Wien, Orac, 1979, pp. 105 ff. (113 ff.).

public interests¹³. This was a rather rare case and the opportunity was used even more rarely.

Third, the Court was not allowed to review those matters in which the administration was given discretionary power. At first, the discretion was a complete taboo, the Court simply lacked jurisdiction over discretionary decisions¹⁴. In 1920 the jurisdiction was extended but the control density was reduced: when it came to discretionary matters, the Court was only entitled to review whether the administrative body had lawfully applied its statutory discretion¹⁵. Yet, with further development, this restriction lost its significance because the Supreme Administrative Court itself intensified the control¹⁶.

Fourth, the Court could only rescind the contested decision; it was neither authorised able to modify it nor to decide on the merits of the case¹⁷. This characteristic, known as the cassation principle, marked the Austrian system of administrative jurisdiction for almost 140 years. It can be traced back to a compromise between the parliament and the government which was achieved after tough negotiations in 1875¹⁸. The parliament wanted the Court to resolve the matters within its jurisdiction to the full extent. It accused the government of a constitutional breach, because it refused to accept the Court's power to judge the case on its merits. The government countered with the accusation of an administrative breach: if the Supreme Administrative Court was allowed to have full jurisdiction, this would lead to a breakdown of the administration, which would then be replaced by the Court. This circumstance would, however, contravene the principle of the separation of powers. The Supreme Administrative Court should only have judicial, but not the executive power.

In practice, the cassation principle meant that the Supreme Administrative Court could give the citizens only a partial win. When the unlawful administrative decision was set aside by the court, this did not automatically lead to the desired victory. Instead, the case was referred back to the authority, that

¹³ W. ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Manz, 1954, pp. 297 f.

¹⁴ R. HERRNRITT, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechtes*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1909, p. 194.

¹⁵ H. Kelsen, G. Froehlich, A. Merkl, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Wien-Leipzig, Deuticke, 1922, pp. 242 ff.; R. Herrnritt, *Österreichisches Verwaltungsrecht. Ein Grundriß der Rechtstheorie und Gesetzgebung der inneren Verwaltung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1925, p. 137.

¹⁶ B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York, Springer, 1998, pp. 299 ff.

¹⁷ K. Ringhofer, *Der Verwaltungsgerichtshof*, op. cit., pp. 220 f.; L. K. Adamovich, B.-C. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York, Springer, 1980, pp. 350 f.

¹⁸ For details and references, see T. Olechowski, *Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, op. cit., pp. 154 ff.

had issued the unlawful decision in the first place. It was now obliged to issue a new, this time lawful decision and was thereby bound by the legal grounds on which the Court reasoned its setting aside order¹⁹. However, the administrative body in question had to consider any legal or factual changes which had occurred since then. Administration would often find yet another reason to do the same thing again, as it had done in the first round, so the citizen had to appeal against the new decision once again to the Supreme Administrative Court. This could go on repeatedly back and forth between the administration and the Court. In complicated proceedings, five or more complaints and set aside orders were by no means uncommon

2. Outlines of the reform of 2012/2013.

This kind of system of administrative jurisdiction was considered anachronistic already 100 years ago²⁰. When the monarchy collapsed in 1918, the social democrats wanted to introduce a two-stage administrative jurisdiction. This was prevented by an alliance of centralized bureaucracy, seeing it as a threat for its positions, and the federal states, fearing for their own influence. Austria evolved further towards an administrative state²¹, a development that also had its advantages after World War II. However, the accession to the European Convention on Human Rights caused some difficulties. Its Art. 6 states that everyone has the right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his civil rights or in any criminal charges against him. The European Court of Human Rights in Strasbourg interpreted the scope of this guarantee extensively and also established that the re-evaluation of the questions of fact is also guaranteed under Art. 6. The Austrian legal situation was not in accordance with this, since the administration was the one determining the facts of the case and the Supreme Administrative Court was bound by its determination²².

¹⁹ P. OBERNDORFER, *Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 166 f., 185 ff.

²⁰ A prominent critic was Karl Renner, the founder of the republic, who headed the first government in 1918 as well as in 1945 and became president in December 1945. See K. RENNER, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich. Erster Teil: Nation und Staat*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1917, pp. 215 ff.

²¹ Cf. E. WIEDERIN, *Evolution and Gestalt of the Austrian State*, in *The Max Planck Handbooks in European Public Law vol. 1: The Administrative State*, edited by A. v. Bogdandy, S. Cassese and P. M. Huber, Oxford, OUP, 2017, pp. 124 ff. (126 f., 149 f.).

²² Cf. C. KOPETZKI, *Zur Anwendbarkeit des Art. 6 MRK im österreichischen Verwaltungsstrafverfahren*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht vol. 42*, 1982, pp. 1 ff, and C. GRABENWARTER, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Studie zu Artikel 6*

The accession to the European Union only increased and deepened this problem, because the right to a fair trial pursuant to Art. 47 CFREU is applied wherever the citizens' rights are in question. It is irrelevant whether the claims come from a civil or public law matter.

Shortly before the accession, Austria tried to use a French approach to this problem and established collegial bodies within the administration, that were part of the administration and as such, not really genuine courts²³. However, their members were not bound by any administrative directives; moreover, they were employed on a long-term basis for at least six years, if not even permanently. The experience with these administrative senates is ambivalent because they were a sort of hybrid beings. Yet, since there was no other way to fulfill the guarantees of the Convention and the Charter, over time they gradually gained competences. Moreover, some further special senates were also established using the same pattern: the special senate for asylum matters, then the senate for public procurement, and finally, the senate for finance and taxation matters²⁴. The result was a complex, difficult, expensive system consisting of many tracks and working at different paces.

After almost twenty years of muddling through, a substantial reform was passed in 2012²⁵ and 2013²⁶, making the situation once again more transparent, simpler, more uniform and more rapid, without incurring more costs. This reform is based on four pillars²⁷.

The first important change was a radical abolition of internal administrative remedies. In the past, almost always there were two, often even three instances²⁸; today, the first instance authority is the last instance authority at the

EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Wien-New York, Springer, 1997, pp. 294 ff.

²³ Cf. F. KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*, 3rd edition, Wien, Manz, 1996, pp. 836 ff.; H. MAYER, *Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern*, in *Verfassungsänderungen 1988*, edited by R. Walter, Wien, Manz, 1989, pp. 83 ff.; for their procedure R. THIENEL, *Das Verfahren der Verwaltungssenate*, 2nd edition, Wien, Verlag Österreich, 1992.

²⁴ Cf. *Verfassungsrecht*, 7th edition, Wien, Facultas, pp. 285 ff.

²⁵ Cf. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, *Bundesgesetzblatt I* Nr. 51/2012, for the constitutional changes.

²⁶ Cf. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, *Bundesgesetzblatt I* Nr. 3/2013, for the implementing laws.

²⁷ For an overview, cf. R. THIENEL, *Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, LexisNexis, 2013, pp. 4 ff., and H. MAYER, G. KUCSKO-STADLMAYER, K. STÖGER, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 11th edition, Wien, Manz, 2015, pp. 450 ff.; for a commentary on the constitutional provisions, see R. FABER, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Verlag Österreich, 2013.

²⁸ See F. KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., pp. 779 ff.

same time²⁹. As a result, the administration has only one shot and therefore has to get things right straightaway.

The second foundation of this reform is the establishment of eleven new administrative courts: nine state administrative courts, one for each Austrian federal state, and two federative administrative courts - one for the finance and taxation matters and one for miscellaneous matters, which we call administrative matters³⁰. With more than 200 judges, both federative courts are quite large. They also have some regional offices, to enable those outside Vienna to assert their rights as well.

The third characteristic is the changed role of the Supreme Administrative Court³¹. It used to have a broad jurisdiction, now it is the final appellate court with jurisdiction mostly over those cases that raise legal questions of essential importance³².

The fourth change is the most important one for the topic of this conference: the jurisdictional limits of the old Supreme Administrative Court were pushed back, and the new administrative courts, in principle, extensively review the administration. They determine the facts and they conclusively resolve the cases brought before them, instead of just setting aside the contested decision and passing the ball back to the administration. In Austrian legal terminology the *terminus technicus* for this is that the court decides on the merits of the case itself.

Cassatory or reformatory decision? What kind of powers should the administrative courts have? Should they only say yes or no to the contested administrative act, without being able to modify it? Just like in the monarchy, this question was once again the major point in the debate over the reform, yet this time the outcome was a very different one. At first, there were also some concerns about the separation of powers. Namely the federal states were afraid that the administrative courts would take the administration away from them and that they would do more than just control. Yet, the vast majority dismissed

²⁹ There is only one exception for municipalities in their own sphere of competence: cf. Art. 132 para. 6 Bundes-Verfassungsgesetz.

³⁰ Cf. A. HAUER, *Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechts*, 3rd edition, Linz, Pedell, 2014, pp. 9 ff.

³¹ Cf. M. KÖHLER, *Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Veränderungen im Verfahren vor dem VwGH*, in *Öffentliches Recht Jahrbuch 2014*, edited by G. Baumgartner, Wien-Graz, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2014, pp. 83 ff.

³² Cf. D. KOLONOVITS, G. MUZAK, K. STÖGER, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts einschließlich der Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und dem VwGH*, 10th edition, Wien, Manz, 2014, pp. 743 f., 756 f.; E. WIEDERIN, Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, in *Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*, edited by M. Holoubek and M. Lang, Wien, Linde, 2015, pp. 33 ff.

these concerns, mostly due to three arguments. First, it is faster and less expensive if the administrative courts decide the case to its very end. It often takes a little; usually it is enough just to make some minor corrections of the decision, for instance by revising the facts of the case, modifying the reasoning and adjusting the verdict. Second, the judgment is more in line with the rule of law, because the citizens get what they want and need directly from the court: the administration is no longer able to impede the case by pulling out another argument out of the hat, in order to deny the citizen's request. Finally, the experience with the senates showed that the administration too prefers to get rid of the case as soon as it reaches the court. Sometimes there was almost the impression that the authorities would delegate the matter upwards.

3. The legal framework of full jurisdiction and its limits.

So, lots of reasons for the decision on the merits. Were the expectations confirmed by practice? Before I move on to the Austrian experience, I would like to explain briefly those constellations that require a reformatory decision, and those where the administrative courts are also given an option to set aside the contested act and refer it back to the issuing authority instead.

As this was a central issue, some answers can already be found in the Federal Constitution itself³³. Unlike the Italian or the German Constitution, the Austrian Constitution is very detailed, and it depicts all the essential elements of the new system of administrative jurisdiction. According to its Art. 130 para. 4, there are three constellations in which the decision on the merits is compulsory, so the administrative court does not have an option:

- in administrative penal matters,
- when the relevant facts of the case have been established,
- when the facts of the case have still not been established, but the administrative court itself can do this more efficiently than it would be the case after setting aside the decision of the administrative authority.

Where there are no constitutional obligations for decision on the merits, the compulsion might still arise out of procedural provisions. Namely, the Administrative Courts Proceedings Act further states that the administrative court has to decide on the case merits if the administrative authority did not

³³ Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), *Bundesgesetzblatt* Nr. 1/1930, last changed by *Bundesgesetzblatt* I Nr. 138/2017.

object to this when submitting the complaint³⁴. In practice, these objections occur seldom, if ever. I have personally never seen a single one and I also do not know anybody who has.

However, one cannot simply conclude that the decision on the merits is always required, since there are two exceptions to this rule.

First, instead of deciding on the merits of the case, the court is required to set aside the contested administrative act and refer it back to the authority, if the law provides the authority with discretion and the Constitution does not oblige the court to do otherwise³⁵. Here it can be noticed that the principle of separation of powers has been considered after all – the administration is the one who should make use of the legal gaps and ambiguities, because it is closer to the people and enjoys greater democratic legitimacy than the court.

Second, the court has an option, when the authority failed to carry out the required investigations of the facts³⁶. In this case it can set aside the contested decision and refer the matter back to the authority for the issue of a new administrative decision. Yet, the court is not obliged to do so and it may also decide the case by itself.

Rule, opposite rule, exception, opposite exception – these confusing regulations are causing quite some problems of understanding because they are not consistent in themselves³⁷. Those who emphasize the principle of procedural economy and the fact that the authority fails to make an objection will favor the decision on the merits; those who highlight the authority's failure to undertake the necessary investigations will consider the referral to the authority possible already when there are small procedural irregularities.

The fact that the constitution requires the administrative court to decide on the merits of the case if it can establish the relevant facts more efficiently in terms of time and cost shows, however, that not every incomplete inquiry opens a door for a referral

³⁴ Section 28 para. 3 1st sentence Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), *Bundesgesetzblatt I* Nr. 33/2013, last changed by *Bundesgesetzblatt I* Nr. 138/2017.

³⁵ Section 28 para. 4 1st sentence VwGVG.

³⁶ Section 28 para. 3 2nd sentence VwGVG.

³⁷ For an overview of the discussion, cf. J. HENGSTSCHLÄGER, D. LEEB, *Verwaltungsverfahrensrecht. Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten*, 5th edition, Wien, Facultas, 2014, pp. 554 f.; D. KOLONOVITS, G. MUZAK, K. STÖGER, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, op. cit., pp. 477 ff.; C. GRABENWARTER/M. FISTER, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 4th edition, Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 232 ff.; K. PABEL, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, edited by J. Fischer, W. Steiner and K. Pabel, Wien, Jan Sramek, 2013, pp. 379 ff. (410 ff.); M. ZUSSNER, Zur Wahl der Verwaltungsgerichte zwischen kassatorischer und reformatorischer Entscheidung, in *Zeitschrift für Verwaltung*, 2015, pp. 451 ff.

4. Setting the course: The interpretation by the Supreme Administrative Court.

In his first landmark decision, the Supreme Administrative Court – the competent highest court – decided in favor of a strict priority of the decision on the merits. The case was about a man, who obtained a weapon prohibition order, because he was shooting into the water of an artificial lake with an unregistered semi-automatic gun while drunk. As a result, the authority prohibited him to own a firearm. The shooter complained, and the administrative court of Upper Austria upheld his complaint and set aside the contested decision³⁸. In its opinion the prohibition order was excessive, since it did not contain any temporal or functional limits. An absolute ban would be possible only under very specific circumstances. Therefore, the case had to be referred back to the authority, so that it could determine any specific references, which could justify the absolute prohibition order. This was supported by the argument that the authority should be left with some room for executive discretion. Due to their function the administrative courts must limit themselves to the review of legality.

The authority filed a final complaint against this and the Supreme Administrative Court ruled in its favor³⁹. It concluded the the administrative court should not have referred the case back to the authority, instead it should have decided on the merits of the case itself. First, the law does not provide the authority with discretion. Second, the weapon prohibition order can and must be expressed in an absolute manner. Third, thereout follows that the substantial facts of the case were clear, and that the decision on the merits was even constitutionally required. Fourth, the authority did not make any objection, so that the decision on the merits would have also been appropriate due to the procedural economy, even if the facts of the case were not fully established.

The Supreme Administrative Court was also not convinced by arguments concerning the separation of powers. Quite accurately, it noted that the Constitution itself rejected these arguments once it extensively compelled the administrative court to pass reformatory rulings. Against this backdrop, the legal provisions regulating the remaining margin must also be interpreted in line with the priority of reformatory decision.

This means that, in principle, the investigative gaps should be closed by

³⁸ Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, judgment of 17 February 2014, LVwG-750135/2/Gf/Rt.

³⁹ Verwaltungsgerichtshof, judgment of 26 June 2014, Ro 2014/03/0063.

the administrative court if and to the extent that this is faster or less expensive⁴⁰. The referral is only appropriate in case of significant gaps, which could be closed more efficiently by the authority.

5. Court decisions on the third runway of Vienna Airport.

The traffic at the Vienna Airport is currently managed through two main runways, although the number of the passengers has been growing for years now. In order to prevent capacity bottlenecks, the Airport planned an expansion and applied for the construction of a third runway. The state government of Lower Austria was the competent authority. It conducted the environmental impact assessment, that resulted in a positive outcome. The affected citizens and some public action groups complained successfully against this permit: in February 2017 the court forbade the construction of the third runway⁴¹. Indeed, there have been several public interests in favor of the expansion of the airport: the demand for flight connections would be on the rise, Austria's business location would profit and the expansion would be beneficial for the flight safety. The effects of the expansion concerning the tax revenues and plants and animals protection were evaluated as neutral by the court. However, the court saw negative effects regarding the environment protection, especially the climate protection and regarding the land consumption because 661 hectares of the farmland would have to be sacrificed.

In its final consideration, the court concluded that the public interests against the construction prevailed. First, the climate protection is highly valued both in Austrian constitutional law and European law. Second, Austria is bound by the national and international law to reduce its greenhouse gas emissions. The expansion of the airport might make it impossible to fulfill these obligations. Third, the preservation of the valuable farmland is necessary to secure the supplies for future generations.

It was not only the airport that was shocked by this ruling. It provoked a debate that was just as heated as the debate over the Constitutional Court's de-

⁴⁰ In the same line: Verwaltungsgerichtshof, judgments of 30 September 2014, Ro 2014/22/0022; 12 November 2014, Ra 2014/20/0029; 15 December 2014, Ro 2014/17/0121; 7 February 2015, Ra 2014/09/0027; 26 March 2015, Ro 2015/22/0011; 30 June 2015, Ra 2014/03/0054; 30 June 2015, Ra 2015/03/0022; 26 April 2016, Ro 2015/03/0038; 22 June 2016, Ra 2016/03/0027; 6 July 2016, Ro 2015/01/0013; 21 February 2017, Ro 2016/12/0004; 30 March 2017, Ro 2015/03/0036; 29 September 2017, Ro 2015/10/0027; 28 February 2018, Ra 2016/04/0061.

⁴¹ Bundesverwaltungsgericht, judgment of 2 February 2017, W109 2000179-1/291E.

cision on the presidential election. Environmental organizations cheered because finally an independent court had taken the environmental protection seriously. Representatives of industry, trade and commerce, however, saw a massive danger to the business location. Due to their pressure, delegates of the governing party made a parliamentary proposal to enact a constitutional commitment to growth, employment and a competitive business location⁴². The governors, who are the states' prime ministers, questioned the reform itself and called for the reconsideration of the recently established full jurisdiction of administrative courts and for the return to the cassation model⁴³. The three judges who passed the judgment were verbally abused in the public and confronted with criminal charges from the prosecutor's office⁴⁴. The airport launched a marketing campaign in favor of the third runway and filed two appeals: a final complaint before the Supreme Administrative Court claiming the illegality of the administrative court's decision and a complaint to the Constitutional Court, in which it asserted a constitutional infringement.

Already in June 2017, which means only four months after the court's ruling, the Constitutional Court decided in favor of the airport and annulled the contested decision⁴⁵. The Constitutional Court held that the federal administrative court had gravely misapplied the law and thereby acted arbitrarily. First, the court should have only considered the emissions during the takeoff and landing without including the emissions during the flight in its calculations. Second, the court should have only taken into account those public interests which have been explicitly stipulated in the Aviation Act. Apart from these, the court is not allowed to include in its assessment the environmental protection which is postulated as a state objective in the Austrian Constitution⁴⁶, Austrian international commitments, or any political declarations of intent made by the government.

This ruling pleased the politics. Austria was spared from enacting new state objectives such as growth, employment and competitiveness⁴⁷, and no one talked about reversing the reform any longer. Yet, just like the administra-

⁴² Initiativantrag Nr. 2172/A XXV. Gesetzgebungsperiode.

⁴³ Der Standard 19 April 2017.

⁴⁴ W. BERGTHALER, *Gerichte und Gerichte*, in *Zeitschrift für Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2017, pp. 73 f.

⁴⁵ Verfassungsgerichtshof, judgment of 29 June 2017, E 875, 886/2017.

⁴⁶ Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, *Bundesgesetzblatt I* Nr. 111/2013, section 3.

⁴⁷ Cf. E. WAGNER, *Was bislang geschah: Staatszieldebatte/VfGH hebt Urteil Dritte Piste auf*, in *Recht der Umwelt*, 2017, pp. 149 ff., for criticism of these proposals.

tive court in the political debates, the Constitutional Court was also heavily criticized in the legal discussions⁴⁸. And indeed, some elements of the judgment are bizzare, much of it is exaggerated. The fact that the Constitutional Court reached its verdict in record time gave the public the impression of a constitutional catastrophe which had to be prevented⁴⁹. However, the accusation of arbitrariness lies on a rather weak footing⁵⁰. Namely, the Federal Administrative Court applied the Aviation Act and, in doing so, interpreted the provision which obliged it to consider public interests systematically and in conformity with the constitutional and international law. This was also in line with the methodological standards. If the Federal Administrative Court had made a mistake in doing so, the Supreme Administrative Court could have pointed to this mistake and corrected it. The accusation of arbitrariness, on the other hand, is pulled out of thin air, because the Federal Administrative Court's interpretation of the Aviation Act was consistent with the previous case law of the Supreme Administrative Court, and the Federal Administrative Court thoroughly substantiated its conclusion. Thus, the critics used this accusation against the Constitutional Court itself and criticized it for poorly serving the Constitution and the rule of law⁵¹.

6. Concluding remarks.

What can we learn from this case? Quite some aspects are uniquely Austrian, yet some might possibly be generalized. There are three main points which should be highlighted.

First, the case shows that political decisions remain political even if they are taken by a court. Those who make front page decisions are bound to be drawn into a public debate whether they like it or not. The courts have little to

⁴⁸ A. BALTHASAR, *Zu kurz gegriffen*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2017, pp. 577 ff.; C. FUCHS, *Interessenabwägung, Ermessen, dritte Piste Flughafen Wien*, in *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, pp. 192 ff.; S. HUBER, *Interessenabwägung im LFG*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2017, pp. 325 ff.; F. KERSCHNER, *VfGH 3. Piste und juristische Methode: Verfassungskonforme Auslegung verfassungswidrig?* in *Recht der Umwelt*, 2017, pp. 190 ff.; V. MADNER, E. SCHULEV-STEINDL, *Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür?* in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2017, pp. 589 ff.; F. MERLI, *Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH-Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien*, in *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2017, pp. 682 ff.; S. STORR, *Überlegungen zu Abwägungen*, in *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, pp. 184 ff.

⁴⁹ F. MERLI, *Ein seltsamer Fall von Willkür*, op. cit., p. 686.

⁵⁰ V. MADNER, E. SCHULEV-STEINDL, *Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür?* op. cit., p. 599.

⁵¹ F. KERSCHNER, *VfGH 3. Piste und juristische Methode*, op. cit., p. 195; F. MERLI, *Ein seltsamer Fall von Willkür*, op. cit., p. 687.

win in such a debate. They can only speak through their judgments, but not about them. Most often, they have already lost at the very moment when they try to defend their judgments publically. If their justification goes beyond the judgment itself, they admit that their reasoning was incomplete. If they only repeat the reasoning, they will be accused of not addressing the criticism at all.

Second, it became obvious that the exercise of discretion and decisions based on predictions are better off with the administration than with the courts. The legislator should therefore grant the administration priority and allow it some discretion. But even where the legislator failed to do so, courts would be well advised to show restraint in case of doubt. After the administration assessed the public interests and weighed them against each other, the courts should not weigh them otherwise without a compelling need. Courts have already enough to cope with finding a fair balance between the citizens and the administration.

Third, the Austrian example shows that the constitution is not the right place to regulate the jurisdiction of the administrative courts in detail. In the beginning, everybody was convinced that full jurisdiction makes sense; only a case later, after the third runway decision, many of them changed their opinion once again. This quick turnaround indicates that the decision is in better hands with the legislator.

II

STUDI

GIANMARCO POLI

Dottore di ricerca in diritto pubblico

Professore a contratto di diritto processuale amministrativo

presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Luiss

gpoli@luiss.it

LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E L'AUTONOMIA PRIVATA DAVANTI ALLA LEGGE.

THE ADMINISTRATIVE DISCRETION AND THE PRIVATE AUTONOMY IN THE PRESENCE OF THE LAW

SINTESI

La centralità dell'individuo, che testimonia il passaggio a una versione più adulta dello Stato di diritto, ha reso necessario un riequilibrio nel rapporto con la pubblica amministrazione. La ricerca di parità nelle garanzie predisposte dalla legge ha reso inevitabile sottoporre a verifica la tenuta di uno dei concetti che ha portato nel tempo a separare il diritto pubblico dal diritto comune: la diversità tra autonomia privata e potere discrezionale. L'indagine, condotta alla luce del rapporto con la legge, ha lasciato emergere che nell'ordinamento non esiste un'ontologica diversità tra le due nozioni, evidenziando che, dietro lo schermo delle diverse denominazioni, si cela una sostanza pressoché identica. Nel diritto pubblico, allo stesso modo che nel diritto privato, le norme che disciplinano un potere, in quanto preordinate a proteggere interessi di soggetti che a esso si contrappongono, appartengono alla categoria delle norme cd. di relazione. Anche le disposizioni sul fine pubblico partecipano della stessa logica. Ne discende che il potere discrezionale (come l'autonomia privata), nella parte non regolata dalla legge, riserva al proprio titolare un margine di libertà assoluta che non tollera interferenze da parte del giudice. Tale acquisizione ha comportato la necessità di rivedere il modello di protezione degli interessi (pubblici e privati) che ricadono nell'orbita dell'agire amministrativo discrezionale, attingendo alle categorie logiche del diritto comune. Si è, così, illustrato come, anche nel diritto amministrativo, lo strumento delle clausole generali riesca a meglio bilanciare le esigenze di tutela degli amministrati (elevando le relative pretese al rango di diritti) con la libertà dell'amministrazione di assumere scelte di merito, sottoposte unicamente al giudizio dell'elettorato.

ABSTRACT

The pivotal position of individuals, that witness a modern version of the State, made necessary a rebalancing in the relationship between individuals and the public administration. The search for equality in guarantees provided for by

law made inevitable to test the difference between private autonomy and discretionary power, that led over time to separate public law from private law. The present study, that takes into account the relationship with law, shows that in the legal system there is no difference between the two concepts, a part from the different title. Both in public law and in private law, laws regulating powers, aimed at protecting the interests of subjects opposing this power, are the so called relation norms. Also laws on the public purpose share the same logic. Therefore, the discretionary power (as the private autonomy), gives to its owner a margin of absolute freedom that does not tolerate interference by judges. This assumption has led to the need to revise the model of protection of interests (public and private) that fall under the orbit of discretionary administrative action, drawing on the logical categories of private law. It was thus illustrated how, even in administrative law, the instrument of general clauses manages to better balance the needs of protection of the administrators (raising the related claims to the rank of rights) with the freedom of the administration to take choices of merit, subject only to the judgment of the electorate.

PAROLE CHIAVE: autonomia, discrezionalità, comparazione, parità, legge

KEYWORDS: autonomy, dcretion, comparison, equality, law

INDICE: 1. Premessa: le finalità di un raffronto e le sue conseguenze pratiche – 2. La legge come prospettiva di confronto – 3. Autonomia privata e clausole generali – 4. La discrezionalità amministrativa e il ruolo dei principi generali – 5. Le ragioni di insoddisfazione suscitate dal pensiero tradizionale – 6. Discrezionalità e vincolo sul fine: dalle norme d'azione alle norme di relazione – 7. Il merito amministrativo come libertà dell'Amministrazione

1. Premessa: le finalità di un raffronto e le sue conseguenze pratiche.

Il diritto amministrativo, a un punto della sua parabola evolutiva¹, si è affermato nel nostro Paese come nuovo ramo del diritto, caratterizzato dall'essere un sistema giuridico conchiuso, retto da un «*costrutto organico di principi*» e concetti giuridici propri, autonomi e incompatibili con quelli impiegati nel diritto comune².

Questa spinta verso la specialità, mossa dall'intento di apprestare un maggior grado di tutela ai cittadini nei confronti di uno Stato di tipo ottocentesco, si è fondata su una concezione della relazione tra autorità e individuo in termini contrappositivi.

È, dunque, naturale che un rifiuto così netto delle categorie del diritto privato abbia cominciato a smarrire la sua ragion d'essere con l'avvento della

¹ Momento che, per opinione diffusa, si fa coincidere con la cd. "svolta orlandiana" di fine '800. Su questi temi, di recente, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800 – 1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim* (in particolare p. 7 ss. e p. 67 ss.).

² M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 463 ss.

democrazia costituzionale che, identificando nell'individuo la base legittimante del potere pubblico, ha assegnato a quest'ultimo il ruolo (collaborativo) di strumento per il pieno svolgimento e lo sviluppo della persona umana.

La centralità dell'individuo, che testimonia il passaggio a una versione più adulta dello Stato di diritto, ha recato con sé la necessità di riequilibrare il rapporto con la pubblica amministrazione, attraverso il raggiungimento di una situazione di eguaglianza nelle garanzie predisposte dalla legge. Una ricerca di parità, funzionale a controbilanciare la naturale diversità insita nella contrapposizione tra potere pubblico e sfera individuale, che mal si conciliava con l'esistenza di un diritto a sé stante³.

Il cennato cambio di prospettiva ha, dunque, reso inevitabile sottoporre a verifica la tenuta dogmatica, nonché l'utilità pratica, di alcuni concetti e moduli operativi – ancora largamente radicati nel pensiero comune – su cui la autonomia del diritto amministrativo si è sempre retta. Un'operazione che si è rivelata necessaria, soprattutto per quelle nozioni elaborate in seno alla scienza dell'amministrazione che, celando dietro lo schermo delle (diverse) denominazioni una sostanza potenzialmente identica, apparivano suscettibili di rivisitazione dogmatica alla luce delle categorie di diritto comune.

Tra di esse, una delle costruzioni che ha meglio rappresentato, incarnandola, la specialità del diritto amministrativo è senz'altro la prospettata diversità di mezzi giuridici con cui agisce l'Amministrazione in veste di autorità rispetto a quelli di cui sono dotati i soggetti privati. Mentre in diritto privato i rapporti giuridici si costituiscono, si modificano e si estinguono mediante atti di esercizio dell'autonomia privata, nel diritto pubblico è al potere discrezionale che viene demandato questo compito.

L'obiettivo che si propone la presente indagine è, allora, quello di sottoporre a vaglio critico l'assunto implicito su cui la distinzione fa perno: la convinzione che esista nell'ordinamento un'ontologica diversità tra l'autonomia (privata) e la discrezionalità (amministrativa), che giustifica il mantenimento in vita di due distinti apparati concettuali e disciplinari. Se, infatti, risulterà dimostrato che la postulata diversità è solo apparente, il modello di tutela degli interessi che ricadono nello spazio di azione dell'Amministrazione, con l'apparato

³ Dal momento che, come ha rilevato C. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 134, «se il diritto utilizzato è un diritto speciale, lo Stato è eguagliato a tutti gli altri soggetti di diritto solamente per una parte, se e fin dove non emerge la specialità, e ciò può risultare incompatibile con lo Stato di diritto». Per un inquadramento generale della tematica, assai articolata e complessa, si rinvia alle riflessioni svolte da L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, p. 11 ss.

di categorie e principi che lo corredano, dovrà essere, inevitabilmente, rimeditato, nell'ottica di un riavvicinamento al diritto comune.

2. La legge come prospettiva di confronto.

Per fare luce sulla questione, occorre domandarsi se l'attività di cura degli interessi lasciati liberi dalla legge segua modalità operative diverse nel diritto privato e nel diritto pubblico, o se viceversa il meccanismo giuridico che presiede alla gestione degli interessi, individuali e collettivi, si mostri concettualmente unitario, non risentendo né della natura del soggetto a cui la composizione di detti interessi è lasciata (il privato che ne è titolare o la Pubblica amministrazione) né delle modalità attraverso le quali essa avviene.

Al riguardo, vi è convergenza di vedute nel ritenere che i concetti di "autonomia privata" e "discrezionalità amministrativa" possiedano, al fondo, un nucleo comune: l'esistenza di una sfera di dominio su una cerchia di interessi che il soggetto, al quale è consentito disporne, può regolare con un proprio atto di volontà⁴. In tutti e due i casi, dunque, si è al cospetto di un "potere" giuridico inteso alla soddisfazione di certi interessi⁵.

Tale constatazione, peraltro, non verrebbe scalfita dalla - pur rilevata - differenza nelle modalità (unilaterali o consensuali) con cui potere pubblico e autonomia privata producono ordinariamente i propri effetti giuridici. È apparso presto evidente come tale aspetto, oltre ad aver smarrito quel carattere rigido che presentava in passato⁶, rappresenti un mero accidente nel ciclo di vita del potere: una variabile che non influisce sulla forza giuridica dell'atto in cui il potere si manifesta né, soprattutto, sulla definizione e composizione degli interessi coinvolti dal suo esercizio⁷.

⁴ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 39 ss., in particolare ove l'A. osserva che «anche i poteri negoziali, almeno nell'ambito classico della loro collocazione nel campo dell'autonomia privata, esprimono una disponibilità degli interessi in causa, sono diretti a risolvere un conflitto e a definire sfere giuridiche, sono regolati dalla legge solo quanto alle modalità di esercizio e sono insindacabili rispetto al risultato, cioè al modo in cui il conflitto è stato risolto. Sono dunque poteri dotati degli stessi caratteri di innovatività e definitività che contraddistinguono i poteri pubblici» (41). Vedi anche A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 94 ss. e p. 198 ss.

⁵ Da intendersi nella accezione elementare di possibilità di produrre modificazioni nella sfera di interessi di un soggetto, come riferisce G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, p. 116. Vedi, in termini, anche A. LENER, (*voce*) *Potere (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 610 ss.

⁶ In relazione al rapporto tra poteri pubblici e poteri privati unilaterali, la dottrina ha già da tempo dimostrato che, sul piano della produzione degli effetti e della modalità di cura degli interessi coinvolti, non è dato rintracciare alcuna differenza sostanziale. Cfr., B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 362 e 363).

⁷ Ha osservato A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 41, che, rispetto ai poteri pubblici, «l'esercizio di questi poteri [i.e. quelli negoziali] avviene in forma consensuale: ma

Nell'ambito del diritto privato, è da tempo invalsa l'idea che l'attività dispositiva degli interessi, tanto che avvenga in via pattizia, quanto che sia affidata alla tecnica del potere unilaterale, non snaturi il significato dell'atto di autoregolamento. Ne sono riprova quelle fattispecie in cui il potere di autonomia privata può essere fatto valere, indistintamente, con atto unilaterale o bilaterale, producendo un'identica regola del caso concreto⁸.

In maniera speculare il discorso è stato affrontato con riguardo al potere discrezionale, soprattutto alla luce della clausola di equivalenza tra modalità di esercizio unilaterale e consensuale introdotta, anni or sono, dall'art. 11, l.n. 241/90⁹. Anche in questo caso, si è ritenuto che la forma con cui si materializza il potere discrezionale, pur rilevando in termini di regime giuridico dell'atto finale, non va ad alterare i caratteri propri del potere¹⁰, specialmente con riguardo alla regolazione degli interessi ad esso demandati¹¹.

*tale differenza, per quanto rilevante ad altri fini, non interferisce col problema qui in esame. Rispetto alla identificazione dei caratteri propri del potere in relazione alla definizione delle situazioni soggettive e alla struttura del sindacato giurisdizionale, alla qualificazione cioè della forza giuridica nella quale lo stesso potere consiste, e del suo prodotto (si pensi all'art. 1372 c.c.) la sua attitudine a operare unilateralmente o consensualmente appare del tutto irrilevante». Già G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 392, definiva «puramente estrinseca e perciò trascurabile» la circostanza che «l'autonomia privata si concreta quasi sempre in negozi giuridici bilaterali» mentre la «regola opposta vale per l'autonomia pubblica: i negozi sono sempre, o quasi sempre, atti unilaterali di volontà della pubblica amministrazione».*

⁸ È il caso, ad esempio, del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente che, ai sensi di quanto dispone l'art. 1333, c.c., può assumere la veste del negozio giuridico unilaterale, producendo gli stessi effetti costitutivi o modificativi che la legge riconosce all'accordo bilaterale siglato ex art. 1321, c.c. Sulla tematica in parola, si rimanda allo studio condotto da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè, 1969, *passim*.

⁹ Dall'art. 11 l. proc., specie alla luce della novella intervenuta nel 2005, è ormai lecito trarre un principio di indifferenza tra l'azione amministrativa unilaterale e quella realizzata in via consensuale, quale corollario della più generale regola di negoziabilità del potere amministrativo. Sul tema, cfr. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati (Problemi generali)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1311.

¹⁰ In questi termini, F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1484: «se, dunque, il potere amministrativo può concretarsi, al termine del suo farsi, cioè alla fine del procedimento, ora in un atto amministrativo e contratto accessivo, ora in un atto negoziale sostitutivo di provvedimento [...] ciò vuol dire che il potere amministrativo può trovare diverse forme di manifestazione, pur restando sostanzialmente sé stesso». A cui fa eco, S. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 60 per il quale la situazione giuridica che la P.A. esercita nell'accordo è «da stessa situazione giuridica soggettiva che presiede alla produzione del provvedimento».

¹¹ Dovendo, in ogni caso, deve tenere conto dell'interesse pubblico da perseguire ed essendo soggetto a identici vincoli normativi. Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 88 che, da un lato, rammenta come gli accordi previsti dall'art. 11, l. proc., «devono essere comunque conclusi "nel perseguimento del pubblico interesse"»; dall'altro, indica come certo il dato che «la potestà amministrativa conserva i parametri normativi suoi propri (e, cioè, tutti i limiti normativi stabiliti per il suo esercizio), anche se si esprime in questo caso in modo consensuale e contrattuale e non in modo autoritativo» (p. 114).

Per converso, l'aspetto che ha indotto la maggioranza degli studiosi a tenere separate queste due figure, fino a considerarle fenomeni contrapposti, è rappresentato dal diverso peso esercitato dalla legge sulla disponibilità soggettiva degli interessi ad esse sottesi, destinato a mutare in funzione della appartenenza delle relative norme al diritto pubblico anziché al diritto privato.

Mentre, infatti, nel potere di autonomia la legge si limiterebbe a tracciare, in negativo, i confini entro i quali al singolo è consentito autodeterminarsi, nella discrezionalità amministrativa, all'opposto, si sarebbe al cospetto di un potere mai – nemmeno in parte – libero, in quanto costantemente finalizzato al raggiungimento di uno scopo prefissato. Quando c'è discrezionalità, più precisamente, venendo in rilievo un potere-funzione, la legge assolverebbe a un ruolo diverso, essendo chiamata a indicare, in positivo, l'interesse (pubblico) che l'attività amministrativa è tenuta a perseguire¹².

È, allora, al paradigma della legge che occorrerà guardare per appurare se tale distinzione, nei termini sopra prospettati, sia o meno da condividere. Per un verso, mettendo in luce se, specie con l'avvento della Costituzione, abbia ancora senso tracciare una linea di demarcazione tanto netta tra diritto amministrativo e diritto privato¹³. Per l'altro, verificando se autonomia e discrezionalità, nel rapporto che le intreccia con la legge, possiedano realmente una diversa anima o non siano, piuttosto, fenomeni profondamente affini, da ricondurre, di là dalle nomenclature utilizzate, a un medesimo genere.

3. Autonomia privata e clausole generali.

Secondo l'impostazione tradizionale, la sfera di libertà riconosciuta ai privati dall'ordinamento (e in cui si sostanzia l'autonomia privata¹⁴) non è asso-

¹² La distinzione è ben compendiata in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 70 – 71: «la funzionalizzazione della scelta che avviene nell'esercizio del potere discrezionale consente altresì di distinguere discrezionalità e autonomia privata. [...] alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire ed esse sono soggette solo a limiti d'ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito. [...] La scelta compiuta nell'esercizio dell'attività discrezionale è funzionalizzata ad interessi non propri dell'amministrazione agente, è vincolata nel fine». I due concetti giuridici, in quanto disomogenei, non sarebbero tra loro rapportabili, secondo l'opinione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, II, p. 61.

¹³ O se, piuttosto, non sia il caso di convincersi della storicità della distinzione e abbandonarla (come suggerisce B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 368 e p. 364), in nome di un'unità sostanziale del diritto (così, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991, p. 112 ss.).

¹⁴ La quale è «potestà di regolare i propri interessi» in maniera «essenzialmente libera», secondo la definizione che ne dà F. SANTORO PASSARELLI, (voce) *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 369 ss.

luta, ma incontra dei limiti che ne definiscono, dall'esterno, l'ambito di operatività. Più in particolare, in relazione alla rilevanza di interessi (generali o individuali) che entrano in contatto con la sfera di dominio del singolo, la legge pone degli argini alla libertà di scelta di quest'ultimo, ammettendo il pieno autoregolamento dei propri interessi (finanche a scapito di un pari interesse altrui¹⁵) solo a condizione che siano rispettate talune modalità di comportamento. Detta autonomia, di contro, non subirebbe mai limitazioni al suo interno, poiché «la determinazione del soggetto avviene in base a una libera valutazione del diverso grado di urgenza dei vari bisogni»¹⁶.

A questa ricostruzione fa da sfondo la concezione, maturata nell'esperienza secolare dei rapporti tra privati, secondo la quale la nozione stessa di autonomia postula sempre una parità tra gli interessi degli individui¹⁷, che la legge ha il compito di mantenere in rapporto di equi-ordinazione¹⁸, scongiurando così il rischio di una qualsiasi finalizzazione del potere di autonomia a un interesse superiore¹⁹. Il corollario di detta impostazione è stato una netta preferenza per un sistema di controllo dei poteri di autonomia che, pur preordinato a colpire eventuali usi distorti, risultasse neutrale rispetto agli interessi coinvolti dal suo esercizio.

In tal senso, l'ottica delle cd. clausole generali ha rappresentato un valido compromesso tra l'esigenza di rispettare la libertà di scelta che contrassegna l'autonomia privata e la garanzia di un efficace sistema di tutele per il soggetto destinatario dell'atto in cui l'autonomia si inverte. Attraverso il sistema delle clausole generali, infatti, si costruisce attorno al potere di autonomia privata un reticolo di comportamenti (ricavati dagli *standard* sociali) che, dal punto di vista del soggetto agente – che fa esercizio di autonomia –, rende impermeabile la

¹⁵ Come accade, ad esempio, nel contesto dei cd. poteri (privati) sulla sfera giuridica altrui.

¹⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, cit., 370.

¹⁷ Cfr. L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 248 per il quale è comunemente accettata l'idea che «l'autonomia privata sarebbe un potere "autonomo", nel senso che si esplicherebbe tra eguali o inter partes». Vedi anche G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., p. 392, secondo cui «nel diritto privato, i soggetti sono in condizione di eguaglianza».

¹⁸ In tal senso, è stata ripudiata in dottrina la distinzione tra limiti al potere privato posti nell'interesse dell'organizzazione aziendale e limiti posti, invece, nell'interesse dei lavoratori atteso che, a prescindere dalle difficoltà pratiche di distinguere tra le due ipotesi, essa presuppone una funzionalizzazione delle scelte organizzative dell'imprenditore, incompatibile con lo statuto costituzionale dell'impresa. Così, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 95 ss.

¹⁹ Con i connessi, inevitabili, condizionamenti nell'applicazione delle norme di composizione dei relativi conflitti. Al riguardo, evidenzia il pericolo che attraverso l'esigenza di reprimere gli abusi si arrivi a sindacare il merito della scelta imprenditoriale (che è, invece, essenzialmente libera), G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass., Sez. III, 19 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 22.

sua scelta di libertà alle possibili interferenze del giudice²⁰; mentre, dal punto di vista dei destinatari dell'atto di autonomia, genera un fascio di rapporti obbligatori che conferiscono a questi ultimi veri e propri diritti di credito aventi a oggetto la pretesa a che l'altra parte (che diviene soggetto passivo della relazione) ponga in essere i comportamenti richiesti dalle regole sociali di convivenza richiamate dalla norma incompleta²¹.

Sotto questo profilo, nel diritto privato non c'è distinzione tra clausole e principi generali; nonostante, sul piano della teoria generale, i due concetti non siano pienamente sovrapponibili, la differenza tra di essi si stempera, perdendo di rilievo, all'atto pratico. Di là dalle classificazioni variamente proposte in dottrina²², infatti, tutte quelle disposizioni che si caratterizzano per un certo grado di vaghezza tendono a identificarsi nel momento della loro applicazione concreta²³. Specialmente sul piano operativo-funzionale, tutte le clausole generali manifestano una comune tendenza a porsi quale fonte generativa (o integrativa) di rapporti giuridici, in funzione limitatrice di poteri o facoltà che si esercitano sotto la loro copertura²⁴.

Per questa ragione, tra gli studiosi del diritto civile, non ha mai fatto presa la distinzione di piani, pur teorizzata in senso ai pubblicisti, tra clausole generali come fonte di diritti (riconducibili alle norme di relazione) e principi generali, da intendersi – secondo l'impostazione classica – come direttive che assistono il potere nel suo farsi atto, indirizzandolo verso un interesse preciso e

²⁰ Chiamato solamente a riscontrare la corrispondenza o meno del comportamento posto in essere allo *standard* di condotta tratto dal contesto sociale di riferimento, senza possibilità di condizionare, nei contenuti, la composizione degli interessi voluta dal soggetto decidente. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 146.

²¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 187 e, sulla scorta dell'insegnamento di quest'ultimo, A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, Cedam, 2007, p. 147, la quale rileva che «le clausole generali costituiscono fonti di eterointegrazione del sistema giuridico che [...] attribuiscono valore giuridico a fatti e comportamenti non codificati ma rappresentativi di interessi riconosciuti dall'ordinamento».

²² Vedi, al riguardo, la sistemazione proposta da A. GUARNERI, (voce) *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, Utet, 1988, p. 403 ss. (nonché, più di recente, ID., *Le clausole generali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte*, Torino, Utet, 1999, p. 131 ss.).

²³ Avverte E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3558 ss., come nella dottrina civilistica la distinzione tra clausola generale e concetti affini venga reputata «poco persuasiva» o comunque «svanisca al momento della loro applicazione». Sembra addivenire a una piena identificazione tra una certa categoria di principi e le clausole generali, A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 457 ss.

²⁴ Per L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 17, le clausole generali sono destinate a operare «in funzione di fonti integrative dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono [...] o di limite di poteri o facoltà che in esse si esercitano».

prestabilito dalla stessa norma di legge (e, per ciò, riconducibili alle norme sull'esercizio del potere o di azione).

Emblematico, in tal senso, è il ruolo che ha assunto nei rapporti interprivati il parametro della ragionevolezza. Quest'ultimo principio, rispetto alla tradizione pubblicistica che lo ha sempre raffigurato come alfiere di un interesse superindividuale e prevalente, è stato acquisito nel diritto privato come vera e propria clausola generale²⁵ assimilabile, per struttura e funzionamento, alla buona fede²⁶ quando, addirittura, non è stato interpretato come un elemento di cui quest'ultima si compone²⁷.

La ragionevolezza, coerentemente con l'impostazione libero-centrica del diritto privato, che pone nel cuore del proprio sistema la libertà di autodeterminazione dei singoli, ripudiando ogni tentativo di funzionalizzarne l'attività, si atteggia come un limite esterno dell'autonomia privata che, al pari delle altre clausole generali, individua la soglia di rilevanza degli interessi altrui²⁸. Soglia, varcata la quale, si riespande con pienezza la sfera della libertà individuale.

Nei rapporti tra privati, in altri termini, la legge, una volta regolati in astratto i conflitti tra interessi di pari grado riferibili a diverse sfere soggettive, cede il passo alla libera espressione della volontà individuale: lo spazio dell'agire privato non occupato dalla legge ammette illimitate (e insindacabili) possibilità di scelta.

4. La discrezionalità amministrativa e il ruolo dei principi generali.

Non così quando la legge incontra la discrezionalità amministrativa. L'opinione classica, pur nelle sue numerose variabili, concorda nel ritenere non

²⁵ Per una qualificazione della ragionevolezza nel diritto privato in termini di clausola generale, *ex multis*, L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 373; A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contr. impr.*, 2005, II, p. 643; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 801.

²⁶ Secondo G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 752, la buona fede oggettiva è un concetto a contenuto plasmabile e, in quanto tale, può essere intesa come sinonimo di ragionevolezza. Cfr., altresì, C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, *cit.*, p. 802.

²⁷ Così, S. TROIANO, (voce) *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2013, p. 802, nota 2. Similmente, qualifica la ragionevolezza uno «strumento per misurare la buona fede», M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, II, p. 511.

²⁸ Piuttosto che guardare alla meritevolezza degli interessi perseguiti dal soggetto agente. Sulla ragionevolezza come limite all'autonomia privata che «regola comportamento» e non quindi come giudizio «di per sé diretto (come sarebbe un ipotetico principio di ragionevolezza) a disapprovare il "regolamento contrattuale" per il suo contenuto», vedi S. TROIANO, (voce) *Ragionevolezza (diritto privato)*, *cit.*, p. 798. *Contra*, E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, ESI, 2010, p. 143.

recidibile il filo di Arianna che tiene legato il potere discrezionale alla legge che lo genera e lo disciplina. Poiché alla base del potere pubblico vi sarebbe sempre una funzione (il cui tratto essenziale è rappresentato dalla necessaria direzione dell'attività verso un fine prestabilito²⁹), ciò comporta che la gestione degli interessi demandata alla P.A. debba essere costantemente e in ogni caso finalizzata al conseguimento e alla soddisfazione del bisogno in vista del quale il potere è attribuito³⁰. Si tratterebbe, a differenza della situazione di autonomia in cui versano i privati, di «un limite interno e perenne»³¹.

La circostanza che l'esercizio della discrezionalità si rivolga alla cura di un interesse pubblico specifico, determinato in positivo, ha comportato che la scelta comparativa degli interessi non fosse mai totalmente libera ma sempre soggetta al giogo della legge³². Anche quando la scelta si colloca di là dal perimetro di azione delimitato dalle disposizioni normative, essa deve comunque risultare controllabile sul piano della legittimità³³.

Per garantire questo collegamento costante con il fine è stato assegnato un ruolo operativo determinante ai principi generali del diritto amministrativo, impiegati quale strumento di indirizzo della scelta amministrativa proprio per

²⁹ Parla evocativamente di «attività [amministrativa] come funzione, assunto questo secondo termine nel suo senso originario, di *deputatio ad finem*», M.S. GIANNINI, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 989. Il concetto di funzione è indicativo di un'attività diretta a un fine (la cura di interessi pubblici), a carattere intrinseco, anche in G. MIELE, (voce) *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, Utet, 1961, p. 686 e D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 20 e 62.

³⁰ Cfr. C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 1098 ss.; ID., (voce) *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, Utet, 1939, p. 76 – 78, che rileva come l'azione amministrativa autoritativa sia sempre e in ogni caso finalizzata dall'interno, al conseguimento e alla soddisfazione di bisogni sociali; G. ZANOBINI, (voce) *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 235; nonché, F. BENVENUTI, *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 91 - 92.

³¹ In questi termini, G. BARONE, (voce) *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 2. Parla dello scopo conferito dalla norma come di un «limite positivo all'esercizio della libertà», A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss.

³² Attraverso quella che è stata definita una progressiva “legalizzazione” dell'attività amministrativa, in seno alla quale ha preso vita un principio di generalità del controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, anche il profilo della rispondenza al fine indicato dalla norma ha finito per essere assoggettato (mediante il vizio di eccesso di potere) alla verifica dell'autorità giudiziaria. Cfr., sul tema, la ricostruzione di G. CORAGGIO, (voce) *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, p. 130 ss.

³³ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 5 ss. il quale, in ragione della loro destinazione a un determinato interesse pubblico, ravvisa che «i poteri amministrativi vengono resi intrinsecamente (e in linea di principio) interamente giuridici, poiché vengono disciplinati non soltanto nei loro confini, ma anche nel loro più interno elemento che è dato dal fine». Di recente, D. DE PRETIS, in P.L. Portaluri (a cura di) *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia: il percorso delle riforme*, Napoli, ESI, 2016, p. 210.

quegli aspetti non raggiunti direttamente dalla legge³⁴. È affermazione tutt'oggi ricorrente in dottrina che, pur nella diversità di classificazioni e declinazioni prospettate, i principi «costituiscono, assieme alla legge, una guida e un orientamento sicuro per il raggiungimento del fine pubblico positivamente determinato»³⁵.

Detti principi, tradotti in criteri non predeterminati alla stregua dei quali verificare la correttezza della valutazione ponderativa, hanno sortito l'effetto di imbrigliare l'attività di scelta riservata, dalla stessa legge, al soggetto agente³⁶. Tale scelta, benché affidata in via esclusiva alla P.A., non potrà mai dirsi libera (diversamente da quella frutto di autonomia privata), siccome perennemente ingabbiata in una rete di prescrizioni, anche non giuridiche, che rappresentano i «mezzi per attuare i principi giuridici»³⁷.

Evocativa, anche in questo caso, è la parabola della ragionevolezza, canone che – come accennato – appartiene all'ordinamento generale ma che, in quello particolare dell'Amministrazione, ha assunto un significato peculiare: non già norma (di comportamento) tratta dal comune sentire, bensì regola (di azione)³⁸ che riflette un giudizio di compatibilità tra la decisione e l'interesse pubblico³⁹.

Il consolidarsi del su riferito ordine di idee ha quindi comportato che l'area del merito amministrativo (quale epicentro della scelta politica⁴⁰), benché

³⁴ Secondo la nota distinzione tra prescrizioni normative puntuali (che regolano segmenti specifici dell'azione) e norme che dettano i principi dell'azione amministrativa (fissando fini e criteri di esercizio del potere) elaborata da F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 1 ss.

³⁵ A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 202.

³⁶ Cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 71 – 72, per il quale, dall'utilizzo dei principi come strumento di sindacabilità della scelta di merito, «emerge un effetto di imbrigliamento del potere [...]. Questo imbrigliamento, però, appare relativo, inverandosi il rischio che il potere sia insieme occultato e assolutizzato, cioè reso inesauribile [...]: occultato in quanto sindacabile, assolutizzato in quanto senza limiti. Senza quei limiti che fissano la “convivenza fra due sfere giuridiche”, perché quella dell'individuo “più” protetta dall'anzidetto sindacato resta assoggettata al potere anche laddove i principi lo disciplinano. I principi, infatti, si guardano in relazione alla legittimità oppure al merito amministrativo, sono sempre e soltanto una “guida”».

³⁷ V. OTTAVIANO, (voce) *Merito*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, Utet, 1964, p. 577.

³⁸ Rileva C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 26, che la ragionevolezza nel diritto amministrativo è stata acquisita come «regola sul potere».

³⁹ Afferma suggestivamente G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 439 che «tra questi due termini – il potere amministrativo e lo scopo per il quale è attribuito (ma si parla in giurisprudenza anche di fine, di interesse pubblico etc.) – si insinua e poi saldamente si installa il principio di ragionevolezza». Il principio di ragionevolezza, per F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 387, sembra comportare «il necessario raffronto tra il fine concreto propostosi dall'amministrazione ed il fine di legge».

⁴⁰ Vedi C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 129 ss. e 137. Il merito rappresenta il luogo dell'opportunità “politica”

non “giuridificata”, fosse comunque sindacabile da parte del giudice in sede di legittimità mediante il ricorso alla categoria dell’eccesso di potere⁴¹.

Il potere amministrativo discrezionale, come riflesso di questa impostazione, ne esce rappresentato come un’entità unica e compatta, tenuto insieme dal fine pubblico che lo attraversa dall’interno e che lo rende interamente controllabile mediante un fascio di principi che ne avvolgono l’esercizio. In questo modo, la presenza preponderante del fine pubblico è garantita anche in quella fase della scelta che, invece, è lasciata all’apprezzamento dell’amministratore pubblico⁴².

5. Le ragioni di insoddisfazione suscitate dal pensiero tradizionale.

Osservando il fenomeno dalla su esposta angolazione è naturale che autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa risultino concetti giuridici non assimilabili, anzi antitetici. La distanza che li separa fa perno, essenzialmente, sull’esistenza di un vincolo di scopo posto dalle norme sul fine pubblico (e sulla natura interna del relativo limite) e sulla - connessa - pressione che, sulla situazione di potere, esercitano i principi e i criteri destinati a integrare le norme sul fine.

L’impostazione tradizionale del problema, nei termini dianzi esposti, ha tuttavia perso progressivamente consensi. L’insoddisfazione per una ricostruzione del sistema che occultasse in realtà l’intenzione di non staccarsi dalle convenzioni del passato, rimanendo ancorati a una concezione ideologizzata e autoritaria dello Stato, ha indotto parte della dottrina a riflettere sulla compatibilità della costruzione, nella sua logica complessiva o nei suoi fondamenti, con il progetto di Stato prefigurato dalla Costituzione e fin qui rimasto incompiuto.

È stato, al riguardo, osservato che il testo costituzionale, interpretato nel suo complesso, conterrebbe tutte le istruzioni per impostare su nuove basi il rapporto tra autorità e libertà. Le indicazioni provenienti dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, militerebbero tutte verso un ribaltamento dei rapporti tra

all’interno della scelta discrezionale, anche per M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 181.

⁴¹ Sull’eccesso di potere come vizio che sanziona la violazione dei principi, per tutti C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, cit., p. 151 ss.

⁴² Trattandosi, come è stato osservato, di ambito oggetto di una riserva (costituzionale) di amministrazione. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 156. Nonché, C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, cit., p. 136 ss., per il quale il merito amministrativo è riservato all’amministrazione, in quanto non raggiunto dalle regole ed espressione di politica.

Amministrazione e amministrati che, in nome dei principi dello Stato di diritto, ponga la tutela del cittadino al centro del sistema⁴³.

Per realizzare il disegno costituzionale, allora, il primo passo da muovere doveva essere necessariamente quello di affrancare il potere amministrativo dalla ingombrante ipoteca dell'interesse pubblico. Obiettivo, quest'ultimo, che è stato perseguito dapprima, depurando i poteri vincolati da ogni riferimento a un interesse pubblico (di rango primario); poi, anche grazie al superamento della storica contrapposizione, fioritura del dualismo ottocentesco diritto pubblico - diritto privato, tra norme di azione e norme di relazione, ridefinendo la posizione che l'interesse in parola assume sullo scacchiere del potere discrezionale⁴⁴.

In particolare, è merito dell'intuizione di alcuni studiosi se, per la prima volta, è stata messa in dubbio la rilevanza dell'interesse pubblico con riferimento all'attività vincolata. Si è, al riguardo, osservato che quando un conflitto tra interessi è risolto, in via definitiva e astratta, dalla legge, di talché è solo una la definizione conforme a legge, ogni riferimento all'interesse pubblico o a una gerarchia tra questo e gli altri interessi collaterali perderebbe di significato⁴⁵. Una questione di sovraordinazione o sottordinazione degli interessi, infatti, si potrebbe porre «solo in quanto vi sia un conflitto di interessi (ancora) da risolvere, una decisione da assumere, una quantità, anche minima di interessi di cui poter disporre»⁴⁶.

⁴³ Da segnalarsi, al riguardo, i contributi di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 808 ss.; ID. *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Marsilio, 1975, p. 211 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994; G. BERTI, *Art. 113*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, IV, Bologna – Roma, Zanichelli, 1987, p. 90 ss.; ID., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, p. 91 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966. Sul tema, cfr. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., *passim*.

⁴⁴ Sulla questione vedi, diffusamente, L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, cit., p. 11 ss., in partic. p. 57 dove si esorta a «[mettere] definitivamente nel dimenticatoio il continuum storico-concettuale delle opposizioni leggi amministrative-leggi civili, norme di azione-norme di relazione, doveri (irrelati)-obblighi», atteso che la – criticabile – contrapposizione tra norme d'azione e di relazione «si lega all'idea che le norme che disciplinano l'azione amministrativa siano interne alla stessa pubblica amministrazione, dunque, siano irrelate: tutto al più, e per l'appunto (essendo limite interno il vincolo nel fine), siano poste nell'interesse pubblico o dello Stato (ma non nell'interesse dell'individuo)», quando invece «la norma sul fine pubblico può essere intesa come norma di relazione, satisfattiva di un interesse privato, la cui violazione dà luogo a inadempimento» (p. 78).

⁴⁵ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, cit., p. 301 ss.; ID., in *Diritto e processo*, Padova, Cedam, 1978, p. 338 ss.; ID., *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, ivi, 1963, 100 ss. Nonché, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3 ss., in partic. p. 42 ss.

⁴⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 43 – 44, che soggiunge: «quando invece il conflitto è esaurientemente risolto, gli interessi definitivamente ordinati, [perde] ogni significato il riferimento all'interesse pubblico o alle relative deduzioni in termini di subordinazione ad esso o al soggetto che

L'esito di questa analisi critica ha prodotto un primo risultato: la consapevolezza che il "problema" dell'interesse pubblico riguardasse – e potesse astrattamente riguardare – solo il potere discrezionale, essendo privo di rilevanza nei confronti dell'attività vincolata⁴⁷. Diventava, a questo punto, imprescindibile procedere più a fondo nell'indagine stabilendo, nel mutato contesto, quale peso dovesse assumere l'interesse pubblico all'interno della scelta discrezionale.

L'impostazione tradizionale, come osservato, si fondava sull'assunto per il quale le norme che regolano il potere discrezionale, anche quando formulate in termini di concetti indeterminati, mirassero essenzialmente a garantire il perseguimento dello scopo pubblicistico sotteso al potere; a tutelare, in altri termini, l'interesse del soggetto attributario del potere di scelta. In questo modo, la norma sul vincolo di scopo ridondava in parametro di legittimità dell'atto di esercizio del potere⁴⁸.

Il capovolgimento della prospettiva, che mina alla base le fragili premesse su cui riposa la tesi avversata, avviene invertendo i termini del ragionamento. Posto che, sul piano logico-giuridico, *«nulla induce a ritenere, in termini di principio, che un limite posto a un potere di scelta sia necessariamente posto a tutela del soggetto che sceglie e non invece di altri interessati al contenuto della scelta stessa»*, è stato possibile concludere che *«qualunque limite al potere di un soggetto riguarda la tutela di un interesse contrapposto»*⁴⁹.

La stessa esistenza di un vincolo normativo alla situazione di potere, sia esso a contenuto puntuale o vago, riecheggia cioè il bisogno di tutela di un interesse del soggetto che con il potere entra in contatto. Ne discende che tutte le norme, anche quelle che disciplinano il potere (e tradizionalmente identificate come norme di azione), tendono non già a garantire il perseguimento dello scopo che ne giustifica l'attribuzione quanto, più propriamente, a definire in astratto i termini di composizione di un conflitto, generando, come fanno le norme di relazione, veri e propri rapporti giuridici con il destinatario dell'azione stessa⁵⁰.

lo impersona. E tutto ciò, in termini correnti, può essere espresso dicendo che l'interesse pubblico qualifica soltanto il potere discrezionale, essendo privo di rilevanza nei confronti dell'attività vincolata».

⁴⁷ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 43 ss.

⁴⁸ Come ben rappresentato da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 25, *«l'interesse pubblico viene elevato a canone di validità del provvedimento non solo perché esige che il provvedimento sia compatibile con il fine legale del potere, ma anche perché diviene riflettore che rende visibili le violazioni di tutte le regole sull'esercizio della discrezionalità»*.

⁴⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 158 (ma vedi anche p. 156, ove si afferma che *«ogni legge, in quanto tale, è potenzialmente e astrattamente idonea a tutelare direttamente un interesse del cittadino, anche se riguardi un potere discrezionale dell'amministrazione»*).

⁵⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 159 ss., in partic. p. 160: *«le c.d. norme di azione, una volta depurate della loro unilaterale funzione pubblicistica, sono esse pure idonee a creare*

Questa perdita di contatto con l'interesse pubblico e, per tale via, con una visione funzionalizzata del vincolo di scopo, ha determinato una piena equiparazione, nel significato e nella struttura, tra le norme che limitano e/o vincolano l'attività amministrativa e quelle che dettano le regole di convivenza sociale. La legge, infatti, tanto nei rapporti inter-privati quanto in quelli con le pubbliche amministrazioni, definisce astrattamente i termini di composizione di un conflitto di interessi, stabilendo le condizioni di prevalenza dell'uno o dell'altro, ma ciò senza alterare «*il carattere paritario delle parti di fronte alla legge*»⁵¹.

6. Discrezionalità e vincolo sul fine: dalle norme d'azione alle norme di relazione.

Se ci si pone in quest'ottica alternativa, diventa inevitabile superare la stessa classificazione, implicita nella tesi tradizionale, che distingue tra limiti interni (che vincolano, in positivo, l'esercizio del potere) e limiti esterni (o a carattere negativo, che evocano l'idea di un non potere se non a certe condizioni)⁵². La nozione di limite (*rectius*, di norma limite), per le ragioni fin qui osservate, non può che essere tipologicamente unitaria⁵³; e invero, se tutte le disposizioni di legge condividono una medesima struttura e un identico scopo, anche i limiti che da esse traggono origine finiscono per possedere un'unica (e identica) natura⁵⁴.

In questo senso, allora, di là dal valore meramente descrittivo che può ancora mantenere la distinzione, il concetto di limite assumerà un significato operativo generale e unitario, valido in egual misura per tutti gli ambiti del diritto amministrativo così come per il diritto civile. Esso, infatti, alla stregua di

*rapporti giuridici con il destinatario dell'azione stessa: il che significa che sono esse pure norme di relazione e che garantiscono utilità del soggetto privato del tutto autonome rispetto a quella "finale"». Cfr., altresì, A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 496, ove è detto che «la pubblica amministrazione deve solo rispettare la legge e dunque attuare il rapporto tra interessi da questa in astratto definito».*

⁵¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 164.

⁵² Tra i molti, F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 216.

⁵³ Per un abbandono della distinzione tra limiti interni ed esterni (o, secondo un diverso criterio di classificazione, tra limiti positivi e negativi), in quanto superflua, se non addirittura fuorviata, cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., p. 76 ss.

⁵⁴ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 772, che osserva: «tanto nell'attività discrezionale quanto in quella vincolata il diritto cui l'amministrazione si assoggetta produce diritti – certamente con contenuti diversi – a favore dei privati. Questo consente di tornare ad osservare che la differenza tra attività vincolata e discrezionale non si pone sul piano di una differente natura delle rispettive norme che regolano la condotta dell'amministrazione, ma solo sul piano più generale della strategia decisionale prescelta».

quanto accade nei rapporti inter-privati, segna il confine di coesistenza tra due sfere soggettive contigue (per es., le clausole generali di buona fede e di ragionevolezza regolano la convivenza tra le autonomie negoziali dei soggetti che entrano in contatto), anziché occuparsi dell'interesse (prevalente) di una sola parte⁵⁵.

Una rilettura di tal genere del vincolo nel fine è possibile, a patto che si ripensi, nel senso su specificato, al ruolo della norma che lo individua, ponendolo al centro del potere discrezionale. Facendo transitare la norma sul fine pubblico tra le norme di relazione, destinata a regolare un conflitto tra interessi di pari dignità, il limite imposto dalla relativa norma diventa immediatamente di tipo esterno (sul modello delle clausole generali che dettano la regola di convivenza tra sfere soggettive)⁵⁶, se non, addirittura, mette in discussione, superandola, la stessa partizione – ancorché soltanto descrittiva – del concetto di limite (non più distinguibili in limiti interni o esterni, ma limiti *tout court*, che demarcano l'area del “potere” da quella del “non potere”, nell'interesse non di colui che deve compiere la scelta, ma di altri soggetti interessati al contenuto della scelta stessa)⁵⁷.

La norma sul fine pubblico, infatti, come ogni altra norma che disciplina l'azione della P.A., deve essere rivisitata in chiave relazionale: non più norma che guida, dal di dentro e nell'interesse esclusivo dello Stato, il potere nel suo farsi atto ma norma che regola i conflitti tra l'interesse pubblico e gli interessi privati, entrambi protetti dalla legge che individua il fine⁵⁸. Entro quest'ottica, il limite introdotto dalla norma finisce per operare con lo stesso meccanismo delle clausole generali nel diritto privato⁵⁹; tanto le clausole generali, quanto le

⁵⁵ Delimitando, in questo modo, l'area degli interessi «*lasciati liberi dalla legge*» (in quanto da essa non direttamente regolati), secondo la nota definizione di autonomia (pubblica e privata) proposta da G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., p. 391.

⁵⁶ Cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 261, che rileva: «*la tecnica civilistica di controllo sul potere consentirebbe di utilizzare i principi non più come precetti positivi ma come limiti esterni negativi*».

⁵⁷ Vedi C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 358, quando osserva che «*non c'è differenza tra limiti positivi e negativi, se non di punto di vista: qualsiasi limite rende l'attività vincolata e oltre il limite c'è la libertà. Similmente perdono di significato le distinzioni tra limiti interni ed esterni, intrinseci ed estrinseci*».

⁵⁸ Vedi A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 120, per il quale la fattispecie legale astratta, anche quanto riguarda un potere pubblico, determina la «*linea di contemperamento tra interessi contrapposti che costituisce carattere comune di ogni rapporto giuridico*». Una prospettiva non dissimile, sia pur limitatamente ad alcune tipologie di norme di azione (idonee a disciplinare situazioni di dovere), è presente anche nell'elaborazione di F. VOLPE, *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, in partic., p. 198 ss.

⁵⁹ Cfr., ancora, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 160 – 161. Ma vedi anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 327 ss.

norme sul fine pubblico (unitamente al *set* di principi che stanno a corredo), dettano le condizioni di prevalenza di una sfera di interessi sull'altra, segnando il limite oltre il quale non è giuridicamente ammissibile il sacrificio dell'interesse antagonista.

Violare la norma sul fine pubblico, in altri termini, significa oltrepassare il limite di ammissibilità del sacrificio richiesto all'interesse privato⁶⁰, tanto quanto violare le regole di correttezza e buona fede significhi disattendere le condizioni che giustificano il sacrificio del soggetto che subisce l'atto di altrui autonomia privata⁶¹.

7. Il merito amministrativo come libertà dell'Amministrazione.

Una volta imboccata questa via, si comprende allora il perché certa dottrina abbia potuto intendere il merito amministrativo (e la relativa scelta ponderativa di interessi) come ambito di libertà dell'Amministrazione non raggiunta dalle norme, puntuali o di principio. Una zona dell'agire amministrativo, per usare un'espressione plastica, che si genera per scissione da quella componente regolata dal diritto.

E, infatti, i principi (che operano secondo la logica delle clausole generali), al pari delle norme che dettano regole puntuali, contribuiscono a costruire un'area (dominata dalla legalità) da tenere isolata e ben distinta dalla zona in cui avviene la scelta comparativa degli interessi; scelta che diviene, per tale via, immune da ogni verifica di corrispondenza con il fine pubblico: oltrepassato il reticolo delle regole di convivenza «*si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi "libero"*»⁶².

In quest'ottica ricostruttiva, in altri termini, la scelta di merito, in quanto collocata in un ambiente non raggiunto (e non raggiungibile) dal diritto, è espressione di libertà e, al pari di ciò che si verifica per i poteri negoziali, intangibile da parte del giudice⁶³.

⁶⁰ Così L. FERRARA, *Individuo e potere. In un ginoco di specchi*, cit., p. 78: «violare il fine pubblico significa, infatti, violare la giustificazione o l'ammissibilità del sacrificio dell'interesse privato».

⁶¹ In tal senso, quindi, è coerente asserire che «*in ogni caso la violazione di norme inerenti al rapporto tra amministrazione e cittadino, anche nel caso in cui detto rapporto venga definito da un atto, rilevano, in questa prospettiva, in termini di comportamento, e più precisamente di inadempimento di obblighi inerenti al rapporto stesso. Si può dunque concludere che nessun aspetto "regolato" dal potere discrezionale sfugge alla logica del rapporto*» (così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 170).

⁶² S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 765.

⁶³ Individua il tratto comune dell'autonomia privata e del potere amministrativo discrezionale (o autonomia pubblica, nella ricostruzione dell'A.) nella «*circostanza che la volontà agisce in un*

Al riguardo, si potrebbe addirittura prospettare un intervenuto mutamento nella struttura stessa del potere amministrativo discrezionale che, da entità unica (tenuta unita dalla caratterizzazione finalistica della funzione), si scinde in due sotto entità, suddividendosi in una componente legale (o normativa) e in una libera (o politica), in cui gli interessi «*si riespandono liberamente*» e la loro considerazione acquista un carattere che rileva esclusivamente su un piano politico⁶⁴. Si viene, in questo modo, a distinguere con nettezza l'area del giuridicamente rilevante da quella del non giuridicamente rilevante⁶⁵.

A questa nuova veste del potere pubblico, con struttura bi-fasica, corrisponderà una suddivisione nell'attività demandata al soggetto agente: un primo momento (quello normativo) caratterizzato dall'assolvimento di veri e propri obblighi imposti dalle norme e un secondo momento, che prende vita con l'esaurirsi del primo, di libera determinazione degli interessi in gioco⁶⁶.

Lo schema, a ben riflettere, è analogo a quello che caratterizza l'esercizio dell'autonomia privata. Anche in questa ipotesi, infatti, una volta assolti gli obblighi imposti dalla correttezza e buona fede⁶⁷ (componente normativa), si apre per l'individuo uno scenario di libertà piena, nel quale costui è *dominus* della gestione degli interessi propri e artefice della sorte di quelli su cui la scelta è destinata a incidere (componente libera)⁶⁸.

campo lasciato libero dalla legge», G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, cit., p. 391. Più di recente, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 156.

⁶⁴ Cfr., L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., 73 - 74. Nello stesso senso, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 352.

⁶⁵ E fatte salve le conseguenze (comunque giuridiche) che l'ordinamento ricollega al mancato raggiungimento degli obiettivi politici. In tal senso, l'utilizzo della locuzione "non giuridicamente rilevante" non vuole rappresentare uno stato di completo disinteresse per la componente politica da parte del diritto ma, più semplicemente, evidenziare una diversa considerazione che l'ordinamento riserva a questo aspetto (libero) del potere. Infatti, una cattiva gestione degli interessi da parte dell'organo rappresentativo a ciò deputato, pur comportando conseguenze regolate da norme di legge (quale, per esempio, l'attivazione dei meccanismi con cui viene sanzionata la responsabilità politica), non influirà sulla validità dell'atto amministrativo regolativo dei predetti interessi, né sulla stabilità dei relativi effetti avendo, in questo senso, una rilevanza meramente interna. Sulla valenza interna delle norme (o di alcune di esse) che finalizzano all'interesse pubblico l'attività amministrativa, vedi per es. A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 470 ss., nonché (ma con orizzonte circoscritto all'attività amministrativa svolta mediante poteri privati) A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 272.

⁶⁶ Afferma la necessità di scindere l'esercizio del potere discrezionale in una componente legale e in una politica, «*raccordando, in particolare, alla prima componente la situazione soggettiva del diritto potestativo e quella correlativa della soggezione. Ma riconducendo, al tempo stesso, alle norme, come si è visto, anche la situazione soggettiva dell'obbligo e quella del diritto*», L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., 73.

⁶⁷ Nonché dalle ulteriori clausole generali che, come la ragionevolezza, assolvono alla medesima funzione di limitare o correggere l'esercizio del potere di autonomia.

⁶⁸ Sotto il dedotto profilo, ha osservato A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 164, che «*la disparità sostanziale che indubbiamente sussiste in ogni rapporto è identificabile, a ben*

Nell'ambito dei rapporti interprivati una tale ampiezza nella scelta (che può spingersi fino alla massimizzazione dell'interesse di una sola parte con completo sacrificio degli interessi delle altre) si giustifica ricorrendo alla logica del consenso. Poiché l'atto di autonomia non può mai disporre di (o sacrificare) interessi altrui senza il consenso del soggetto nei cui confronti la modificazione è destinata a verificarsi (consenso che, nel caso di poteri privati, è prestato a monte, aderendo all'atto costitutivo del rapporto da cui la situazione di potere promana⁶⁹), l'accordo tra le parti giustifica e fa da contrappeso al riconoscimento di una libertà di autodeterminazione che, all'interno dello steccato innalzato dalla legge, è piena⁷⁰.

Nel diritto pubblico, di contro, questo meccanismo non è (di norma) riscontrabile. L'unilateralità della scelta comparativa di interessi, che rappresenta la regola, determina un'imposizione delle scelte ponderative effettuate, con riferimento al caso concreto, dall'Amministrazione; e questo, senza che i titolari degli interessi di cui la P.A. dispone abbiano la facoltà di disvolarlo. In un contesto del genere, dunque, potrebbe risultare ingiustificato sottrarre al controllo del giudice la scelta di merito, mancando uno strumento che riequilibri la libertà lasciata al decidente pubblico⁷¹.

La carenza, tuttavia, è soltanto apparente. La vera essenza dello Stato di diritto non si esaurisce in una visione della tutela degli individui nei confronti della P.A. che si risolva entro un ambito eminentemente soggettivo ma com-

guardare, con l'area non regolata e attribuita a un potere dispositivo libero del soggetto: e non fa alcuna differenza se si tratti del merito amministrativo in senso stretto o del giudizio di un privato sulla convenienza dell'esercizio di un potere discrezionale».

⁶⁹ La regola, tuttavia, soffre qualche eccezione. Per esempio, essa non sembra valere per quelle "autonomie" che si collocano in ambienti monopolistici o in materia di poteri sanzionatori. In situazione del genere, infatti, il consenso dell'avente diritto non può spingersi fino al punto di attribuire a una parte sola il potere di sanzionare l'altra; cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, p. 22; più di recente, S. STACCA, *La giuridificazione dell'etica nelle formazioni sociali. Riflessioni sulla c.d. autodisciplina: in particolare, il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 507 ss.

⁷⁰ Ne è riprova la circostanza che il consenso del contraente potenzialmente danneggiato, anche alla luce delle nuove codificazioni d'ispirazione europea, è elemento sufficiente a rimuovere ogni connotato di illiceità dall'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale. Cfr. G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 16.

⁷¹ Tant'è che, come ha ricordato G. BARONE, *Discrezionalità*, cit., p. 1, l'impegno della dottrina pubblicistica, storicamente, è stato rivolto a sottrarre la discrezionalità dall'ambito interno dell'amministrazione, incentivando l'idea secondo cui l'uso del potere discrezionale è sempre sindacabile in funzione della protezione giuridica delle posizioni dei cittadini. Critico nei confronti di un tale atteggiamento (di generalizzato favore per la tutela individuale a scapito delle altre forme di garanzia pur presenti nell'ordinamento), S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 774 ss. (in partic. p. 777).

porta che il rapporto di rappresentazione politica, accompagnato dalla connessa responsabilità degli eletti, giochi un ruolo di primo piano nel sistema del controllo democratico⁷².

Più precisamente, una versione dello Stato di diritto che contempi la democrazia rappresentativa, postula che sia la base elettorale il vero “giudice” delle scelte di valori poste in essere dalle autorità pubbliche i cui esponenti, attraverso il sistema della responsabilità politica, verranno premiati o penalizzati a seconda degli esiti del loro operato⁷³. Risulta, allora, evidente, affinché detto sistema di responsabilità possa esistere ed essere effettivo, la necessità che sia riconosciuto a chi rappresenta la collettività uno spazio di scelta autonomo e riservato, intangibile tanto da parte della legge, quanto da parte di un’autorità terza⁷⁴.

Solo in questo modo la collettività degli amministrati è posta nella condizione di controllare realmente le scelte politiche demandate ai propri rappresentanti, verificando che questi ultimi abbiano effettivamente portato a termine i compiti che sono stati loro affidati⁷⁵.

Di tale assunto, peraltro, esiste nel diritto positivo una precisa traccia, la cui presenza si può notare anche nelle più recenti codificazioni. La previsione

⁷² D'altronde, come avvertiva lo stesso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 8, «la ragione per cui una norma “funzionalizza” un’attività, di una qualsiasi figura soggettiva, sta nella esigenza di controllare. [...] a controllare può essere un giudice [...] un organo amministrativo [...], il Parlamento [...], il corpo elettorale». Ha ricordato S. BATTINI, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, I, p. 525, come sia «il principio di sovranità popolare, che impone un controllo dell’amministrazione da parte di organi che siano provvisti di legittimazione democratica e, dunque, espressione di rappresentanza politica».

⁷³ Ha spiegato, in proposito, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 156, che «l’insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall’assenza della legge, ma anche, in positivo, da una (a nostro avviso) ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l’autonomia e la responsabilità politica dell’amministrazione in quanto democraticamente legittimata».

⁷⁴ Una sorta di «nucleo compatto di insindacabilità che costituisce l’estrema frontiera segnata dall’applicazione del principio della separazione dei poteri» (S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 200). In dottrina, è stato desunto dall’art. 97, Cost., tanto che il legislatore non possa eliminare del tutto gli spazi di discrezionalità dell’Amministrazione nel raggiungimento dei suoi fini (cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 327), quanto che l’autorità giudicante non possa avere l’ultima parola sulla congruità delle scelte operate dall’Amministrazione (G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, IPZS, III, 1981, p. 1606).

⁷⁵ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 774 ss., il quale osserva che il potere «in una versione dello Stato di diritto che includa la democrazia rappresentativa deve dare conto ai cittadini del suo effettivo portare a termine i compiti che gli sono affidati. Non altro che a questo è strumentale l’attribuzione di un potere di scelta alle autorità pubbliche. E a ciò si legano la “libertà” insita nel potere e la responsabilità, in un ordinamento democratico, di chi quel potere esercita possedendo, e non solo esercitando, “discrezionalità”» (p. 774).

secondo la quale i cd. atti politici sono espressamente sottratti al controllo giurisdizionale (art. 7, cod. proc. amm.) testimonia la volontà, immanente nel sistema, di lasciare che la scelta ponderativa degli interessi – che negli atti di governo (in senso lato) acquista la sua massima libertà di espressione – venga giudicata dai cittadini, in virtù del vincolo elettorale⁷⁶.

È, dunque, il circuito della legittimazione democratica (che ha anch'esso alla base la logica della volontà, questa volta di tipo elettorale, liberamente manifestata) che consente di giustificare l'attribuzione di questa libertà di scelta all'Amministrazione⁷⁷. Anzi, a ben guardare, la rende un fatto necessario⁷⁸. Se il concetto di democrazia rappresentativa evoca la necessità di un controllo da parte del corpo elettorale, tale controllo postula la possibilità per chi è eletto di compiere le proprie scelte in autonomia (è, infatti, noto che la responsabilità di un'azione ne presuppone il libero compimento⁷⁹).

Ponendosi in quest'ordine di idee, allora, appare assai ridimensionata – se non del tutto colmata – la distanza che, tradizionalmente, separa l'autonomia negoziale dalla discrezionalità amministrativa, dal momento che entrambe le figure mostrano di possedere un unico volto di fronte a un'unica legge.

⁷⁶ Va, tuttavia, dato conto della tendenza, anche recente, di ridurre il più possibile le ipotesi di “atto politico”, come tali sottratte al controllo giurisdizionale. In questa prospettiva si muovono le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 61 ss., il quale propende per un'affermazione piena e senza eccezioni del principio di soggezione dell'amministrazione alla giurisdizione, confermata dal fatto che l'esclusione degli atti politici dal controllo giurisdizionale sarebbe rimasta lettera morta. Cfr., sul tema, anche F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 863 ss. In giurisprudenza, la presenza di atti (sia pur in numero ristretto) sottratti al controllo giurisdizionale, in quanto di rilievo politico, è stata confermata, ad es., da Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1125; Id., sez. IV, 28 luglio 2008, ord. n. 3992, in *Foro it.*, 2009, III, p. 16; TAR Lazio – Roma, sez. I, 29 agosto 2013, ord. n. 3324, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁷ Parla di «circuito democratico» L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, cit., p. 74.

⁷⁸ Rileva A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 156, nota 227, che «l'ordinamento democratico di diritto si fonda su due distinti canali di legittimazione: quello formale e discendente dalla legalità e quello sostanziale e ascendente alla rappresentanza politica: [...] annullare l'autonomia dell'amministrazione ritenendo sempre definibile in termini di legalità, e quindi sindacabile e sostituibile dal giudice, la sua azione è incompatibile con la struttura e la dinamica del sistema costituzionale».

⁷⁹ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., p. 769, che osserva come la libertà, dal punto di vista soggettivo, «la si può concepire tanto come autodeterminazione, ponendo l'accento sul posse, e quindi sul mero agire nella sfera del lecito, quanto come responsabilità implicita nell'idea di autonomia».

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal de Carrera

Letrado del Tribunal Constitucional

irodriguez@tribunalconstitucional.es

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DAÑO SACRIFICIAL

SOCIAL STATE UNDER THE RULE OF LAW AND SACRIFICIAL DAMAGE

RESUMEN

El daño sacrificial, como daño causado en el ámbito protegido por un derecho individual para obtener una utilidad colectiva, es un instituto que materializa el conflicto histórico y conceptual entre las cláusulas de Estado de Derecho y de Estado social. La idea de “Estado social y democrático de Derecho” exige, no obstante, hallar soluciones que satisfagan la dimensión social de la Constitución sin merma alguna de la consideración del individuo como fin en sí mismo, lo que, aplicado al fenómeno sacrificial, demanda un tratamiento jurídico que, más allá de la utilización de una técnica ponderativa idónea, indague en el papel que juega la indemnización como distribución equitativa del coste del bien común.

ABSTRACT

Sacrificial damage, as damage caused in the protected sphere of individual rights in order to achieve objectives of common interest, is an institution that materializes the historical and conceptual conflict that may arise between Rule of Law and Social State clauses. However, the idea of “Social State under the Rule of Law” requires the fulfillment of the social dimension of the Constitution without impairing the value of the individual as an end in him or herself. In relation to the sacrificial damage, this entails that, beyond any weighting technique, the compensation can be required as equal distribution of the cost of the common good.

PALABRAS CLAVE: daño sacrificial, expropiación forzosa, equidistribución.

KEYWORDS: sacrificial damage, eminent domain, equal distribution.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El daño sacrificial: más allá de la expropiación forzosa: el daño sacrificial y los llamados *takings*. – 2.1. Propiedad privada, contenido esencial y función social. – 2.2. Daño sacrificial versus expropiación. – 2.3. El daño sacrificial legislativamente impuesto como *regulatory taking*. – 3. El daño sacrificial frente a otras injerencias coactivas del poder público: los rasgos identificativos del daño

sacrificial. – 3.1. El sacrificio como daño amparado en la cláusula social. – 3.2. La inexistencia de sacrificio cuando no hay pérdida de riqueza. – 4. Epílogo: la equidistribución del daño sacrificial.

1. Introducción.

La noción de *Estado social de Derecho* se compone de dos ideas fragmentarias, Estado de Derecho y Estado social, que, pese a representar modelos históricos contrapuestos, están llamadas a integrarse en un solo enunciado constitucional, dotado de significado propio. En las palabras de Ernst Benda, el modelo constitucional de Estado no es el de «*un Estado social incompleto debido a la garantía de Estado de Derecho o, inversamente, de un Estado de Derecho incompleto por mor del mandato de Estado social. Nuestra tarea es más bien ligar dos conceptos en principio opuestos, es decir, [lograr] la unidad de Estado de Derecho y Estado social*»¹. El antagonismo histórico y conceptual entre ambos modelos de Estado es, sin embargo, tan extremo que puede dar la impresión de que la unidad constitucionalmente pretendida no es más que un desiderátum evanescente. Nada más lejos de la realidad: abundan en la vida diaria los supuestos fácticos en los que las cláusulas de Estado social y Estado de Derecho chocan frontalmente, planteándonos el desafío de buscar soluciones acordes con la noción unitaria que las integra. Si, a la vista de la indudable dificultad de la empresa, renunciamos anticipadamente a acometerla no tendremos más remedio que optar, en cada caso, por dar primacía puntual a una de las dos cláusulas en pugna, resignándonos, con ello, a un Estado de Derecho incompleto y a un Estado selectivamente social. El daño sacrificial es una de las instituciones jurídicas en las que la demanda de protección de los derechos individuales se enfrenta cotidianamente a los imperativos de la vida en comunidad. Se plasma en ella, en toda su crudeza, el conflicto constitucional entre Estado de Derecho y Estado social:

(i) La cláusula de Estado de Derecho, entendida en sentido material, exige, de un lado, que el poder público proteja los derechos individuales en cuanto «*porciones autónomas derivadas de la dignidad humana*»². La dignidad convierte a todo individuo en un fin en sí mismo, confiriéndole un ámbito de autonomía, una esfera de derechos donde es dueño exclusivo de sus fines vitales y de los actos que puede realizar para alcanzarlos³. Nadie es siervo de otro, razón por la

¹ E. BENDA, *El Estado social de Derecho*, en E. BENDA, W. MAIHOFFER, J. VOGEL, K. HESSE, W. HEYDE (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, pág. 526.

² E. BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en E. BENDA, W. MAIHOFFER, J. VOGEL, K. HESSE, W. HEYDE (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, pág. 125.

³ Las fórmulas utilizadas, en este punto, por algunos textos constitucionales, como el alemán o el español, no es casual. La dignidad de la persona y los derechos le son “*inherentes*”

cual nadie ha de utilizar coactivamente a otro como instrumento involuntario de sus propios fines⁴. Este es el significado profundo de la regla *neminem laede*. Como señaló John Locke recogiendo una tradición de pensamiento iusnaturalista, los seres humanos no hemos sido hechos «para utilidad de otros, tal y como fueron hechas las criaturas de rango inferior para que nos sirviéramos de ellas»⁵; por eso el Derecho natural prohíbe, en su opinión, entrometerse en los derechos ajenos, menoscabando las titularidades que pertenecen a otro individuo. Kant entendió, en la misma línea, que el *neminem laede* era consecuencia directa de otra máxima jurídica previa, *honeste vive*, que para el filósofo alemán significaba que debía tratarse a todos (empezando por uno mismo) como fines y no como medios, objetos o instrumentos de nuestros deseos o intereses⁶. De ambas reglas (*neminem laede* y *honeste vive*) se derivaba, a su vez, la tercera máxima de Ulpiano: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribue*), que implicaba, entre otras

son, en nuestra Constitución, fundamento del orden jurídico que establece el constituyente, que reconoce, con ello, que son una realidad previa, entroncando su orden de valores con una tradición cultural de claro signo iusnaturalista. En este sentido, no estamos ante conceptos “creados por el constituyente, esto es, por el Estado sino que el Estado los encuentra previamente dados”. A su vez, la idea de que esas ideas previas fundamentan el “orden político” y la “paz social”, es decir, todas las esferas de relación intersubjetiva, supone la eficacia vertical y horizontal del concepto, que despliega sus efectos en las relaciones con el poder público y entre particulares. Véase I. VON MÜNCH, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, págs. 26-30.

⁴ En ese sentido, nuestra Constitución contempla una concepción de la dignidad “no condicionada” a la virtud de los fines del individuo afectado. Se sigue, pues, una línea de pensamiento personalista, en la que la dignidad se hace coincidir con la autonomía de cada sujeto para decidir sus fines vitales. es la concepción latente, como se verá en su momento, en el reconocimiento constitucional de la “dignidad de la persona” como fundamento del orden político y social (art. 10 CE), lo que tiene una clara consecuencia jurídica, pues “a partir de ese reconocimiento [...] surge la relación jurídica fundamental según la cual hay una exigencia básica en el Derecho por la que todos —Estado y ciudadanos— tienen que tratar a los demás como personas con dignidad plena”. Véase A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, págs. 137-139.

⁵ J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, pág. 8.

⁶ Como es sabido, Kant realiza una división de la doctrina del Derecho basada en las tres máximas de Ulpiano: (i) sé un hombre honesto (*honeste vive*), lo que entiende que implica no convertirse “en un simple medio para los demás” y que deriva de la humanidad de la persona; (ii) no dañes a nadie (*neminem laede*), que es una prohibición de agresión que se convierte en *lex iuridica*, y (iii) da a cada uno lo suyo (*suum cuique tribue*), regla según la cual, si no puede evitarse el daño a otro, por ser propio de una vida en sociedad, debes formar parte de una sociedad con los demás que asegure o proteja lo propio de cada uno frente a los demás. Vid. I. Kant (1989: 47). Pues bien, el que trata a otro como mero medio deja de actuar conforme al deber que deriva de la razón (imperativo categórico), tratando sólo de alcanzar una ventaja (imperativo hipotético). Con ello, no sólo convierte a otro en mero medio de sus fines sino que se convierte a sí mismo en medio de sus inclinaciones, dejando de cumplir la primera máxima. Por eso, el daño que sufre por parte del quien se defiende de su agresión es lícito como también lo es la pena del talión, que al negar su propia humanidad a través del acto injusto, el propio agresor ha elegido para sí.

cosas, devolver lo que se había quitado a otro. La indemnización del daño infligido a otro individuo era, por ello, imprescindible para cumplir con las exigencias universales del Derecho Natural⁷. Nuestro orden constitucional enlaza con esa tradición de pensamiento cuando prevé un Estado de Derecho en sentido material (arts. 1.1, 10, 53 CE). Cuando tratamos de obtener utilidades propias a costa de derechos ajenos, los fundamentos últimos del orden constitucional se ven removidos, pues se cuestiona la vigencia misma de la cláusula de Estado de Derecho. La prevención frente a todo daño instrumental en la esfera individual alcanza, en última instancia, a la comunidad política misma, pues, como escribe el propio Benda, *«contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado»* ya que esto supone *«la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio»*⁸.

(ii) Lo cierto es, sin embargo, que los recursos y bienes individuales son instrumentalmente empleados por las autoridades para afrontar las necesidades marcadas por el contexto en el que los derechos despliegan su eficacia. La cláusula de Estado social habilita, por ello, al poder público para realizar (o autorizar que se realicen) operaciones de justicia distributiva a través de las cuales los intereses de unos individuos se ven postergados para satisfacer los de otros, que son considerados prevalentes, bien por su mayor rango axiológico, bien por su mayor presencia cuantitativa (donde no hay diferencias objetivas de valor). Las concreciones constitucionales del carácter social del Estado son el mejor exponente de este fenómeno. Según el art. 9.2. CE, *«corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*. En particular, los poderes públicos han de proteger la familia y la infancia (art. 39 CE), distribuir equitativamente la renta regional y personal (art. 40 CE), garantizar prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente ante el drama del desempleo (art. 41 CE), proteger la salud (art. 42 CE), facilitar el acceso a la cultura (art. 43 CE), cuidar tanto del medio ambiente (art. 45 CE) como del patrimonio histórico, artístico y cultural de España (art. 46 CE), posibilitar el acceso a la vivienda (art. 47 CE), atender a los discapacitados (art. 48), asegurar la suficiencia económica de los

⁷ Pues, como había señalado el tardo escolástico Soto (2015: 351): *«hacer un daño a otro es lo mismo que sustraerle alguna cosa, ya sea esta cosa dinero, ya algún otro bien que puede apreciarse con el dinero; porque sufrir un daño [...] no es más que tener menos de lo que se debía tener; y quien ha quitado a otro alguna cosa, en justicia está obligado a devolver otro tanto, y ni más ni menos de lo que quitó»*.

⁸ E. BENDA, *Dignidad humana*, cit., pág. 125.

mayores (art. 49 CE) y defender a los consumidores y usuarios (art. 50 CE). Para lograr tan ambiciosos objetivos, los fines vitales de unos ciudadanos se ven inevitablemente desplazados; ciertos bienes que estaban en su esfera de derechos son puestos al servicio de fines ajenos, pues «[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128 CE). Se compromete, con ello, la idea de una dignidad realmente incondicionada, esto es, la consideración de toda persona como fin en sí mismo y no como siervo, instrumento o herramienta de los demás, por noble o encomiable que pueda resultar el objetivo que el poder público trata de alcanzar⁹.

La idea de un daño de naturaleza sacrificial surge como concreción de ese marco abstracto de conflicto. El sacrificio es el menoscabo que el poder público está legitimado a imponer en la esfera de derechos individuales en beneficio del colectivo, esto es, la pérdida de riqueza lícitamente impuesta con la finalidad de obtener una ganancia o utilidad común. Se revela, así, como el ámbito más propicio para resolver el conflicto planteado entre las cláusulas de Estado de Derecho y Estado social. Ante un daño de este tipo, ambas ideas abandonan su abstracción y se convierten, en una situación de la vida real, en un todo unitario susceptible de tratamiento coherente. Resolver el problema del daño sacrificial es, por ello, la manera más tangible y pragmática de convertir el *Estado social de Derecho* en una cláusula constitucional dotada de auténtico

⁹ Corresponde a Luis Medina el mérito de haber advertido la trascendencia de la idea de instrumentalización y su centralidad para la adecuada comprensión del funcionamiento de la cláusula de Estado “social”, que habilita al Estado para “utilizar” a los individuos, actuando lícitamente contra sus derechos en beneficio del colectivo. La caracterización que hace Medina de la instrumentalización está expuesta de forma enormemente sugestiva en su obra, incompleta y, por ello, aún inédita, *El derecho a dañar y sus límites*, que el autor generosamente me ha facilitado y que influye significativamente en mis planteamientos. Me remito, pues, a dicha obra de forma general en este momento. He de advertir, no obstante, que en el aludido trabajo de Medina se rechaza que, dentro del concepto de instrumentalización, pueda encontrarse la “realización de riesgos”. En la última parte de este artículo pretendo poner de manifiesto, no obstante, que la realización de riesgos que van más allá de los que nos generamos mutuamente en el desarrollo normal de la vida social (en los que el arbitrio de uno supone el límite al arbitrio del otro), al entrañar una ruptura de la delimitación de esferas de poder de acuerdo con la idea de justicia conmutativa, requiere de un respaldo del poder público. Éste ha de decidir si ese riesgo extraordinario que pone los bienes de unos a merced de otros deja de ser ilícito — pues al no ser recíproco, constituye, en principio, una agresión —. Si el poder opta por dar carta de licitud a esa actividad — por razón del bien social que aporta —, tal decisión autorizativa contempla ya la realización hipotética de injusticias conmutativas y supone, por ello, la aceptación de la instrumentalización de los individuos que, finalmente, sufrirán daños en sus bienes. El poder público entiende que la actividad que genera ese peligro extraordinario y no recíproco es socialmente ventajosa y, por esta razón, desarrolla él mismo o autoriza a otros su desarrollo. Asume la altísima probabilidad o nocividad del daño que puede generar la actividad en cuestión, utilizando a los afectados para alcanzar un bien mayor. El daño no es directamente deseado pero sí asumido como necesario. También, por tanto, se instrumentaliza en este caso.

sentido unitario. Hemos de aprender, por ello, a identificar un daño sacrificial y hemos de darle, acto seguido, una respuesta constitucionalmente adecuada. A tal propósito trata de contribuir este artículo.

2. El daño sacrificial: más allá de la expropiación forzosa: el daño sacrificial y los llamados takings.

Identificar el daño sacrificial exige profundizar en la definición que acaba de ser esbozada, que lo presenta como la pérdida de riqueza lícitamente impuesta por el poder público con la finalidad de obtener una ganancia o utilidad colectiva. El dato más inmediato de dicha definición es la naturaleza coactiva de la actuación pública, que no depende de la voluntad concorde del individuo afectado, pues, si mediara tal consentimiento, no podría entenderse comprometida su dignidad. Ha de tratarse, pues, de un menoscabo “impuesto”, esto es, causado coactivamente, de algo que la comunidad política, amparada en su irresistible capacidad de coacción, decide “quitar” a un individuo. El concepto de sacrificio entronca, de ese modo, con la noción constitucional norteamericana de los llamados *takings*. Bajo esta denominación, la doctrina estadounidense comprende todos los perjuicios coactivamente causados por el poder público que, de acuerdo con la Constitución, exigen compensación. Como explica Frank I. Michelman cuándo existe un *taking* es algo que depende esencialmente de determinar si la ejecución de las políticas públicas deja costes desproporcionados a unas pocas personas¹⁰. A medida que la actividad social del Estado ha ido haciéndose más amplia e intensa, la operatividad de los distintos criterios utilizados por el Tribunal Supremo Federal para determinar la indemnizabilidad de los daños que el poder público causa en el ejercicio de su *eminent domain* ha sido sometida a un escrutinio más profundo¹¹. La experiencia crítica que aporta esta doctrina constituye un auxilio esencial para afrontar algunas confusiones teóricas que pueden llevar a limitar injustificadamente la noción de sacrificio o a extender indebidamente los supuestos en los que se requiere, por exigencia constitucional, una indemnización.

¹⁰ Véase F. I. MICHELMAN, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation*, *Harvard Law Review*, 1967, vol. 80, núm. 6, pág. 1165.

¹¹ Una glosa de estos criterios (ocupación física, destrucción de valor y uso inocente) y de las resoluciones más importantes en relación con cada uno de ellos puede encontrarse, en la doctrina española, en M. AGUILERA VAQUÉS, *Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada* (regulatory takings v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad), en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales, 2008, vol. II, pp. 953 a 964.

Quizá la confusión más importante sea la que reduce el problema sacrificial a una cuestión estrictamente expropiatoria. La manera de enfocar las injerencias en la propiedad privada que caracteriza nuestra doctrina constitucional ha llevado a plantear una suerte de disyuntiva absoluta entre el art. 33.2 CE (las “delimitaciones” de la propiedad) y el art. 33.3 CE (las “expropiaciones” de bienes) allí donde la actividad pública delimitadora ha ido “demasiado lejos”¹². Avalada, en medida considerable, por una cierta línea de jurisprudencia constitucional¹³, esta visión dual extrae la problemática sacrificial del marco que le es propio (que es el de la teoría general de los derechos fundamentales) y la introduce en un recipiente conceptual que le queda demasiado estrecho (el de la propiedad privada), ignorando que la actuación sacrificial del poder público puede afectar a cualquier titularidad constitucional. Es más: esa falsa disyuntiva entre la delimitación (no indemnizable) y la expropiación (indemnizable) supone enclaustrar la actividad pública sacrificial que específicamente se proyecta sobre el derecho de propiedad en un solo instituto jurídico, el expropiatorio, marginando cualquier otra afectación distinta, legítimamente impuestas por el poder público, que plantee el problema fondo de la instrumentalización de una

¹² En esta línea, vid. M. AGUILERA VAQUÉS, *op. cit.*, págg. 939-950. El concepto de daño sacrificial es, en cambio, capaz de abarcar todos esos casos de menoscabos producidos al margen del sistema formal expropiatorio y que han de reputarse, no obstante, como intromisiones lícitas en el derecho de propiedad, necesitadas, en ciertos casos, de la correspondiente indemnización. En este sentido, el verdadero problema de los “regulatory takings”, esto es, de los sacrificios impuestos por vías normativas, no es, a mi modo de ver, el de determinar la diferencia “entre una regulación constitucional y una regulación inconstitucional por excesiva” (*ibid.*: 952) sino, como se verá, el de dilucidar si una injerencia en un derecho individual que es lícita (de acuerdo con la técnica de ponderación correspondiente) produce daños que han de ser equidistribuidos (indemnizados) por exigencia de la Constitución misma. A la técnica ponderativa que ha de servir para determinar la licitud de la intromisión en el derecho se añade, por ello, la técnica adjudicativa que ha de servir para distribuir adecuadamente la carga generada en la esfera de titularidades de concretos individuos.

¹³ En efecto, en la doctrina del Tribunal Constitucional se observa una tendencia a reducir el problema constitucional de los sacrificios de la propiedad a un juego disyuntivo entre “delimitación” de la propiedad y “expropiación” de suerte que lo que no es una delimitación (no indemnizable) de la propiedad, legítimamente realizada por el legislador, ha de considerarse una “expropiación” de la propiedad (necesitada de indemnización) y a la inversa. Como ha escrito F. REY MARTÍNEZ, *El devaluado derecho de propiedad privada*, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, núm. 55, págs. 959-995, la doctrina del Tribunal Constitucional tiende, así, a buscar «los criterios de distinción entre la expropiación (indemnizable) del art. 33.3 CE y la delimitación de la propiedad de acuerdo con su función social (no indemnizable) del art. 33.2 CE». Pero esa *summa divisio* ignora que las intromisiones en el derecho de propiedad trascienden la mera transformación de bienes privados en bienes públicos y supone la irrogación de menoscabos en bienes privados (que no cambian de titularidad) por razones de interés social. En otras palabras, es habitual que las intromisiones del poder público se manifiesten a través de “daños”, debiendo determinarse si estos daños, que son irreducibles al sistema formal expropiatorio, han de ser indemnizados.

persona. Es imprescindible, por ello, abordar la problemática sacrificial despojándonos de ciertas inercias teóricas que ciegan, en mi opinión, toda vía plausible de conciliación entre el Estado de Derecho y el Estado social, especialmente en lo que se refiere al derecho fundamental sobre el que la acción social del poder público se proyecta más intensamente: el derecho de propiedad privada.

2.1. Daño sacrificial *versus* expropiación.

La tendencia a la jibarización expropiatoria del problema sacrificial, tan característica del debate español, ha sido advertida y criticada por la doctrina norteamericana en relación con uno de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo Federal de los EE. UU., el de la *ocupación física*, según el cual el sacrificio (*taking*) sólo existe en las hipótesis de transferencia directa de bienes, esto es, en los casos en los que el poder público desposee (creando, o no, un título de derecho). Como explica Michelman, la funcionalidad de este test para determinar la procedencia de la indemnización es muy limitada¹⁴. Cuando se piensa en la compensación se tiene intuitivamente la idea de una cosa que otro quita a su titular. De ahí que el caso prototípico de actividad pública (realizada en interés colectivo) que exige la debida compensación sea el de las “desposesiones físicas”, en las que está completamente asentada la idea de que el poder público sólo puede crear para sí mismo títulos de dominio pagando el precio correspondiente (como ocurre en el sistema español de expropiación forzosa). El Tribunal Supremo norteamericano llega sin dificultad a la conclusión de que el poder público también debe pagar una compensación si ocupa físicamente el bien ajeno de modo regular o permanente, pues el simple hecho de que se niegue a adquirir formalmente el bien no le exime de la obligación de pagar su precio.

Ahora bien, según el ejemplo que utiliza el propio Michelman, puede pensarse en vuelos militares a baja altura que no invaden mi “espacio físico” (ya que el espacio aéreo es de dominio público) y que prácticamente dejan sin valor mi bien. La Administración no quiere hacer ningún uso de mi propiedad; ni quiere nada de ella ni obtiene de ella, directamente, beneficio alguno. Además, la compensación no supone, en dicho caso, que el Estado pague por el valor de la propiedad que ha ocupado; se indemniza al propietario por las pérdidas que se le causan. No hay un pago de precio por un desplazamiento de

¹⁴ F. I. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1186-1190 y 1227.

título, esto es, el poder público no paga por hacerse con la propiedad ajena sino por el daño que ha causado al titular¹⁵. De este modo, se advierte que el test de la “ocupación física” sólo es indicativo de que el sujeto afectado carga con una porción desproporcionada de los costes asociados a la medida adoptada. Sólo puede servir, por ello, para identificar daños manifiestamente compensables. En modo alguno puede utilizarse, a la inversa, a efectos de separar los daños compensables de los que no lo son, formulando una regla general según la cual los sacrificios que no suponen una ocupación física nunca son desproporcionados y no requieren compensación.

Llevando esta reflexión a nuestro contexto jurídico, el sistema español de expropiación forzosa está tan asentado en nuestro orden constitucional que no resulta difícil llegar a la misma conclusión que el Tribunal Supremo norteamericano: las ocupaciones físicas que no han sido cubiertas con la creación del pertinente título de derecho, allí donde la reversión está excluida, han de ser debidamente compensadas. Se trataría, pues, de actuaciones materialmente expropiatorias, sujetas al régimen del art. 33.3 CE. Es obvio que la Administración puede expoliar a un ciudadano por razones de utilidad pública y, en tal caso, se ha de ver obligada a resarcir. Pero la desposesión no es, con la misma obviedad, un supuesto exclusivo¹⁶. La realidad demuestra que hay formas más sutiles de sacrificio que pueden resultar mucho más invasivas de la esfera individual de derechos que la mera ocupación física de un bien privativo y que no pueden reconducirse, sin más, al sistema formal de expropiación. Se trata de hipótesis de menoscabos de riqueza, de afectaciones de la propiedad, que pueden ser conceptuados como verdaderos daños verificados en titularidades

¹⁵ A la inversa, pueden existir desposesiones de bienes que no generan daños a ningún propietario y en los que el interés del titular no se satisface a través de una indemnización sino con la reintegración de la posesión exclusiva (por medio de una acción reipersecutoria que cumple la misma misión protectora de la dignidad).

¹⁶ Entre otras cosas, el sistema de expropiación forzosa es un régimen estandarizado de creación de títulos de propiedad sobre bienes exteriores. El daño sacrificial abarca cualquier titularidad constitucional de una persona. Hay daños sacrificiales en la vida, la libertad o la integridad física que plantean el problema constitucional de la indemnización sin que puedan ser recondicionados al sistema expropiatorio. No obstante, es cierto que el problema del daño sacrificial tiene su ámbito más normal de aplicación en el derecho de propiedad privada, pues la imposición coactiva de las políticas públicas se refieren normalmente a dicha titularidad constitucional. Es, además, en la propiedad donde la tensión entre la cláusula de Estado social y Estado de Derecho genera una confusión más evidente, manifestada en la falta de criterios jurídicos sólidos para resolver el enfrentamiento entre la llamada “función social” de la propiedad y el “contenido esencial” de este derecho, conflicto que queda completamente diluido hasta hacer del derecho de propiedad una titularidad que carece de una referencia constitucional sólida. Véase al respecto el certero resumen del problema (y de la ambigüedad que caracteriza la doctrina de la doctrina constitucional) que se contiene en F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*

individuales protegidas por la Constitución. La ausencia, en nuestra doctrina, de una reflexión profunda acerca del papel restitutorio o protector que la responsabilidad civil desempeña en relación con los derechos individuales oscurece, en este punto, el rol que el resarcimiento juega en estas otras afectaciones de derechos (incluida la propiedad) que no están comprendidas en el instituto expropiatorio y que se sustancian, no en la transferencia del poder subjetivo sobre un bien, sino en la causación de menoscabos.

Pensemos, por ejemplo, en un planeamiento urbanístico que, cambiando el uso de un terreno, impide al propietario seguir desarrollando una actividad lucrativa. Cabe suponer que el poder público actúa, en tal caso, de forma racional sobre la esfera privativa del propietario para conseguir, a través de la nueva ordenación, una mejora del bienestar común. Es evidente, sin embargo, que el individuo concretamente afectado tendrá, como consecuencia directa de esa ordenación normativa, un detrimento relevante de su situación de riqueza previa, mayor quizá del que derivaría de una mera expropiación parcial de una parte poco significativa del espacio físico comprendido por su título de propiedad. En este caso, la limitación impuesta en la esfera individual es mucho mayor que la que supondría una transferencia directa parcial. No estamos ante una transferencia forzosa, ni ante una ocupación física del bien, pero sigue tratándose de una imposición coactiva y deliberada de una pérdida de riqueza. En otras palabras: estamos ante un daño, pues el titular del bien sufre un menoscabo en su esfera de derechos como consecuencia directa de la realización coactiva de una voluntad ajena, la del poder público. Es un error, por ello, asimilar, sin más, el concepto de “taking” al de “expropiación”; un error que, en realidad, es doble, pues (i) se entiende indebidamente, de un lado, que toda medida que incide “desproporcionadamente” en el derecho de propiedad es una expropiación verificada fuera del cauce normativo adecuado, previsto en el art. 33.3 CE y (ii) se considera sin razón alguna, de otra parte, que este exceso expropiatorio es el único supuesto de afectación del derecho de propiedad que debe ser indemnizado por mandato constitucional, pues, fuera del mismo, no estaríamos más que ante “delimitaciones” no indemnizables.

La realidad de la acción social del poder público no se ajusta a semejante simplificación: toda la actividad pública (normativa, ejecutiva y judicial) puede dar lugar a la imposición de limitaciones o restricciones sobre el libre ejercicio de las titularidades individuales que llevan aparejadas importantes pérdidas de riqueza irreconducibles al sistema formal de expropiación forzosa. En todos estos casos, el poder público realiza coactivamente su voluntad sobre los derechos de los ciudadanos causándoles determinados daños. En todos ellos, el

primer requisito del sacrificio (la coactividad del menoscabo) puede ser observado, por más que muchas hipótesis deban ser, después, excluidas de la categoría por la ausencia de algún otro requisito (por ejemplo, por tratarse de medidas protectoras o policiales o por estar implícitamente compensadas)¹⁷. Lo que importa es la pérdida que se causa al afectado, no el valor de la porción de bienes de la que (sólo en ciertos supuestos de sacrificio, materialmente expropiatorios) puede verse privado¹⁸. Dicho de otro modo, la mirada no se centra en lo que el titular conserva sino en aquello que pierde al servicio del interés colectivo¹⁹. Cualquier decisión del poder público (legislativo, ejecutivo o judicial) que impone un daño singularizado para mejorar el bienestar colectivo cumple, por ello, con el primero de los requisitos del daño sacrificial, sin que tenga, necesariamente, que reconducirse al instituto expropiatorio para plantear la procedencia, por imperativo constitucional, de una indemnización.

2.2. Propiedad privada, contenido esencial y función social.

La expuesta no es, sin embargo, la tesis de la jurisprudencia constitucional española, en la que la injerencia legislativa en la propiedad individual se debate siempre entre dos posibilidades: (i) la de una injerencia legislativa proporcionada, caso en el cual la actuación del poder público se considera puramente delimitadora del contenido del derecho de acuerdo con su función social, sin posibilidad de indemnización alguna y (ii) la de una injerencia legislativa desproporcionada, caso en el cual estamos ante una actuación materialmente expropiatoria, acreedora, esta sí, de indemnización. Toda la actuación sacrificial

¹⁷Ante esta situación, una opción es mantener ese menoscabo en la esfera del concreto individuo que lo sufre y otra compensar a ese individuo pagándole el importe de su pérdida, lo que inmediatamente genera una distribución del menoscabo causado entre todos los miembros del colectivo de acuerdo con el patrón de “estructura tributaria” que esté establecido en esa sociedad. Con ocasión de la producción de todos estos daños surge, en nuestro Estado Constitucional de Derecho, el problema de su resarcibilidad ¿Han de quedar en la esfera de la persona que sufre el daño o han de ser indemnizados (procediéndose, de ese modo, a la distribución del sacrificio entre todos los miembros del colectivo a través de las reglas constitucionales del sistema tributario)? Llevado este ejemplo al supuesto general de “regulatory takings”, cuando el poder público, dentro de sus legítimas atribuciones, toma una decisión normativa (adopta una ordenación) para reestructurar la utilización de los recursos generando perjuicios asociados a determinados individuos ¿es legítimo que los costes de las decisión del poder público sigan siendo soportados exclusivamente por quienes los sufren directamente o debe el poder público, a través de la compensación, equidistribuir esos costes entre los miembros del colectivo? En otras palabras ¿los sacrificios deben permanecer en la esfera de los individuos que los han sufrido o deben ser “socializados”? Véase F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, pág. 1169.

¹⁸ Vid. R.A. EPSTEIN, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985, pág. 55.

¹⁹ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 76.

del poder legislativo queda, pues, entregada a un único criterio resolutorio: un test de proporcionalidad devaluado que, como ha notado la doctrina y reconoce a veces la propia jurisprudencia constitucional, actúa, en realidad, como canon de adecuación o razonabilidad²⁰. Con ello, la injerencia puramente “delimitadora” tiene un margen anchísimo; basta que no suponga una privación del bien o una actuación materialmente equivalente, esto es, una negación al propietario de toda utilidad²¹. En todos los casos que no llegan a este extremo, el sacrificio normativamente impuesto ha de ser aceptado como configuración legislativa del derecho, sin posibilidad de indemnización. Salir de este bucle obliga a replantearnos algunas de los dogmas que tenemos asumidos sobre el derecho de propiedad, recuperando el valor, relativo pero cierto, que tiene como derecho de libertad y situando el test ponderativo sobre la viabilidad constitucional de la injerencia en el lugar que le corresponde, que no es el de la indemnizabilidad del daño.

Describamos, primero, la situación actual. Más o menos disimuladamente, la propiedad privada viene siendo excluida del marco jurídico que, sin matices, le asigna el art. 53.1 CE, que es el de los derechos constitucionales dotados de “contenido esencial”, en cuanto titularidades subjetivas que, para ser aplicadas, no pueden considerarse incompletas o necesitadas de mediación legislativa. Nuestra doctrina constitucional suele afirmar que el contenido esencial del derecho de propiedad está integrado por su propia “función social”, estableciendo, acto seguido, una *summa divisio* entre las llamadas “delimitaciones”, legítimas y no indemnizables, realizadas de acuerdo con dicha función (art. 33.2 CE), y las expropiaciones forzosas, que sí son indemnizables (art. 33.3 CE). Las injerencias legislativas en la propiedad privada se someten, así, a un juicio disyuntivo único, tendente a determinar si estamos ante una delimitación o ante una expropiación; toda afectación no expropiatoria del derecho de propiedad se entiende como una mera “delimitación” de su contenido, frente a la que no cabe ninguna exigencia de tutela judicial.

²⁰ F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 963.

²¹ Así, se entiende que véase J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978*, en J. BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 29-30, que entiende que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, «[e]l alcance de la garantía indemnizatoria que la Constitución reconoce, en efecto, es estrecho (cubre la privación singular del bien; o el sacrificio general de todo aprovechamiento o disposición)». Fuera, pues, de un supuesto expropiatorio (transferencia de titularidad) y de su sucedáneo de completa ablación o expolio, no habría garantía indemnizatoria alguna, pues estaríamos ante una delimitación legislativa no indemnizable.

La propiedad privada es desgajada, de ese modo, del grupo de derechos que son constitucionalmente entendidos como emanación, más o menos directa, de la dignidad humana y que se consideran, por ello, indispensables para el “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE). La conciliación del Estado (material) de Derecho con el Estado social no resulta, aquí, necesaria; la cláusula social puede desplegarse plenamente, sin más cortapisa que la reglas circunstancialmente previstas para el caso particular de la expropiación forzosa, esto es, para las hipótesis de transferencia directa de titularidades sobre bienes. Frente a los derechos fundamentales de máxima jerarquía axiológica (los más ligados a la dignidad humana), en los que se acepta el juego del “contenido esencial” como “garantía institucional”, la propiedad privada se entrega ciegamente a las intervenciones normativas del poder público que “delimitan”, en cada caso, su contenido originario de poder. Se suprime, con ello, todo nexo constitucional inmediato entre la propiedad privada y la autonomía (libertad) del individuo²². Como ha descrito críticamente Rey Martínez, el derecho de propiedad resulta en todo caso de una *«ponderación interna o intrínseca entre la utilidad individual del titular del derecho y la utilidad social del bien objeto de regulación, de modo que el derecho de propiedad no parece tener un contenido previo a dicha ponderación, sino que es siempre tan sólo lo que ‘resta’ después de ellas»*²³. Contenido esencial y función social de la propiedad se convierten en líquidos inexorablemente mezclados en una coctelera que el legislador agita casuísticamente hasta alumbrar el derecho constitucional en su configuración genética originaria, esto es, ya debidamente “delimitado” y susceptible de ser aplicado (y, en su caso, expropiado).

Este modo, manifiestamente confuso, de plantear las cosas encubre, en última instancia, una “desconstitucionalización” del contenido esencial de la propiedad privada, que es remitido a la legislación administrativa y social. No creo, sin embargo, que la propiedad presente ninguna particularidad que la convierta en un derecho sin contenido esencial constitucionalmente aprensible. El problema es otro, bien sencillo además. La visión maximalista del contenido esencial como mínimo absoluto infranqueable, que en buena medida sigue dominando en la doctrina constitucional española, genera un comprensible vértigo cuando es enfrentada al *terrible derecho*. Las políticas públicas no suelen exigir el sacrificio de los derechos fundamentales más importantes, como la vida, la integridad física o la libertad. De ahí que, en relación con ellos, podamos

²² Contrasta, aquí, la doctrina constitucional española con la tendencia del Tribunal Constitucional alemán a subrayar el valor de la propiedad como “espacio de libertad en el derecho patrimonial. Véase F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 974-975.

²³ F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 972-973.

mantener formalmente la visión del contenido esencial como *noumeno* absoluto e intangible, esto es, como la imagen indeleble del derecho determinada por un orden metafísico superior. La misión del Derecho Constitucional sería, en todos estos casos, vigilar al legislador para que se ajuste sin excepción a esa forma jurídica vinculante. Los supuestos sacrificiales (derribos de aeronaves secuestradas en los que se mata a inocentes para salvar un mayor número de vidas, vacunaciones obligatorias en las que un porcentaje mínimo, pero cierto, de vacunados ha de sufrir una reacción adversa y grave en su salud, privaciones cautelares de libertad de quienes, una vez practicadas las pruebas en el juicio oral, resultan ser inocentes) son tan dispersos y ajenos los unos a los otros que no llegan a inquietar a la doctrina. Ésta ignora, sin más, el indudable desafío que la existencia de tales supuestos sacrificiales representa para el paradigma oficialmente establecido, según el cual el contenido esencial de un derecho es intangible. Pero el derecho de propiedad no nos concede el lujo aristocrático de la indiferencia. Si la propiedad tuviera un contenido esencial infranqueable no podríamos entender siquiera el instituto expropiatorio. Son tan amplios y tan habituales los sacrificios de la propiedad que hallar el ámbito de intangibilidad sería un ejercicio vano. No existe.

En realidad, es la concepción misma del “contenido esencial” la que no se sustenta. Dicho concepto constitucional no designa un mínimo absoluto que el poder público deba respetar a toda costa, cualesquiera que sean las circunstancias y los contextos a los que se enfrente; todos los derechos fundamentales son, a la hora de la verdad, sacrificables, incluso en su contenido más íntimo o nuclear, cuando se da un supuesto de hecho que lo hace irremediable. Como ocurre en el caso extremo del derribo de aeronaves que son utilizadas por terroristas como arma “kamikaze”, a veces el poder público no tiene más remedio que matar a inocentes (los pasajeros secuestrados) para salvar un número mayor de vidas. El contenido esencial no es, por ello, una suerte de prohibición absoluta de injerencia sino la posición originaria que la Constitución asigna a un derecho fundamental de acuerdo con la idea de la dignidad como autonomía. El poder público nunca está llamado a “delimitar” el contenido de los derechos del art. 53.1 CE, pues su ámbito originario ya está constitucionalmente fijado. Puede, eso sí, menoscabar lícitamente dicho contenido para salvaguardar fines imprescindibles de la vida en comunidad, estableciendo para ello los supuestos legislativos necesarios. Las técnicas ponderativas, como el test de proporcionalidad, sirven justamente para determinar si, en un contexto concreto, un derecho constitucional ha de conservar su posición originaria de libertad o si ha de ceder, en cambio, ante otros imperativos de la vida social.

La propiedad privada, como cualquier otro derecho del art. 53.1 CE, tiene un contenido esencial, esto es, tiene constitucionalmente asignada una posición originaria de autonomía o libertad que hace innecesaria su “delimitación” normativa para que sea directamente aplicable. El legislador puede, no obstante, sacrificar esa configuración inicial para alcanzar o preservar objetivos sociales legítimos utilizando, a estos fines, la técnica ponderativa idónea. Y es ahí, justamente, donde entra en juego la “función social” de la propiedad (art. 33.2 CE), que supone, conforme a una larga tradición de pensamiento en la que nuestra Constitución se inscribe, que el contenido esencial de este derecho puede ser sacrificado por el poder público con especial facilidad. Basta, para ello, que persiga un fin legítimo y que la intromisión en la propiedad sea un medio adecuado para alcanzarlo.

El texto del art. 33.3 CE relativo a la expropiación forzosa no constituye, de este modo, más que una manifestación puntual y estandarizada de la “función social” de la propiedad que contempla, en términos generales, el art. 33.2 CE. Para transferir la titularidad de un bien privativo (esto es, para expropiar) basta con “cualquier causa” de utilidad pública o interés social. Pero la regulación específica de las transferencias coactivas de titularidades no excluye, en modo alguno, otras afectaciones del derecho de propiedad para las cuales la “función social” tiene idéntico efecto: supeditar la constitucionalidad de la injerencia al cumplimiento de un mero *test* de razonabilidad. De este modo, las exigencias generales del principio de proporcionalidad, habitualmente aplicables a la injerencia en derechos fundamentales, son atenuadas o debilitadas cuando del derecho de propiedad se trata, facilitándose, con ello, la normal realización de las políticas públicas. Las regulaciones que modifican legítimamente la posición originaria del propietario no son, por tanto, la génesis del derecho; se enfrentan siempre (a través del juicio ponderativo aplicable) a una imagen previa de la propiedad como derecho de libertad. La autonomía individual constituye, así, el punto de partida. La “función social” permite alejarse de esa posición originaria con especial facilidad. Función social (Estado social) y contenido esencial (Estado de Derecho) se complementan sin llegar a confundirse.

El sacrificio de la propiedad no es, por tanto, una excepción objetiva a la noción unitaria de *Estado social de Derecho*. No podemos estar, en este concreto punto, ante un “Estado de Derecho incompleto” por un juego absoluto de la cláusula social. El sacrificio de la propiedad privada plantea los mismos problemas que el de cualquier otro derecho fundamental, sin que pueda quedar encapsulado en la figura de la expropiación forzosa. Como en cualquier otra hipótesis sacrificial, nos preguntamos, por ello, en relación con el derecho de la

propiedad, si la técnica ponderativa (proporcionalidad o, en este caso, razonabilidad) es suficiente para preservar la posición constitucional del individuo como fin en sí mismo, nos cuestionamos si puede aceptarse, sin más, que los concretos sujetos afectados carguen enteramente con el peso del bien común. Con las injerencias sacrificiales en la propiedad privada surgen las mismas dudas que en cualquier otro derecho: ¿no convertimos, de forma coactiva, a unos en siervos de los demás? ¿no se requiere algo más para integrar realmente las cláusulas de Estado social y Estado de derecho en un solo enunciado jurídico? La concreta regulación de la expropiación forzosa debería servirnos de indicio de que la técnica ponderativa no basta a estos efectos, pues el art. 33.3 CE, en cuanto manifestación puntual y estandarizada de sacrificio en las hipótesis de transferencias directas de la titularidad de bienes, establece un requisito adicional al empleo de la técnica ponderativa pertinente (en este caso, la adecuación a la causa utilidad pública o interés social a que la expropiación sirve). Ese requisito adicional es la indemnización. Que el art. 33.3 CE prevea la indemnización sería, de aceptarse esta tesis, una manifestación puntual (estandarizada) de un problema de teoría general de los derechos fundamentales que se plantea en cualquier otra hipótesis de daño sacrificial.

De este modo, la técnica ponderativa permite alumbrar legislativamente estatutos diferenciados de la propiedad privada, que se separan más claramente de la posición originaria de autonomía allí donde el valor de la propiedad como ámbito de libertad individual es menos significativo y donde la satisfacción del bien común resulta, en cambio, más perentoria. También por esta vía se llega a una diferenciación por escalas de la propiedad privada pero las técnicas jurídicas aplicables para delimitar el juego del Estado de Derecho y del Estado social abandonan su estado previo de confusión. En efecto, se parte, de un lado, de la libertad como principio o situación de base, cuya rectificación ha de ser justificada por el poder público de modo suficiente. Esa justificación de la injerencia constituye, así, el primer test al que ha de ser sometido una regulación de la propiedad. Su funcionalidad es, sin embargo, limitada, ya que nos dice, únicamente, si la intromisión legislativa es constitucionalmente aceptable. Con ello, se separa el problema de la legitimidad de la injerencia legislativa de la cuestión de la indemnizabilidad de su resultado final, que depende de cómo queda asignada la carga económica inherente a la materialización del bien común. Este es, pues, el segundo test al que, una vez superado el de la técnica ponderativa, debe someterse una injerencia legislativa en un derecho, incluido el de propiedad (y ello aunque la ley guarde silencio acerca de la viabilidad de una compensación económica). El examen constitucional de la injerencia sacrificial en la

propiedad (y en cualquier otro derecho fundamental) se ha de dividir, pues, en dos pasos: (i) el método ponderativo que permite dilucidar la legitimidad de la injerencia a la vista del bien común, como técnica que nos dice únicamente si es constitucionalmente viable el daño legislativamente impuesto o el permiso legislativo para dañar y (ii) el método adjudicativo que permite equidistribuir el resultado dañoso efectivamente generado, evitando que unos se vean tratados como meros siervos o instrumentos de los demás, como técnica que nos dice quién ha de soportar el coste de los daños lícitamente producidos al servicio del bien común.

2.3. El daño sacrificial legislativamente impuesto como regulatory taking.

La superación conceptual de la errónea disyuntiva “*delimitación/expropiación*” tiene un corolario evidente: el problema constitucional no varía en función de la fuente formal de la instrumentalización. No importa, por ejemplo, que ésta se esconda tras una fórmula general llamada a afectar a una pluralidad de personas. Siguiendo las expresivas palabras de Richard A. Epstein, no hay una “alquimia secreta” que haga constitucionalmente neutrales los sacrificios que se imponen a través de fórmulas normativas²⁴. La distinción entre sacrificios “normativos” y “ejecutivos” es, en realidad, puramente semántica, ya que los segundos están igualmente amparados, en última instancia, en una norma autorizativa (que puede tener rango legal), sin que esa sola circunstancia dispense en modo alguno del deber de conciliarlos con la prohibición constitucional de instrumentalización que se deriva del art. 10.1 CE. Es más, en realidad, la autorización de cualquier sacrificio está contenida en una norma del máximo rango: la cláusula social de la Constitución. La idea de un “sacrificio legislativo” de la esfera de libre realización personal, exento, por el mero rango de la fuente del perjuicio, de cumplir con las exigencias de la dignidad humana, es abiertamente contraria a la esencia de nuestro Estado Constitucional, que rechaza, como expresivamente ha escrito Gustavo Zagrebelsky, un nuevo “absolutismo de la ley”²⁵. Siendo lo propio del daño sacrificial el ser un daño lícito, no resulta extraño, en definitiva, que sea la ley misma la que actúe, en algunos supuestos, como fuente directa del perjuicio. Si fuera de otro modo, la única

²⁴ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 99.

²⁵ Mucho más perfecto que el previo “absolutismo monárquico” al carecer, si se obvian las exigencias constitucionales, de todo límite. Véase G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid Trotta, 1999, pág. 25.

conclusión lógica sería que ningún daño sacrificial, por el hecho de estar autorizado por una norma, resultaría indemnizable²⁶.

El problema queda, pues, debidamente planteado para todo derecho fundamental, incluido el de propiedad. Es el derecho mismo, como emanación de la dignidad, el que puede exigir una indemnización frente a una injerencia lícita del poder público que carga en el afectado el coste del bien común más allá de la parte alícuota que le corresponde. De ahí que la fuente del resarcimiento no deba buscarse, en estos casos, en las reglas objetivas de responsabilidad patrimonial que la Constitución contempla (arts. 106.2 y 121 CE), que, son, más bien, remisiones al legislador para que regule racionalmente todas las hipótesis resarcitorias en las que la indemnización no está constitucionalmente exigida. Es el propio derecho fundamental afectado el que exige, por sí mismo, la indemnización de estos daños, lícitamente causados al amparo de la cláusula social. De ahí que sea indiferente, en relación con el daño sacrificial, que no exista una regla constitucional de resarcimiento, paralela a la de los arts. 106.2 y 121 CE, que sea aplicable al legislador. El deber de indemnizar que pesa sobre el Estado-legislador en las hipótesis de injerencia sacrificial lícita deriva de su necesaria sujeción, como cualquier otro poder público, al orden constitucional de derechos, esto es, resulta de la propia esencia del *Estado social de Derecho*.

Es lógico, no obstante, que esta posible indemnizabilidad, por mandato constitucional, de todo sacrificio, incluso del legítimamente impuesto por el legislador mismo, genere, a primera vista, un cierto temor ¿No estamos ante hipótesis indemnizatorias materialmente inasumibles, esto es, ante exigencias de resarcimiento tan amplias que hacen que la conciliación entre Estado de Derecho y Estado social sea, en última instancia, una quimera? Sólo podemos alejar este espectro adentrándonos en los elementos de la definición de daño sacrificial que aún no han sido tratados y que sirven para delimitar debidamen-

²⁶ La manera típicamente funcionalista (función social de los derechos, concepción estatutaria) de comprender la relación del Estado con los derechos de los ciudadanos enmascara, así, la imposición coactiva de una importantísima modalidad de daño sacrificial: el que el poder público materializa ejerciendo su poder normativo pues, en la visión personalista propia de nuestro orden constitucional, la “posición originaria” de los derechos individuales es determinada por la autonomía (dignidad) personal. Así, a Richard A. Epstein, autor que se ha movido en su trayectoria entre el libertarismo y el utilitarismo, le sorprende que se rechace ya casi unánimemente el modelo centralizado de gestión de los recursos propio del socialismo y que se acepten con tanta facilidad las injerencias normativas que suponen, en última instancia, reproducir aquel modelo, esto es, privar normativamente a los individuos de la capacidad de gestionar autónomamente una porción de su riqueza, que es intervenida coactivamente por el Estado. Vid. R. A. EPSTEIN, *Simple rules in a complex world*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1995, págs. 35 y 36.

te los supuestos dañosos que plantean el problema constitucional de la instrumentalización.

3. El daño sacrificial frente a otras injerencias coactivas del poder público: los rasgos identificativos del daño sacrificial.

La caracterización del daño sacrificial como actuación pública coactiva es claramente insuficiente para individualizarlo. Hemos de volver, por ello, a la definición inicial, recordando que en ella también se señala que una actuación pública coactiva, para ser sacrificial, ha de ser plasmación puntual de la cláusula social del Estado, esto es, debe tender a la consecución de objetivos beneficiosos para el conjunto de la comunidad política. Ha de tener, además, como efecto final, la causación efectiva de una pérdida de riqueza. Estos son los rasgos realmente delimitadores del instituto. Se resalta, en primer lugar, que la pérdida de riqueza ha de estar amparada en la cláusula “social” (arts. 1.1, 9.2, 128 CE), poniéndose de manifiesto, con esta exigencia, que no pueden conceptuarse como sacrificios las actuaciones públicas que, en lugar de extraer una utilidad colectiva de los derechos individuales, tratan, en la línea del Estado-policía, de evitar la consumación de una injusticia conmutativa (esto es, de impedir que un individuo realice su arbitrio sobre los bienes de otro) o procuran corregir las consecuencias de la misma. Los daños que derivan de la protección que el poder público dispensa frente a una agresión no son, por tanto, constitutivos de sacrificio. Se exige, asimismo, que el efecto final constituya una verdadera pérdida de riqueza, subrayándose que la dignidad del individuo afectado (art. 10.1 CE) sólo se ve comprometida por el resultado de la operación sacrificial si dicho individuo pierde parte de la capacidad que antes tenía de realizar sus propios fines. Si su esfera de bienes permanece en la misma situación, o si se ve incluso incrementada, lo que interesa al orden de derechos constitucionalmente garantizado es que el poder público cumpla con las exigencias materiales (por ejemplo, el test de proporcionalidad) y formales (por ejemplo, la habilitación normativa o la calidad de la ley reguladora) que le permiten actuar coactivamente en dicho ámbito. Sin resultado dañoso, sólo la operación de injerencia ha de ajustarse al orden constitucional de derechos. En otras palabras: sin pérdida, no hay necesidad de equidistribución del coste del bien común.

Con ello, se observa que la definición de daño sacrificial encierra un triple test que ha de ser aplicado a las decisiones del poder público: (i) ¿imponen, de forma coactiva una pérdida en la esfera privativa del individuo? (ii) ¿está esa actuación amparada en la cláusula “social” de la Constitución (o responde, más

bien, a una mera finalidad protectora o policial)? (iii) ¿supone para el afectado una pérdida real de riqueza (o lleva consigo una compensación implícita)? Si se responde positivamente a estos tres interrogantes puede decirse que, en efecto, estamos ante un daño sacrificial verificado en un derecho individual, planteándose, de inmediato, la necesidad de conciliarlo con la garantía constitucional que ampara la esfera de derechos individuales como emanación directa de la dignidad humana. Veámoslo con más detalle.

3.1. El sacrificio como daño amparado en la cláusula social.

Para que exista un sacrificio, el poder público ha de actuar coactivamente sobre los bienes de los ciudadanos al amparo de la cláusula social del Estado constitucional, esto es, con la finalidad de obtener una utilidad social o una mejora del bienestar colectivo. Esto tiene consecuencias inmediatas. La primera y más básica es que, tal y como se ha anticipado, no puede constituir un sacrificio la realización “ilícita” de la voluntad del poder público sobre los bienes de los particulares, esto es, la actuación del poder público que no está amparada en ninguna finalidad constitucionalmente legítima (que podrá dar lugar a daños intencionales ilícitos, pero no sacrificiales). El sacrificio ha de estar correctamente amparado en la cláusula social de la Constitución, que es la que permite imponer lícitamente el daño en la esfera del individuo sacrificado para obtener, de ese modo, una utilidad común. Hay, no obstante, una segunda consecuencia que exige un desarrollo mayor. Es la siguiente: no puede reputarse como sacrificio el menoscabo “lícito” de riqueza que deriva de una medida pública (normativa, administrativa o judicial) arbitrada, no para obtener una ganancia común, sino para asegurar la adecuada coexistencia —desde la óptica de la justicia conmutativa— de las distintas esferas de libre realización individual. Esta segunda consecuencia es especialmente importante, ya que permite extraer del concepto de sacrificio los menoscabos de riqueza privativa derivados un amplio abanico de potestades públicas.

En efecto, la cláusula constitucional de Estado de Derecho se articula a través de la llamada justicia conmutativa o correctiva, que trata de asegurar que cada individuo realice su arbitrio personal sobre su propia esfera de bienes, evitando toda injerencia en el ámbito de autodeterminación de los demás. Por ello, las reglas fijadas por la autoridad pública para garantizar que las titularidades de unos individuos no se vean afectadas por el arbitrio de otros —más allá de las molestias ordinarias que han de ser recíprocamente toleradas como propias

de una vida en comunidad- no sólo no constituyen una instrumentalización sino que son, más bien, una manifestación ordinaria de la cláusula constitucional de Estado de Derecho, que prohíbe que unos sean convertidos en mero instrumento de otros, ofreciendo, para ello, una protección coextensa a los derechos de todos los individuos, que quedan, de este modo, recíprocamente limitados. Se trata de medidas coactivas que impiden o corrigen situaciones de instrumentalización. No es que el Estado imponga una pérdida a un ciudadano en beneficio de los demás sino más bien lo contrario: trata de establecer un marco jurídico que evite que un ciudadano obtenga una ganancia indebida a costa de sus iguales o que los someta unilateralmente a los designios de su voluntad más allá de lo que ha de ser recíprocamente tolerado. A través de las reglas de policía, el Estado, lejos de consumir o autorizar una injusticia conmutativa por razones de interés general, establece la adecuada justicia conmutativa entre sujetos que deben ser considerados iguales²⁷.

La cláusula social constituye el extremo opuesto a la medida de policía²⁸: el Estado no sólo no impide la “agresión” sino que la autoriza convirtiéndola

²⁷ Acudiendo, nuevamente, al lúcido análisis de F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1236-1239, esta es la razón de justicia que se esconde tras el test jurisprudencial que niega la resarcibilidad en función del carácter perjudicial de la actividad privada que resulta afectada. Se centra, así, en determinar si la regulación introducida trata de evitar daño o de obtener beneficios. Esto lleva al problema, no siempre fácil de resolver, de determinar cuál es la actividad “molesta”. Así, el propietario que, a sabiendas de su carácter molesto o perjudicial, sitúa su industria en un lugar aislado puede ver cómo la expansión urbanística lleva a que la ciudad acabe rodeando su terreno. En ese caso ¿puede descartarse la compensación sobre la idea de que el poder público trata simplemente de evitar una molestia para otros individuos? El test no ha de aplicarse, por ello, automáticamente a supuestos en los que la medida pública no pretende extraer ninguna utilidad social sino ha de limitarse, más bien, a identificar como no resarcibles medidas que simplemente corrigen una situación de redistribución unilateral de recursos, esto es injusticia conmutativa en la que un ciudadano está realizando – a través del uso molesto – su voluntad sobre la esfera de bienes ajena. En suma, se trata de comprender que hay restricciones de bienes privativos que nada tiene que ver con la eficiencia. La medida pública lo único que pretende es restituir a un propietario en el bienestar que otro le está quitando a través de un uso de su propio bien que genera un perjuicio para los demás. En cualquier caso, las críticas de Michelman a este criterio no deben ser exageradas. Como le replica R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 117, no puede descartarse la operatividad general de un criterio acudiendo a los problemas que generan los casos más problemáticos. De otro lado, a mi juicio, puede coincidirse con Epstein en que el caso de la “fábrica de ladrillos” de Michelman no merece indemnización desde la óptica del sacrificio de la propiedad – ya que es objetivamente una actividad que genera daños a sus vecinos – y que puede, al mismo tiempo, admitirse la indemnización desde otra perspectiva distinta propia de la responsabilidad patrimonial de la administración, como la confianza legítima, siempre que una ordenación del poder público hubiera generado en el propietario de la fábrica la expectativa razonable de que no se produciría la situación nociva de terceros.

²⁸ Como señala R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 108-111, existe una “distinción estructural” clave entre medidas de “policía pública” y las medidas de “utilidad pública”. El autor, con su prisma de Derecho Privado aplicado a la cláusula constitucional de “*eminent domain*”, observa

en una agresión “lícita”, cuyo resultado final cuenta con el respaldo de la comunidad política a pesar de constituir un daño. La cláusula social es, de este modo, la previsión constitucional que permite al poder público dañar lícitamente a los ciudadanos para obtener un beneficio común. Si la medida de policía constituye la regla pública paralela a la legítima defensa, la cláusula social se desvela, de este modo, como la regla de Derecho Constitucional paralela al estado de necesidad (institución que, en el marco jurídico vigente, no constituye, en realidad, más que una manifestación concreta de dicha cláusula constitucional). En este caso, al no ser el daño una reacción frente a una agresión, la víctima no puede considerarse responsable de su propio mal. Al sufrir el daño se ve lícitamente instrumentalizada en beneficio del colectivo.

Esta última idea supone que el Estado puede autorizar, por razones de interés social y en atención a la ponderación adecuada de los costes y los beneficios, que los particulares dañen a otros particulares o que realicen actividades privadas generadoras de riesgos “no recíprocos” (que suponen, por ello, una elevada probabilidad de daño para terceros). En todos estos casos, propios de la (mal) llamada responsabilidad objetiva (riesgo y sacrificio en sentido estricto), se plantea el problema constitucional del daño sacrificial: los daños lícitamente causados en beneficio común deben ser conciliados con la dignidad (no condicionada) de las víctimas, ya que los fines del dañado (que son sacrificados en beneficio del bien común) son tan dignos de realizarse como los fines de los demás (que no sufren detrimento alguno). Las medidas de policía no plantean, en cambio, conflicto alguno entre la dignidad (Estado de Derecho) y la utilidad pública (cláusula social). En ellas no se suscita, por tanto, el problema de la instrumentalización. Todos los costes que se cargan sobre el agresor son el resultado de su decisión autónoma de verificar una agresión.

lúcidamente que se da entre ambas medidas públicas la misma diferencia que existe entre la legítima defensa y el estado de necesidad. La legítima defensa permite a un particular dañar a otro sin mediar compensación porque el dañante evita con ello la agresión ajena. Se trata, pues, de la defensa de la delimitación recíproca de las esferas de libre realización individual basada en la justicia conmutativa (frente a la amenaza de injusticia conmutativa que representa el agresor). En cambio, en el estado de necesidad, se autoriza a causar un daño a otro para obtener un resultado que es de mayor valor para la colectividad, pero a costa de consumarse una injusticia conmutativa. Por eso, a diferencia de la legítima defensa, el daño causado en estado de necesidad exige la indemnización al dañado – como individuo que sufre en sus propios bienes el sacrificio verificado en beneficio común –. Las actuaciones públicas de pola responden de mayor valor para laque, duida la que reviste la forma o adquiere la fuerza propia de la ley. de mayor valor para laicía responden, así, a la misma finalidad de la legítima defensa y no son indemnizables mientras que las que se efectúan en “utilidad pública” (cláusula social) responden al mismo fundamento del estado de necesidad y son indemnizables.

3.2. La inexistencia de sacrificio cuando no hay pérdida de riqueza.

La definición del daño sacrificial implica, como se ha anticipado, otra puntualización: el sacrificio sólo existe cuando la decisión del poder público genera una pérdida efectiva de riqueza en la esfera del individuo afectado. Si dicha pérdida no se verifica, puede decirse que ha existido una instrumentalización, pues el poder público ha impuesto coactivamente una medida socialmente beneficiosa sirviéndose de ciertos bienes privativos (que su titular quizá habría preferido utilizar de otra forma) pero de dicha medida no se ha derivado daño alguno, de modo que la esfera de titularidades del afectado no carga con un coste desproporcionado del bien común. Por ello, basta con que la medida arbitrada haya cumplido todos los requisitos que la hacen constitucionalmente viable, particularmente con el test ponderativo correspondiente. Siendo el acto de injerencia compatible con el orden de derechos fundamentales, no hay un resultado adicional dañoso que cargue en el afectado los costes generales del bien común.

No debe perderse de vista, en este punto, que las tareas colectivas se desarrollan en beneficio de todo el cuerpo social y también sirven, por tanto, a la consecución de los fines propios de cada uno de los individuos que lo conforman²⁹. En otras palabras, lo propio de las necesidades colectivas es que no puede decirse que sean completamente “ajenas” o que sean, en puridad, necesidades “de otro”, pues cada titular afectado “está en los dos lados de la transacción”³⁰. Aquella pérdida que se ve directamente compensada por el beneficio que la propia medida reporta (implícitamente) al sujeto afectado queda, por tanto, fuera del concepto de sacrificio. La indemnización no resulta necesaria. En este sentido, la utilización de las potestades públicas permite realizar operaciones que, de quedar encomendadas al acuerdo de todos los individuos afectados, serían inasequibles por sus elevados costes de transacción (que las potestades públicas permiten obviar). Una gran obra urbanizadora, en la que la Administración puede ejercer sus poderes de planificación y expropiación, puede ofrecer grandes beneficios a los titulares de los bienes inmuebles afectados, beneficios que dichos titulares difícilmente podrían llegar a obtener por sí mismos a través de un acuerdo unánime (que parece más bien quimérico). De

²⁹ En cuanto las políticas sociales que desarrolla el poder público supone un incremento del bienestar global. Véase J.M. Rodríguez de Santiago y L. MEDINA ALCOZ, *Social Rights in Spain*, en *Social and Economic Rights as Fundamental Rights. XIXth International Congress of Comparative Law*, Eleven International Publishing, Portland, 2015, pág. 342.

³⁰ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 205.

ahí que no toda utilización coactiva de los bienes de un individuo para la satisfacción de las necesidades comunes cause, indefectiblemente y por sí misma, un detrimento de su esfera de libre realización personal, pues ciertas medidas públicas llevan consigo una compensación “implícita” o “en especie”.

Existen casos claros en los que la coacción padecida por el particular le proporciona, por sí misma, un beneficio mayor. Así, el cierre temporal de establecimientos comerciales se ve compensado en especie cuando obedece a la realización de obras en el espacio público adyacente que, en última instancia, acaban mejorando el rendimiento del negocio afectado (por ejemplo, al permitir una mayor afluencia de personas). Es también el caso de la figura tributaria de la “contribución especial”, que puede exigirse a los directos beneficiarios de determinadas actuaciones públicas que redundan en su inmediato interés³¹. En estos supuestos, la compensación “implícita” existe en tanto no resultan perjuicios desproporcionados para los afectados, entendiendo por tales los que exceden claramente del beneficio que deriva de la medida adoptada. En otro caso, estaremos ante un sacrificio que deberá hacerse compatible con la dignidad de los afectados. Junto a los casos más evidentes de compensación implícita o en especie, pueden identificarse, sin embargo, otros en los que esa misma ecuación se produce de una forma menos manifiesta pero igualmente persuasiva:

(i) El primer supuesto es el de las *pérdidas mínimas o poco relevantes* en la esfera de realización personal, pues éstas siempre han de entenderse compensadas en la medida en que la actividad del poder público que las genera produce, al mismo tiempo, un beneficio social que aumenta significativamente el bienestar común. Un Estado que protege las titularidades individuales, permitiendo que se ejerzan con cierto grado de seguridad y certidumbre, y que proporciona medios comunes para incrementarlas, evitando costes de transacción inasumibles desde las coordenadas de actuación privada, produce ya de por sí, frente a la situación alternativa de incertidumbre, inseguridad e inasequibilidad de grandes proyectos consensuados, un aumento significativo de la riqueza individual de cada uno de sus miembros. Como señalaba Ihering, el poder público otorga a los ciudadanos una evidente “contraprestación económica”, que el autor alemán sustentaba en un ejemplo revelador: el diverso valor de propiedades objetivamente iguales en distintos Estados, desigualdad que revela el valor pecuniario que tiene para la propiedad individual la seguridad jurídica que

³¹ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 286-289.

el poder público es capaz de ofrecer, como contraprestación proporcionada a muy bajo coste³².

Ese beneficio general que, por sí solo, deriva del conjunto de la actividad del poder público determina que los menoscabos de riqueza mínimos o de escasa significación (que son inherentes al desarrollo de las tareas estatales) deban considerarse automáticamente compensados por el incremento de riqueza que, de modo global, producen³³. En otras palabras, un Estado que, como el nuestro, asegura a los individuos una amplia esfera de realización individual y contribuye significativamente a ampliarla, produce necesariamente el tránsito de una “tarta” más pequeña a otra más grande, en la que la porción de riqueza de cada individuo se ve sensiblemente incrementada³⁴.

³² En las palabras del autor alemán «[l]a medida más baja según la cual se puede medir ese bien [contraprestación del Estado a los individuos] es la económica: el valor pecuniario de la seguridad jurídica para la propiedad. Lo elevado que se calcula en dinero, lo enseña la comparación de valor de la propiedad de la tierra en los Estados cristianos de Europa y en Turquía. Si Turquía pudiera equipararse a nuestras condiciones jurídicas, el valor de la tierra aumentaría allí inmediatamente el doble o más. E incluso dentro de los Estados civilizados de Europa, muestra la baja de los precios de las tierras en las grandes conmociones políticas qué participación tiene la seguridad jurídica en el valor total de la propiedad – lo que en tales épocas se pierde en precios, se imputa solamente a la cuenta del derecho». R. IHERING, *El fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2011, pág. 264.

³³ En realidad, esta es la lógica que se oculta tras el “test” de la jurisprudencia norteamericana que, a efectos de decidir la compensación, mide la magnitud del daño generado en la propiedad privada en comparación con la utilidad social que produce la medida que lo genera. El test, sin embargo, se utiliza – como ocurre con el de la ocupación física – con una virtualidad mucho mayor de la que le corresponde. En lugar de limitar su operatividad a descartar la resarcibilidad de daños mínimos que se ven compensados directamente por la gran utilidad pública que genera – también para el propio sacrificado – la medida pública que los produce, el test es utilizado por los jueces como parámetro general de resarcibilidad. Así, si las pérdidas privadas se ven sobrepasadas por los beneficios sociales se considera que la medida está legitimada y que no procede la compensación. Pero una cosa es utilizar ese criterio para determinar la legitimidad de la intervención pública con sacrificio de intereses privados y otra bien distinta es utilizarlo para determinar la procedencia de la compensación. A estos otros fines, el test es, claramente, tramposo, pues excluye sin motivo de los beneficios sociales “agregados” la riqueza que ya tenían los afectados por la medida e incluso contrapone esa riqueza previa con el beneficio social. En realidad, el verdadero beneficio social es el que el conjunto de la sociedad obtiene si se llevan a cabo las medidas pagándose el coste singular que su adopción produce a los sacrificados. Si no se hace así, el test no responde, en realidad, a un beneficio colectivo que se obtiene a costa de un sacrificio privado sino a un beneficio que obtienen unos sujetos a costa del sacrificio de otros (escondiendo, por tanto, una instrumentalización contraria a la idea de dignidad no condicionada). El test sólo nos habla, por tanto, de la eficiencia de la medida (a la vista del bienestar social agregado que genera) pero no nos dice nada de por qué es posible llevarla a efecto sin compensar los sacrificios singularmente impuestos a determinadas personas. Por ello, resulta falaz cuando se aplica a determinar la resarcibilidad del sacrificio fuera de los casos en los que se constata que el sacrificio resulta mínimo en relación con el beneficio que genera la propia medida pública adoptada (de la que también se beneficia el sacrificado). Véase nuevamente al respecto la explicación de F. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1193-1196.

³⁴ La expresiva imagen es de Epstein y responde, en su concreta formulación, a una visión “lockeana” del poder que no suscribo, pero que no impide, a mi juicio, utilizar la misma ima-

(ii) En segundo lugar, tampoco son sacrificios las *pérdidas compensadas por el previo o paralelo ejercicio de potestades públicas en favor de los sujetos afectados*. Esta segunda forma de compensación implícita se da, por ejemplo, en los sectores regulados en los que el poder público fija restricciones a ciertos actores privados (por ejemplo, fijando tarifas de precios por debajo del valor de mercado). Esas medidas, siempre que no generen pérdidas desproporcionadas, han de entenderse implícitamente compensadas, pues dichos actores han alcanzado su posición prevalente en el mercado (o, incluso, su situación de monopolio) gracias al previo ejercicio de ciertas potestades públicas. Es también el caso de los urbanizadores privados (incluidos los propietarios de los terrenos a los que la legislación urbanística confiere el privilegio de asumir la empresa urbanizadora en su propio beneficio) que se ven forzosamente sometidos a cesiones (de terre-

gen sin sus concretas implicaciones, sobre todo en cuanto al reparto proporcional del excedente de riqueza generado por el poder. Conviene, no obstante, explicar la posición de partida del autor norteamericano. En su visión, una primera tarta, más pequeña, representa la situación de la riqueza sin que exista el poder público. En ese supuesto, los derechos de cada uno tienen escaso valor ya que se ven constantemente amenazados por otros que desean arrebatárnoslos. La incertidumbre y la inseguridad hacen inviable cualquier planificación que nos permita alcanzar nuestras metas. Eso, obviamente, repercute negativamente en el progreso colectivo y hace que la riqueza a repartir entre todos sea menor. La segunda tarta – mucho más grande y en la que cada una de las porciones en las que estaba dividida la primera se ve incrementada proporcionalmente – representa el aumento de riqueza individual que resulta de la existencia del poder público. Para Epstein – conforme a la idea de que el sistema público de gobierno ha de revertir el excedente que genera directamente en los individuos – el poder público sólo está justificado en cuanto lleva de una tarta más pequeña a otra más grande, estando en ambas toda la riqueza repartida entre los individuos. Para construir un poder público de este tipo es necesario, según reconoce Epstein, utilizar los bienes de los particulares. Como estos no los entregarán voluntariamente, los bienes han de ser tomados por la fuerza. La fijación de los requisitos de esa “toma” de bienes de los particulares es trascendental. En particular, el requisito de “justa compensación” asegura que el Estado dará a cada persona el equivalente de lo que le arrebatara. La cláusula de “utilidad pública” asegura que los beneficios se revertirán entre los ciudadanos en proporción a la distribución previa. Se produce, así, una *«desmistificación del soberano»* (R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 13). En la visión de Epstein, el tránsito de una tarta a otra sólo está garantizado si las actuaciones del poder público están exclusivamente guiadas por esa finalidad de aumentar la riqueza colectiva revirtiéndola siempre en los propios particulares contribuyentes. El fundamento de la relación con el poder público es, así, la justicia conmutativa y la teoría de la restitución: el ciudadano puede verse forzado a entregar parte de lo que tiene pero con la condición de recibir otro tanto o aún más de lo que se le quita. En el contrato social hay, en realidad, en la visión del autor norteamericano, toda una red de transacciones forzosas diseñadas para dejar a todos en mejor situación. La cláusula indemnizatoria de los “*takings*” – esto es, de la expropiación forzosa de los bienes de los particulares a estos efectos – responde, para R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 3-15, a esa idea conforme a la cual la misión del poder es aumentar la riqueza de los ciudadanos, sin que pueda nunca disminuirla. En principio, que la posición de partida de cada individuo se ve mejorada por la mediación de la actividad del poder público es algo que puede decirse de todo sistema que se configura como Estado de Derecho y que, como tal, garantiza suficientemente las titularidades individuales. No es necesario, por tanto, a mi parecer, compartir con Epstein una perspectiva “lockeana” del poder para llegar a dicha conclusión.

nos para infraestructuras comunes o de porcentajes de la plusvalía resultante de la urbanización) que están ampliamente compensadas por el beneficio final que ha de reportarles una obra urbanizadora (que multiplica el valor de sus propiedades), obra que sólo es posible realizar a través del ejercicio de las potestades urbanísticas de la Administración. Pueden también citarse, entre otros muchos ejemplos, los impuestos especiales que gravan actividades industriales dañosas o extra arriesgadas que son expresamente autorizadas por el Estado por razones de interés general³⁵.

En estos casos, la pérdida impuesta por la Administración no es generadora de daño alguno, ya que el particular es, en realidad, un beneficiario directo del ejercicio por parte del poder público de la misma cláusula social que legitima la medida que, en apariencia, le perjudica.

(iii) Por la misma razón, tampoco son sacrificios las *pérdidas simétricas o recíprocamente compensadas entre los afectados*, inherentes al carácter generalizado de ciertas cargas públicas impuestas a los particulares y que, precisamente por su generalidad, acaban redundando en beneficio neto de todos. Algunas regulaciones imponen cargas que se proyectan por igual sobre todos los individuos, haciendo que el sacrificio sufrido por cada uno de ellos se vea inmediatamente compensado por el ajeno y que el resultado conjunto redunde en una mejora de la riqueza de todos. En estos casos, como señala Epstein, cada individuo dañado puede considerar que el mal que sufre en su propia esfera se proyecta de forma simétrica sobre la esfera de los demás miembros del colectivo (de modo que la pérdida de uno se ve, finalmente, compensada con los beneficios que resultan de la paralela pérdida impuesta a los otros)³⁶.

Así, la prohibición de construir a determinada distancia de un lindero se ve compensada por la misma prohibición que pesa sobre los demás vecinos y que permite a todos conservar sus vistas, al tiempo que asegura un desarrollo urbano más racional (con el consiguiente incremento de valor de los títulos de propiedad). Otro ejemplo: los límites a la explotación pesquera de un determinado caladero, impuestos para evitar que éste quede esquilado a corto plazo producen, por sí mismos, una “compensación en especie”, ya que la medida

³⁵ Considera R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 285, que este caso está cubierto por el ejercicio de poderes de policía. En mi opinión ocurre más bien lo contrario. El Estado renuncia a sus poderes de policía y autoriza la actividad dañosa por razones de interés general (por el beneficio colectivo que dicha actividad genera). De ahí que el poder público pueda pedir para sí parte de los beneficios sin compensación alguna.

³⁶ Como escribe R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 196-198, estamos ante una «compensación implícita en especie» en la que «cada persona a la que se quita su propiedad recibe beneficios implícitos derivados de la pérdida paralelamente impuesta a los otros».

garantiza la sostenibilidad de la explotación, dando mayores ganancias a medio y largo plazo a los propios afectados³⁷. Otro ejemplo tradicional puede ser aún más claro: las reglas sobre prescripción de acciones civiles son una injerencia del legislador en los derechos de los particulares que se ven afectados, pero dicha injerencia genera, según opinión unánime, un efecto de conjunto beneficioso para todos y reparte la carga de forma simétrica, de modo que la restricción temporal de la posibilidad de tutela judicial de mis propios derechos se ve compensada por la idéntica la restricción generada en la esfera de mis eventuales acreedores³⁸. En todos estos supuestos, la medida arbitrada por el poder, aun persiguiendo una utilidad colectiva, asegura de manera simétrica una mejora de la esfera de realización personal de todos. Puede decirse, por ello, que la pérdida impuesta lleva consigo su propia compensación implícita y que no existe, por tanto, sacrificio³⁹. Debe advertirse, no obstante, que la clave en este último tipo de medidas no es sólo su carácter general sino, sobre todo, la simetría de las pérdidas y beneficios resultantes⁴⁰. Allá donde una regulación, perfectamente general en su factura, produce pérdidas manifiestamente desiguales o asimétricas puede existir, en cambio, un sacrificio que debe ser conciliado con la prohibición constitucional de instrumentalización que deriva de la dignidad no condicionada.

4. Epílogo: la equidistribución del daño sacrificial.

Se ha identificado, con todo lo expuesto, el daño sacrificial como aquella pérdida de riqueza que deriva de una actuación coactiva del poder público que no queda compensada por el propio beneficio que genera y que no está encaminada a proteger, conforme a la idea de justicia conmutativa, el ámbito recíproco de “igual libertad individual” (sino a obtener una utilidad colectiva precisamente en detrimento de esa situación de igualdad). A mi juicio, los criterios expuestos para delimitar los daños sacrificiales compensables hacen que la indemnización quede reservada a supuestos de hecho asequibles. Sumada a las técnicas ponderativas que legitiman la injerencia, la indemnización de los daños

³⁷ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, págs. 219-224, aunque también alude a la pesca, recurre al ejemplo más americano de la explotación privada de pozos de petróleo, poniendo de manifiesto que regulaciones muy intervencionistas, llamadas a asegurar que no se desperdicie nada de lo que se extraiga, acaban resultando en beneficio de los propios afectados, generando una compensación en especie.

³⁸ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 243.

³⁹ F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, pág. 1125.

⁴⁰ R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 211.

sacrificiales subsiguientes se revela, así, como una vía plausible para hacer efectiva la unidad del *Estado social de Derecho*. Las cláusulas fragmentarias de Estado de Derecho y Estado Social se convierten, gracias a ella, en un solo enunciado constitucional. Si la dignidad humana “no condicionada” (art. 10.1 CE) exige que cada individuo sea considerado, por su mera condición de tal, un fin en sí mismo, dueño de sus decisiones y fines vitales, dotado, por ello, de derechos individuales (a través de los cuales, toda persona puede desarrollarse autónomamente), un daño sacrificial no indemnizado posterga los fines del individuo sacrificado (y sólo los de éste), que pierden la posibilidad de realizarse como consecuencia del ejercicio de la cláusula social. Se le convierte, así, en instrumento de fines ajenos. La indemnización de ese daño concilia, en cambio, la pérdida producida con la visión no condicionada de la dignidad del afectado, de forma tal que los fines de éste son considerados de la misma condición que los fines de los demás (que no se ven afectados, en principio, por el sacrificio o que son, incluso, beneficiarios directos del mismo).

La indemnización se convierte, así, en el método de adjudicación que impide que la lícita afectación sacrificial de los derechos de un concreto individuo le convierta en mero objeto al servicio de los fines comunes, esto es, en un simple medio que ha sido utilizado para materializarlos⁴¹. No se prohíbe, pues, la utilización de los bienes privativos de los ciudadanos sino, como ha señalado Frank Michelman, que la desventaja derivada de una actuación del poder público no tenga otra razón aparente que una menor consideración de los intereses del perjudicado⁴². En este sentido, la indemnización no se limita a resarcir al afectado sino que hace algo más: distribuye equitativamente el coste del bien común entre todos sus beneficiarios, lo que hace de dos modos distintos, a los

⁴¹ Por ello, la Constitución no prohíbe que el poder público se sirva de los bienes individuales, poniéndolos al servicio de la comunidad, sino que se opone, más bien, a que esas actuaciones se efectúen de forma contraria a la dignidad, lo que ocurrirá cuando el individuo afectado no sea tratado como un fin en sí mismo. La clave, por tanto, no está, en nuestro Estado Constitucional, en la posibilidad de privar a los ciudadanos de una porción de su riqueza – lo que es perfectamente admisible – sino en la forma o el modo en que esa privación se hace constitucionalmente legítima.

⁴² Como hace ver F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, págs. 1223-1225, el sentido de las prácticas compensatorias, desde el punto de vista de la justicia (y no de la utilidad), es evitar que alguien sufra una desventaja impuesta por el poder público sin otra razón aparente que la considerar que los fines de otros individuos son de mayor rango. Las actuaciones públicas deben buscar, en última instancia, que todos puedan realizar mejor sus fines personales, sin colocar unos por encima de otros. La explicación de la compensación basada en la justicia – que prohíbe pérdidas que indican que los fines de ciertos individuos son de peor condición que los de otros – se opone, así, a la explicación utilitarista, conforme a la cual hay que utilizar la compensación sólo para evitar redistribuciones que, al ser percibidas como caprichosas, generan un efecto desmoralizante excesivo en la sociedad.

que podemos dar el nombre de (a) equidistribución directa y (b) equidistribución indirecta.

a) La *equidistribución directa* entra en juego cuando la medida arbitrada por el poder público materializa una transferencia inmediata de riqueza de unos ciudadanos a otros. En otras palabras, el poder público decide (o asume la posibilidad de) dañar a unos en interés exclusivo de otros en el entendimiento de que esa decisión genera un efecto final más favorable para los objetivos colectivos que el que derivaría del estricto cumplimiento de las reglas de delimitación del ámbito recíproco de libre arbitrio (justicia conmutativa). El Estado decide, en suma, verificar o autorizar una injusticia conmutativa entre particulares por razones de interés general. En estos casos, la equidistribución directa permite que sean los propios beneficiarios de la operación adjudicativa los que indemnicen a los individuos sacrificados, evitando que estos últimos sean convertidos en mero instrumento de la decisión tomada por el poder público al amparo de la cláusula social⁴³.

Esta forma directa de equidistribución se manifiesta en los siguientes supuestos paradigmáticos: (i) la expropiación forzosa con beneficiario privado (obligado al pago del justiprecio)⁴⁴; (ii) las hipótesis legales de responsabilidad civil “por sacrificio” (estado de necesidad) en las que el poder público confiere a un individuo la facultad de dañar la esfera de realización de otro (en beneficio propio o de un tercero) en la medida en que considera que ese resultado final es deseable desde la perspectiva del interés colectivo. La regla que obliga, en estos casos, a que sea el beneficiario directo el que indemnice al dañado constituye también un supuesto de equidistribución directa; (iii) los supuestos de responsabilidad civil “por riesgo”, que son, en realidad, una modalidad de sacrificio en la que un daño hipotético a terceros es asumido como altamente probable, a pesar de lo cual el poder público decide autorizar el comportamiento que puede generarlo, rompiendo el marco de riesgos recíprocamente tolerados, esto es, autorizando una injusticia conmutativa.

b) La *equidistribución indirecta* procede, por su parte, allá donde no existe una relación inmediata entre concretos beneficiarios y concretos sacrificados, tratando, por ello, de revertir el sacrificio (daño) al colectivo en su conjunto a través de las reglas constitucionales de solidaridad (esto es, tratando de produ-

⁴³ Se trata, en realidad, de la misma regla que permite que los justiprecios de los bienes expropiados sean pagados por los beneficiarios directos de la expropiación.

⁴⁴ Ligando la expropiación forzosa al daño (sacrificial) infligido en situación de necesidad, véase D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 39-44.

cir, de forma mediata, una equidistribución multilateral o colectiva en la que todos los miembros de la comunidad sean tomados en igual consideración). En esta forma de equidistribución, el poder público indemniza al concreto individuo que resulta singularmente sacrificado (dañado) dándole otro tanto del importe del perjuicio sufrido. A través de esa compensación, el sacrificio singularmente impuesto a un ciudadano queda inmediatamente revertido a las reglas generales de solidaridad propias de la estructura constitucional del sistema tributario. Las normas del Derecho de Daños constituyen, de este modo, un mecanismo indirecto de equidistribución de los sacrificios que permite salvaguardar la dignidad del concreto individuo afectado y convertir un sacrificio singular o especial – contrario a la dignidad – en un sacrificio multilateral o colectivo – que, aun siendo desigual en su extensión por razón del vínculo de solidaridad, no constituye instrumentalización –. La clave en estos supuestos es, por tanto, la indemnización en cuanto mecanismo de justicia conmutativa que permite realizar el sacrificio singular o especial sin instrumentalizar al individuo afectado. Al pagarse el valor del bien con el dinero público – obtenido a través de los tributos satisfechos por todos conforme a las reglas de solidaridad constitucionalmente establecidas – se asegura la equidistribución, ya que todos los ciudadanos se sacrifican – en proporción a su capacidad contributiva – para atender a una finalidad común. La indemnización – como mecanismo de justicia conmutativa – consigue, así, que el sacrificio singular sea compatible con la equidistribución (justicia distributiva), ya que todos contribuyen con arreglo a su capacidad económica a través de las reglas propias del sistema tributario (esto es, conforme al vínculo constitucional de solidaridad).

Las manifestaciones principales de la equidistribución indirecta son: (i) los daños sacrificiales impuestos por la propia Administración a través del instituto de la expropiación forzosa en los casos en los que el justiprecio debe ser satisfecho por la propia autoridad pública, (ii) Los daños sacrificiales directamente causados por el poder público en todo tipo de derechos constitucionales, empezando por la propia vida (piénsese en el caso ya aludido de los derribos de aeronaves legalmente autorizados para salvar un mayor número de vidas) y terminando por el derecho de propiedad; (iii) Los daños sacrificiales hipotéticos asumidos como necesarios por el poder público para ejercer adecuadamente sus potestades, que pueden afectar, también, a bienes de todo tipo, como la vida y la integridad física (muertes y lesiones derivadas de campañas de vacunación obligatoria o *cuasiobligatoria*, en cuanto prescinde deliberadamente de una precisa información de riesgos) o la libertad (prisión provisional lícitamente acordada respecto de un inocente, que no puede, por tanto, reputarse

“agresor”, perdiendo la medida adoptada todo significado policial y desvelándose como una instrumentalización causada por razones de utilidad pública, que llevan a admitir que la prisión se anticipe, asumiendo, con ello, el riesgo de que el individuo afectado resulte, finalmente, inocente).

Las dos formas de equidistribución (directa e indirecta) permiten conciliar la cláusula social con las exigencias de la dignidad no condicionada (y de la prohibición de instrumentalización que ésta conlleva). El poder público puede servirse lícitamente de los derechos de los ciudadanos pero no puede convertir a estos en siervos. Por ello, si impone un sacrificio singular o especial (en cuanto no equidistribuido entre todos), el afectado ha de ser indemnizado a través de las reglas propias del Derecho de Daños, bien por los beneficiarios directos de la medida (equidistribución directa), bien por el propio poder público que la materializa (equidistribución indirecta), como reversión de la carga al sistema tributario. Sólo así se salvaguarda su dignidad.

De este modo, la prohibición de instrumentalización conduce en nuestro Estado Constitucional a una exigencia clara: que los sacrificios lícitamente impuestos a los ciudadanos en beneficio común sean equidistribuidos, lo que implica que sean indemnizados por los directos beneficiarios o por el propio poder público. De este modo, tanto el instituto expropiatorio como la responsabilidad civil guardan dentro de sí los dos métodos constitucionales de equidistribución del sacrificio. Más allá de las técnicas ponderativas que hacen lícita la intromisión en un derecho constitucional, tal equidistribución es necesaria para convertir al *Estado social de Derecho* en un enunciado jurídico verdaderamente único.

III

OPINIONI E RECENSIONI

LUCIO IANNOTTA
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
Dipartimento di Economia
Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*
lucio.iannotta@studioiannotta.it

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E A MARGINE DI UN CONVEGNO SULLA PIENA GIURISDIZIONE*

INTRODUCTORY THOUGHTS TO A CONFERENCE ON FULL JURISDICTION

SINTESI

L'art. 6 (diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, per come vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, costituisce norma interposta nell'ordinamento nazionale, in virtù dell'art. 117 comma 1 Cost., il quale, tra i limiti alla potestà legislativa di Stato e Regioni, annovera il rispetto (oltre che della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario) degli obblighi internazionali e quindi anche della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955 n. 48. Si rendono in tal modo cogenti per l'ordinamento nazionale le risultanze dell'indagine giurisprudenziale condotta dalla Corte di Strasburgo relativamente a procedimento e processo ed, in primo luogo, il principio del pieno accesso ai fatti sia in fase procedimentale che processuale. L'art. 6 della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, tuttavia, ha inciso in maniera peculiare sui connotati del nostro sistema processuale, che non solo si è evoluto in giudizio di piena cognizione dei fatti ma che ha assunto sempre crescenti connotati di giudizio di accertamento e di condanna.

ABSTRACT

Article 6 (right to a fair trial) of the European Convention on Human Rights, according to the construction of the Court of Strasbourg, is a provision included in the Italian legal system, pursuant to article 117, paragraph 1, of the Italian Constitution. Such article provides not only for the compliance with the Euro-

* Il presente saggio, nonostante la collocazione in Parte Terza in quanto riprende le pur profonde considerazioni dell'Autore a margine di un convegno, è stato sottoposto alla procedura di *double blind peer review* come tutti i lavori pubblicati nelle Parti Prima e Seconda della Rivista.

pean legal system and the relating obligations arising from the same, but also with the international obligations, and therefore also with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, undersigned in Rome on November 4, 1950 and ratified and entered into force by means of law no. 48 of August 4, 1955. Thus, the results of the study of the case law conducted by the Court of Strasbourg on proceedings and process and, first of all, the principle of full access to facts both in procedural and trial phase, become binding for the Italian legal system. Article 6 of the Convention however, as interpreted by the European Court of Human Rights, crucially affected the Italian administrative process, which has not only turned into a judgment of full knowledge of facts but has increasingly taken on the feature of a judgement of ascertainment and condemnation.

PAROLE CHIAVE: interpretazione - accertamento - procedimento - processo - persona

KEYWORDS: interpretation – declaratory – procedure – process – human person

INDICE: 1. L'art. 6 (diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, come norma interposta. L'interpretazione delle norme nazionali conforme alla convenzione. -2. I tratti essenziali dell'interpretazione, da parte della Corte di Strasburgo, dell'art. 6 della Convenzione relativamente al procedimento e al processo. Il pieno accesso ai fatti, fulcro della piena giurisdizione. Rilevanza delle circostanze e della particolarità del caso nella valutazione, da parte della corte edu, di sufficienza dell'estensione e di adeguatezza del controllo da parte dei giudici nazionali. -3. L'interpretazione della legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo conforme all'art. 6 della Convenzione. -4. L'art. 6 della Convenzione nell'interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il modello di giudizio amministrativo italiano quale giudizio di piena cognizione dei fatti, di accertamento e di condanna (oltre che di annullamento) confermato e consolidato nel 2010 dal Codice del processo amministrativo. -5. Dovere del giudice, in ogni decisione, di ricostruire il peculiare e distinto caso concreto portato alla sua cognizione. diritto come riconoscimento giuridico di un bene della vita e svolgimento del processo per attribuzione del bene. Dovere e interesse delle parti di formulare in modo puntuale le richieste fondandole sulla concreta e specifica situazione di fatto.

1. L'art. 6 (diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, come norma interposta. L'interpretazione delle norme nazionali conforme alla convenzione.

Questo lavoro costituisce la rielaborazione delle mie considerazioni, introduttive e a margine del convegno *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, di cui ho presieduto le *Sessioni Seconda - Indicazioni dal passato* e *Terza - Indicazioni dal presente*.

Si tratta quindi di spunti di riflessione, senza pretese di organicità e completezza.

Il convegno ha ruotato intorno alla nozione di *full jurisdiction* elaborata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (in relazione alle

previsioni dell'art. 6 *Diritto a un equo processo* della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) sulla quale si è soffermata la *lectio magistralis* dell'attuale Presidente della Corte Guido Raimondi nella sessione introduttiva del convegno.

La prima considerazione si collega alla scelta fatta dall'Italia, con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, di inserire nel testo novellato dell'art. 117 comma 1 Cost., tra i vincoli alla potestà legislativa di Stato e Regioni, il rispetto (oltre che della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario) degli obblighi internazionali e quindi anche della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955 n. 48.

La Convenzione ha assunto una peculiare rilevanza nell'ordinamento italiano, in quanto le sue disposizioni, viventi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, costituiscono, secondo l'insegnamento contenuto nelle note sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, norme c.d. interposte (tra Costituzione e leggi) che integrano il parametro costituzionale dell'art. 117, comma 1, Cost. e come tali - pur suscettibili anch'esse di verifica di costituzionalità - vincolano il legislatore, senza però prevalere direttamente sulle norme interne. Queste non sono disapplicabili dai giudici nazionali, bensì solo sottoponibili dagli stessi alla Corte Costituzionale per lo scrutinio di costituzionalità.

L'aspetto che, però, a me sembra di immediato rilievo, nell'ambito del dibattito sulla natura e l'estensione dei poteri di cognizione e controllo dei giudici nazionali sui provvedimenti amministrativi, alla luce dell'art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è la c.d. interpretazione conforme, delle norme nazionali, alle disposizioni della Convenzione¹ che rappresenta, in un certo qual modo, il filo conduttore delle successive considerazioni.

Come si legge infatti nelle citate sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, i giudici devono preliminarmente verificare «se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della Convenzione come interpretate dalla Corte Europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 comma 1 Cost.» (Corte Cost. n.

¹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 49 ss.; L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, p. 377 e 378; M. ALLENA, *Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius publicum network review*, Dicembre 2014 p. 5 ss..

348/2007) in applicazione del principio generale per il quale *«al giudice comune spetta interpretare le norme interne in modo conforme alla disposizione internazionale, come interpretate dalla Corte e beninteso entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»* (Corte Cost. n. 349/2007)².

2. I tratti essenziali dell'interpretazione, da parte della Corte di Strasburgo, dell'art. 6 della Convenzione relativamente al procedimento e al processo. Il pieno accesso ai fatti, fulcro della piena giurisdizione. Rilevanza delle circostanze e della particolarità del caso nella valutazione, da parte della corte EDU, di sufficienza dell'estensione e di adeguatezza del controllo da parte dei giudici nazionali.

Per verificare i possibili effetti nell'ordinamento italiano dell'interpretazione conforme all'art. 6 par. 1 della Convenzione, ritengo necessario ricordare brevemente i tratti essenziali dell'interpretazione che, dell'art. 6 par. 1, offre la Corte di Strasburgo, avvalendomi della dottrina che si è occupata ampiamente e approfonditamente del tema³ e della *lectio magistralis* del Presidente Guido Raimondi.

L'Art. 6, par. 1 *Diritto a un equo processo* prevede che *«ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale 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.»*

² L'interpretazione conforme a Costituzione e, in generale, alle norme di grado superiore, è un canone interpretativo molto accreditato in tutti i sistemi giudiziari. La Corte Costituzionale mostra di non considerarsi detentrica monopolistica dell'interpretazione costituzionale, ritenendo invece che spetti ai giudici il compito di utilizzarla come fonte. Due punti essenziali: a) non c'è separazione tra ordine costituzionale e ordine legislativo né tra gli interpreti del primo e quelli del secondo; b) Corte Costituzionale e giudici sono entrambi interpreti del diritto e i giudici non si possono sottrarre al compito di dare la corretta interpretazione (anche costituzionale) delle disposizioni vigenti. La norma del caso potrà quindi avere un'origine complessa in quanto formata da significati descritti da legge ordinaria e Costituzione. L'obbligo di interpretazione conforme non riguarda solo la conformità a Costituzione ma anche al diritto comunitario e alle norme CEDU nell'interpretazione della Corte di Strasburgo. In questa ottica vanno lette le parole di Giancarlo CORAGGIO, contenute nel discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato (2012) che, a conclusione della sua prolusione, afferma: *«Certo l'esperienza quotidiana sembra dar ragione a quell'autorevole storico del diritto che afferma che i giudici non sono "soggetti soltanto alla legge", bensì "alla legge e all'ordinamento", espressione che, pur interpretata in senso riduttivo, riconosce ai giudici il potere e il dovere di ricavare la norma "agendi" dall'ordinamento nel suo complesso, o meglio dal complesso degli ordinamenti.»* (in www.giustizia-amministrativa.it, pp. 26-27). Quanto all'interpretazione conforme a Costituzione ritengo che essa possa essere attuata da tutti i soggetti dell'ordinamento e segnatamente dall'Amministrazione salvo che la formulazione della disposizione non la precluda inequivocamente.

³ M. ALLENA, *op. cit.* da p. 1 a p. 36

La disposizione in questione, riguardante, alla lettera, le controversie civili e penali, è divenuta invece, nel tempo, nell'interpretazione offerta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, norma di primario rilievo anche rispetto alle controversie pubblicistiche, avendo i giudici di Strasburgo esteso le nozioni, rispettivamente: di *accusa penale* alle sanzioni amministrative; e di *diritti e doveri di carattere civile* a qualsiasi situazione soggettiva (di natura *lato sensu* patrimoniale e collegata direttamente o indirettamente al lavoro)⁴ interferente con l'adozione di provvedimenti amministrativi, compresi quindi gli interessi legittimi dell'ordinamento italiano. Anche all'espressione *Tribunale* è stato attribuito, dalla Corte Europea, un significato ampio, ricomprendendo in essa, in una visione funzionale di giurisdizione, qualsiasi autorità amministrativa chiamata ad adottare provvedimenti sanzionatori o a incidere autoritariamente su diritti e doveri di natura civile.

La portata dell'art. 6 della Convenzione è stata in tal modo estesa ai procedimenti amministrativi con la conseguenza che questi, per essere conformi alla previsione normativa, dovrebbero avere i caratteri di un procedimento paragiurisdizionale, contraddistinto da: parità delle parti, integralità del contraddittorio, pieno accesso ai fatti e ad atti e documenti, presenza di un'autorità decidente terza e indipendente dal potere esecutivo e dall'esercizio di influenze esterne⁵.

Nella consapevolezza della possibile (e normale) distanza dei procedimenti reali rispetto al tipo ideale sopra delineato, la Corte di Strasburgo, con approccio duttile e in una lettura unitaria di procedimento e processo, ha affermato il principio secondo il quale le garanzie, se non assicurate nel procedimento, devono esserlo nell'ambito del processo⁶.

Il processo, nella lettura che ne offre la Corte Europea, si configura quindi (ancor più ove non lo sia stato il procedimento) come luogo di piena

⁴ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 12 ss.. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza europea di Strasburgo sulla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 685 ss., evidenzia l'ampia portata, nella giurisprudenza della Corte EDU, delle nozioni di accusa penale e per essa di sanzioni amministrative e di diritti di carattere civile, sottolineando che «la Corte ... non si è preoccupata di distinguere tra le diverse situazioni giuridiche soggettive ma ha considerato gli interessi meritevoli di tutela indipendentemente se si sia in presenza di diritti soggettivi, interessi legittimi o di interessi meramente procedurali: è rilevante che si sia in presenza di un interesse al bene della vita con risvolti patrimoniali anche indiretti ... Sono stati inclusi dalla Corte europea: i procedimenti autorizzatori e concessori e quelli di secondo grado che li riguardano se incidenti significativamente sull'esercizio di un'attività economica o, comunque, sulla possibilità per il destinatario di produrre reddito (p. 693)» includendo «... casi nei quali il profilo patrimoniale è presente solo in via indiretta... Se si considera che il giudice amministrativo ha giurisdizione generale di legittimità per la tutela di interessi legittimi il cui nucleo fondamentale è costituito dall'interesse materiale al bene della vita, sarà ben rara l'ipotesi in cui non vi sia un risvolto patrimoniale almeno indiretto. Ne consegue la rilevanza dell'art. 6 CEDU per quasi tutte le controversie di cui conosca il giudice amministrativo per l'esteso ambito oggettivo di applicazione sia dell'accusa penale che dei diritti di carattere civile» (p. 694).

⁵ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 21; ma vedi anche G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista*, n. 2/2018.

⁶ M. ALLENA, *op. cit.* p. 22; G. RAIMONDI, *op. cit.*

cognizione della vicenda amministrativa, implicante innanzitutto pieno accesso ai fatti (*primo e irrinunciabile significato del concetto di full jurisdiction*)⁷ e dovere del giudice di esaminare le ragioni sostanziali alla base del provvedimento amministrativo, attraverso un'analisi *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, avvalendosi di consulenti tecnici d'ufficio (in Italia, di verificatori e, se indispensabile, di consulenti, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo: artt. 19, 20 e 64 e ss. c.p.a.) o integrando i collegi (com'è previsto in Italia, istituzionalmente, per il Tribunale Superiore Acque Pubbliche), senza che possano costituire limiti alla completa cognizione dei fatti (anche complessi e opinabili) né la tecnicità delle fattispecie né la discrezionalità, con esclusione quindi di ambiti di conoscenza dei fatti⁸ riservati all'Amministrazione. La sufficienza dell'estensione e dell'adeguatezza del controllo giurisdizionale da parte dei giudici nazionali molto dipende dalle circostanze e dalle particolarità del caso concreto, come ha evidenziato il Presidente della Corte di Strasburgo Guido Raimondi nella sua *lectio magistralis*⁹. Si tratta, a mio avviso, di un profilo di

⁷ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 25; ; G. RAIMONDI, *op. cit.*

⁸ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 23 ss. e G. RAIMONDI, *op. cit.*. Secondo Miriam Allena la giurisdizione deve essere piena nel senso di sostitutiva. La sostituzione sarebbe la regola; con rare eccezioni, strettamente connesse con il principio democratico e con altri obiettivi e invincibili ostacoli (p. 23). Secondo Raimondi invece, il controllo ex art. 6 della Convenzione richiede che il giudice nazionale sia dotato di competenze e poteri adeguati per poter conoscere tutte le questioni di fatto e di diritto sollevate dando risposta specifica ed esaustiva a tutti i motivi di ricorso; mentre non sarebbe richiesto che debba potersi sostituire alla P.A.. Per E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza...*, *cit.*, ...*al giudice, a qualunque giudice, non possono essere posti limiti al potere di cognizione della questione sottoposta al suo esame perché è essenziale all'idea stessa di giurisdizione, e nemmeno al giudice amministrativo, anche per l'espressa previsione costituzionale discendente dagli artt. 24 e 113 Cost. ... l'esame del diritto positivo ...evidenzia che l'estensione al merito comporta ...una sola differenza e riguarda i poteri decisorio del giudice che solo nei casi di giurisdizione di merito adotta un nuovo atto ovvero modifica o riforma quello impugnato, mentre nessuna diversità tra legittimità e merito vi è nei poteri cognitori e istruttori anche in relazione ai mezzi istruttori di cui si può avvalere il giudice ...* (pag. 705). E dunque il diritto positivo del nostro Paese non consente di distinguere la cognizione estesa al merito da quella esercitata in sede di legittimità. E allora di fronte alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ritiene essenziale la *full jurisdiction* per compensare la violazione dell'art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo, si deve ritenere che al giudice amministrativo non sia preclusa la cognizione piena dell'azione amministrativa, non limitata né dalla discrezionalità tecnica per fatti opinabili o per applicazione di scienze umanistiche o, comunque, che non portino ad una soluzione univoca, né dalla discrezionalità amministrativa pura perché nel procedimento l'autorità decidente opera senza limitazioni e, in caso di procedimento condotto e concluso in violazione delle regole di garanzia previste, è necessario assicurare *ex post*, nel processo, tali garanzie (p. 706).

⁹ È importante ricordare alcuni passaggi dell'articolo di G. RAIMONDI, *op. cit.*, a proposito della sufficienza dell'estensione e dell'adeguatezza del controllo giurisdizionale da parte dei giudici nazionali. «[...] La risposta alla domanda se un controllo giurisdizionale di sufficiente estensione abbia avuto luogo dipenderà dalle circostanze, mi rendo conto che è una risposta non del tutto soddisfacente perché molto dipenderà effettivamente dalle particolarità del singolo caso. La Corte (di Strasburgo) deve esaminare la questione sollevata dal ricorrente con il ricorso con il quale essa è stata adita e deve determinare se nelle circostanze del caso il controllo sia stato adeguato. Una categoria (di situazioni) riguarda i casi nei quali le giurisdizioni nazionali non sono state in grado ovvero hanno rifiutato di esaminare una questione centrale della lite

estremo rilievo per poter verificare la rispondenza della giurisprudenza interna alle previsioni dell'art. 6 vivente nella giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'Uomo¹⁰.

3. L'interpretazione della legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo conforme all'art. 6 della Convenzione.

L'interpretazione, conforme all'art. 6 della Convenzione vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, delle norme sul procedimento amministrativo, contenute nella legge 7 agosto 1990 n. 241 come modificata e integrata dalle leggi successive, non consente di pervenire ad un modello di procedimento assimilabile a quello paragiurisdizionale delineato dalla giurisprudenza della Corte Europea, ostandovi il dato testuale che individua l'autorità istruttoria e decidente nella "parte" pubblica amministrazione (non terza), ancorché retta dai principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza¹¹.

perchè queste giurisdizioni si consideravano vincolate dalle constatazioni di fatto e di diritto già compiute dalle autorità amministrative ed era impedito loro di procedere ad un esame indipendente di queste questioni. Questa situazione conduce all'affermazione della violazione dell'art. 6, come è avvenuto in un caso del 1996 contro i Paesi Bassi. Un altro caso di ricorso (contro il Regno Unito) costituisce una variante particolare di questa categoria. Si tratta di un caso che riguardava la decisione sulla spettanza di un sussidio abitativo che era sottoposto a controllo giurisdizionale resa da un organo che non solo era privo di indipendenza rispetto al potere esecutivo ma aveva in più un legame diretto con una delle parti litiganti e cioè con la pubblica amministrazione. In questa situazione la Corte ha considerato che la necessaria indipendenza di giudizio relativamente all'accertamento di un fatto essenziale rischiava di essere intaccata in modo tale da non poter essere correttamente esaminata o rettificata nel quadro del controllo giurisdizionale. Tenuto conto del fatto che il Tribunale adito non era competente per assumere nuove prove e quindi era impedito dallo statuire su una questione di fatto che era cruciale per la soluzione della lite, la Corte ha concluso nel senso che l'art. 6 era stato violato perchè la questione centrale della lite non era stata decisa da un Tribunale indipendente. In altre parole, in questo caso l'assenza di indipendenza rispetto ad una delle parti litiganti nella fase amministrativa si univa al mancato riesame in sede di ricorso giurisdizionale di una decisiva questione di fatto. Un'altra categoria comprende i casi nei quali il Tribunale non abbia goduto della pienezza della giurisdizione secondo la legislazione nazionale ma abbia tuttavia esaminato punto per punto gli argomenti sollevati dal ricorrente nei motivi di ricorso senza doversi dichiarare incompetente a rispondere alle constatazioni di fatto e di diritto dell'autorità amministrativa. In questi casi la Corte ha ritenuto sufficiente l'intensità del controllo esercitato dalle giurisdizioni interne sulla discrezionalità esercitata dalla pubblica amministrazione».

¹⁰ v. infra parr. 4 e 5.

¹¹ Resta il fatto che un procedimento nel quale l'Autorità amministrativa decidente è parte (né terzo, né indipendente) non è un procedimento conforme all'art. 6 par. 1 della Convenzione come vivente nell'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia, e quindi la relativa disciplina legislativa si pone in potenziale violazione dell'art. 117 1° c. Cost. e per esso della norma interposta di cui all'accordo internazionale Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La potenziale incostituzionalità della legge sul procedimento per la mancanza di terzietà e indipendenza dell'Autorità (amministrativa) decidente non sembra poter diventare attuale (almeno allo stato) alla luce della stessa giurisprudenza della Corte laddove consente, nella visione unitaria di procedimento e processo, che le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione siano assicurate nel processo. Sulla possibilità per la P.A. di dare un'interpretazione e un'applicazione, conformi a

L'interpretazione conforme agli altri principi elaborati della Corte Europea di Strasburgo - pieno accesso ai fatti, integralità del contraddittorio, dovere dell'autorità decidente di esaminare punto per punto le ragioni di fatto e di diritto rilevanti - porta però alla doverosa lettura, in chiave garantistica, delle forme e degli strumenti previsti dalla legge 241: chiara individuazione dell'oggetto del procedimento fin dalla comunicazione d'avvio, piena garanzia dei diritti di partecipazione, obbligo di completa e adeguata valutazione delle memorie degli amministratori nei procedimenti d'ufficio, effettiva considerazione dei contenuti delle osservazioni ai motivi sostanziali nei procedimenti a istanza di parte, con valorizzazione quindi della dimensione di imparzialità insita nella funzione amministrativa, insieme con quelle di economicità e di efficacia (art. 97 Cost. e art. 1 legge 241/1990) .

Legge sul procedimento, quindi, quale vera legge sull'istruttoria (come "pensata" da Mario Nigro che ne fu ispiratore ed anche Presidente della Commissione parlamentare che la elaborò), legge che ha portato il fatto sul piano della legittimità¹²; e procedimento come sede di vera (ri)costruzione dei fatti e di vero esame delle ragioni degli interessati e non invece procedimento per così dire simulato, di formalistico e apparente confronto dell'Amministrazione con gli interessati, rispetto a decisioni già prese, assunte come definitive e immodificabili in ogni loro aspetto.

Ritengo che l'interpretazione e l'applicazione delle norme sul procedimento amministrativo conformi all'art. 6 della Convenzione come vivente nella giurisprudenza della Corte, possano e debbano essere praticate direttamente dalla pubblica amministrazione (come dal resto da qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento tenuto all'osservanza della Costituzione e delle leggi ex art. 54 Cost.). Tuttavia è dal giudice amministrativo (in tradizionale collaborazione con la dottrina) che, più autorevolmente, debbono pervenire indicazioni in tal senso: sia *ex post*, censurando, in sentenza, procedimenti che non si siano ispirati a tali principi; sia e forse ancor di più *ex ante* rispetto alla produzione degli effetti materiali, in sede cautelare, rimettendo l'affare all'Autorità amministrativa, ai fini di una istruttoria completa e partecipata in possibile applicazione dell'art.

Costituzione, delle norme di riferimento e di sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento, oggi, per così dire, rafforzata, dal riconoscimento all'Amministrazione decidente, da parte della Corte di Strasburgo, della funzione di Tribunale, v. L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di) *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 38 ss. spec. p. 45 ss.

¹² A. PUBUSA, *Note sull'eccesso di potere alla luce della legge 241 del 1990*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, II, 1993. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

55 comma 12 c.p.a., per il quale il giudice amministrativo adotta «*su istanza di parte i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio*», nella prospettiva della continuità tra procedimento e processo, che emerge dalla giurisprudenza della Corte Europea¹³.

Ma è comunque dal processo e nel processo che debbono essere, ancor oggi, principalmente realizzate le esigenze sottostanti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, interpretativa dell'art. 6 della Convenzione.

4. L'art. 6 della Convenzione nell'interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il modello di giudizio amministrativo italiano quale giudizio di piena cognizione dei fatti, di accertamento e di condanna (oltre che di annullamento) confermato e consolidato nel 2010 dal Codice del processo amministrativo.

Il Codice del processo amministrativo approvato dal d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e successivi decreti correttivi ha confermato e consolidato un modello di giudizio amministrativo (già emerso, in giurisprudenza e in dottrina¹⁴, fin dagli

¹³ Come segnalato da tempo dalla dottrina: F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, I: *per la tutela cautelare*, Napoli, ESI, 1989, pp. 289 e 290, ove si parla di «*procedimento aperto*» anche «*(muovendo dal processo al procedimento) non costituendo sbarramento all'introduzione delle garanzie non attuate il c.d. atto terminale o finale*». v. anche in precedenza pure di F. PUGLIESE *Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 3/1988, p. 385 ss., che va letto, secondo lo stesso PUGLIESE insieme con L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)* e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, che li richiama, commentandoli, nello stesso numero della Rivista alle pagine, rispettivamente, 325 ss. e 319 ss.

¹⁴ Già nella prima metà degli anni '90 del secolo scorso il modello di giudizio amministrativo, di piena conoscenza dei fatti, di accertamento e in certo qual modo di condanna, si era sufficientemente affermato in seno al tradizionale giudizio di impugnazione (nel quadro costituzionale rappresentato, tra gli altri, dagli artt. 24, 100 c.1, 103, 113 Cost. correlati con i principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3, 4 e 5 Cost., prima dell'introduzione, nell'art. 111 Cost., con la legge costituzionale 23.11.1999 n. 2, dei principi del giusto processo, del contraddittorio, della parità delle parti) grazie alle acquisizioni dottrinali e/o giurisprudenziali relative: «a) alla portata accertativa, ordinatoria (ripristinatoria e conformativa) e preclusiva della decisione di annullamento; b) all'ammissibilità, su un piano generale, di azioni di condanna nel processo amministrativo; c) al riconoscimento del carattere sostanziale, personale, pretensivo, relazionale e finale dell'interesse legittimo; d) alla individuazione, all'interno del ricorso di impugnazione, di azioni non solo costitutive ma anche accertative e di condanna; e) all'ammissibilità di dispositivi diversificati, già emersi in sede cautelare sub specie di ordini di ammissione con riserva, rinvii per riesame, sostituzioni, statuizioni positive, quale proiezione di domande di presa in considerazione, di valutazione, di non attribuzione a terzi, di soddisfazione; f) all'insopprimibile ed irreversibile tendenza dell'ordinamento italiano - anche sotto la spinta dell'ordinamento europeo e delle relazioni con gli altri ordinamenti statali - verso l'effettività della tutela in tutte le fasi del giudizio, quale garanzia del raggiungimento in tempi brevi del risultato sostanziale conseguibile, vale a dire la conservazione, la difesa, l'acquisizione, il potenziamento, la valorizzazione ecc. della res in indicium deducta; g) all'individuazione dell'obiettivo ultimo del ricorso non nell'annullamento, bensì nell'effetto conformativo, nell'adempimento, nell'obbligo di presa in consi-

inizi degli anni '90 del secolo scorso e, negli anni successivi, nella legislazione)¹⁵ quale giudizio (che assicuri una tutela piena ed effettiva ed attui i principi del giusto processo)¹⁶: di piena cognizione dei fatti, con attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori¹⁷; di accertamento della fondatezza della pretesa¹⁸ e di condanna¹⁹ non solo al risarcimento danni ma anche al rilascio del provvedimento richiesto, con attribuzione al giudice amministrativo di poteri - compreso il tradizionale potere di annullamento - adeguati a un controllo di *full jurisdiction*²⁰.

Il fatto che il giudice amministrativo, non solo in presenza di attività vincolata ma anche «...quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità...», possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa (art. 31, c. 1 lett. c c.p.a.) ed anche condannare l'Amministrazione al rilascio del provvedi-

derazione e valutazione adeguata e completa dell'interesse a un bene della vita in funzione della sua realizzazione e, ancora, nello stesso bene della vita». Così L. IANNOTTA, La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto, in Diritto Processuale Amministrativo, 1998, p. 304 ss.. «Emblematica di questa evoluzione appare una decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato (19 gennaio 1995 n. 40) nella quale espressamente si afferma l'incoerenza, rispetto al dettato costituzionale e alle esigenze di effettività della tutela, delle interpretazioni che negano l'attinenza diretta a beni della vita della sentenza che riconosca o neghi la possibilità di conseguirli; identificando con tali beni la situazione fatta valere in giudizio e la vera domanda che il ricorrente pone al giudice e giungendo a riconoscere portata di sostanziale accoglimento della domanda del ricorrente e forza vincolante rispetto alla futura azione amministrativa ad una sentenza che, sul piano formale, aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso». (L. IANNOTTA, ibidem, p. 303 e 304).

¹⁵ Del resto è la stessa legge «delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo» - art. 44 l. 18 giugno 2009 n. 69 - che collega l'adeguamento della legislazione alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, delle SS.UU. della Cassazione e del Consiglio di Stato.

¹⁶ Artt. 1 e 2 c.p.a. e art. 111, 1° c. Cost..

¹⁷ Ammissione di prove testimoniali; verificazioni, consulenze d'ufficio, ecc.. In particolare il giudice può farsi assistere da uno o più verificatori o, eccezionalmente da uno o più consulenti per il compimento di singoli atti o per tutto il processo (artt. 63 e ss. c.p.a. e artt. 19 e ss. c.p.a.). Sulla centralità del fatto nel giudizio amministrativo, cfr. fin dagli anni '70 del secolo scorso G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in Onore di A. Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 296 ss.; *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988; *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, 2002. Di recente, N. DI MODUGNO, *Il processo amministrativo come processo di accertamento*, in corso di pubblicazione in *Studi in memoria di Giuseppe Abbamonte*.

¹⁸ L'accertamento della fondatezza della pretesa è consentito in presenza non solo di attività vincolata ma anche di attività discrezionale quando non residuino margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che solo l'Amministrazione possa compiere: art. 31, c. 3 c.p.a. relativo al silenzio ma con portata generale.

¹⁹ V. l'art. 34 c. 1 lett. c c.p.a. che pone, alla condanna al rilascio del provvedimento, i limiti di cui all'art. 31 c. 3, fermo restando che l'azione di adempimento può essere esercitata insieme con altre azioni - di annullamento o avverso il silenzio - e che il giudice non può pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati (tra i quali non rientrano però i poteri sollecitati con istanza e rimasti inerti) né su atti divenuti inoppugnabili (art. 34 comma 2 c.p.c.).

²⁰ Si vedano anche le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23.3.2011 n. 3; 29.07.2011 n. 15; 07.04.2012 n. 4 e 15.01.2013 n. 2

mento richiesto (art. 34 c. 1 lett. c c.p.a.) sia nel giudizio sul silenzio che nel giudizio di impugnazione, significa che la tutela finale delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio è compatibile con la discrezionalità.

La circostanza poi che il Codice del processo amministrativo preveda, solo a proposito della giurisdizione di merito, che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione, attraverso l'adozione, la modifica o la riforma dell'atto (art. 7 c. 6 c.p.a.), non contrasta con la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, non solo perché, da quanto emerge dalla lettura della giurisprudenza offerta dal Presidente Raimondi, nella sua *lectio magistralis*, la pienezza della giurisdizione non sembra implicare necessariamente la sostituzione del giudice all'Amministrazione; ma anche per il fatto che i poteri di accertamento della fondatezza della pretesa e di condanna al rilascio del provvedimento, rientranti nella giurisdizione generale di legittimità, appaiono sicuramente adeguati a realizzare la pienezza di tutela ed ancor più ove si tenga conto dei poteri attribuiti al giudice amministrativo ai fini dell'esecuzione delle proprie sentenze.

Né può legittimare l'esistenza di ambiti conoscitivi riservati all'Amministrazione la disposizione contenuta nell'ultima parte del c. 3 dell'art. 31 c.p.a. che individua tra i presupposti della pronuncia sulla fondatezza della pretesa (ed anche della condanna al rilascio del provvedimento: art. 34 c. 1 lett. c c.p.a.) la circostanza che «*non sono necessari adempimenti istruttori che devono essere compiuti dall'Amministrazione.*»

La disposizione sembra innanzitutto riferirsi a casi nei quali non sia stata acquisita, nell'ambito del giudizio, la prova necessaria a dimostrare la fondatezza della pretesa²¹. Essa inoltre, in assenza di dati testuali ostativi, «*va letta in conformità con*» la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (che esclude la configurabilità di ambiti di conoscenza riservati all'Amministrazione e sanziona le decisioni che si considerano vincolate agli accertamenti di fatto compiuti dall'Amministrazione) e «*in coordinamento*» con le disposizioni del Codice del processo amministrativo sull'istruttoria. A tal proposito va ricordato che le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 17.2.2012 n. 2312, pur censurando, nel caso esaminato, un presunto sconfinamento del giudice amministrativo di legittimità nel merito amministrativo, riconoscono tuttavia che è «*indiscutibile la piena inclusione, nella potestà di esercitare il sindacato sull'eccesso di pote-*

²¹ V. C.d.S., VI, n. 736/2016 del 23.02.2016. La previsione in esame è forse riferibile anche a casi eccezionali correlati con problemi di sicurezza: v. l. 3 agosto 2007 n. 124 *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*.

re, della scelta di accertare pienamente i fatti, la cognizione del giudice amministrativo essendo in tal guisa completa sotto il profilo del pieno controllo dei fatti»²². L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 15.01.2013 ha ritenuto che «sempre più l'azione davanti al giudice amministrativo (è) qualificabile come avente ad oggetto direttamente il fatto, senza doversi limitare all'esame tramite il prisma dell'atto (recuperando) un lontano indirizzo giurisprudenziale (poi abbandonato in ossequio al modello giuridico idealistico, che per lunghi anni ha prevalso nel nostro ordinamento), secondo il quale si riteneva possibile un immediato e diretto accesso al fatto nei casi in cui la pretesa al bene della vita non dovesse essere filtrata da una valutazione discrezionale rimessa alla esclusiva competenza della p.A.»²³.

Pertanto la conformità ai principi, enunciati dalla Corte di Strasburgo, sull'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, va valutata prioritariamente rispetto all'applicazione delle norme processuali da parte del giudice amministrativo, nelle sue decisioni, più che rispetto alle stesse norme in sé considerate²⁴.

²² A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza, Milano, Giuffrè, 1962, già rilevava che (spec. p. 448) «Appare pertanto assai chiaramente come le diverse figure di illegittimità, raggruppabili - secondo l'insegnamento della giurisprudenza - sotto il comune profilo del vizio del giudizio di apprezzamento discrezionale, vale a dire dal punto di vista del vizio della funzione, rappresentano tutte ipotesi nelle quali l'oggetto dell'accertamento e del giudicato non è tanto l'annullamento dell'atto, quanto piuttosto il rapporto che in relazione a determinati fatti si è stabilito tra l'amministrazione ed il privato.» Per G. ABBAMONTE, *In tema di presupposti di costituzionalità della giustizia amministrativa*, Vol. I, *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma, Poligrafico, 1989, p. 307 ss., spec. p. 315 e p. 316. «Dall'art. 3 Cost. deriva il potere - dovere del giudice della funzione pubblica di acquisire i fatti al processo, perchè la norma costituzionale impegna lo Stato a realizzare l'eguaglianza di fatto tra i cittadini... che deve essere verificata nei contenuti degli atti, nei fini perseguiti, nei risultati raggiunti. Acquisizione dei fatti che assume decisivo rilievo nel sindacato di legittimità nella sua attuale estensione ai presupposti ed agli effetti dei provvedimenti che, perciò, sono utilmente sottoposti ai giudici se e in quanto chi deve risolvere la controversia ne conosca i termini reali.» Con affermazione di carattere generale (anche se con applicazione alle norme costituzionali economiche) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, rilevava, a proposito degli artt. 1, 2, 3 e 4 della Costituzione che essi «statuiscono in ordine alla spettanza del potere politico, al dovere di solidarietà tra i consociati, all'eguaglianza giuridica e sostanziale, fornendo il nucleo vitale intorno al quale si sviluppa l'intero ordinamento costituzionale» (p. 85), affermazione che deve inglobare anche l'art. 5, ancor più dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e la dimensione più accentuatamente locale della funzione amministrativa ex art. 118 Cost..

²³ La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013 cita C.d.S., IV, 13 giugno 1902 (con nota di F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili, secondo criteri tecnici*) relativa a un caso di sindacato sull'esistenza dell'urgenza (dei suoi presupposti) in *Giurisprudenza Italiana*, 1902, Terza Parte, 275 ss.; v. anche Cass. SS.UU. 20.01.2014 n. 1013.

²⁴ Peraltro, ove i giudici individuassero nelle leggi previsioni radicalmente ostative all'interpretazione (conforme) che si è qui proposta, sarebbe ipotizzabile la loro rimessione alla Corte Costituzionale, per contrasto con l'art. 117, 1 c. Cost. e, per esso, della norma interposta di cui all'art. 6 Convenzione EDU (e cioè di un accordo internazionale) come vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

5. Dovere del giudice, in ogni decisione, di ricostruire il peculiare e distinto caso concreto portato alla sua cognizione. diritto come riconoscimento giuridico di un bene della vita e svolgimento del processo per attribuzione del bene. Dovere e interesse delle parti di formulare in modo puntuale le richieste fondandole sulla concreta e specifica situazione di fatto.

Alla luce dell'art. 6 vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il giudice amministrativo non può astenersi o addirittura rifiutarsi di verificare e valutare, punto per punto, gli accertamenti e le valutazioni, anche tecniche, effettuate dall'Amministrazione, ritenendole ad essa riservate²⁵. E, ancor prima, il giudice non potrà esimersi dal ricostruire, nelle circostanze e nelle peculiarità che lo contraddistinguono, il caso concreto portato alla sua cognizione.

La valutazione della Corte di Strasburgo circa l'estensione e l'adeguatezza del controllo effettuato dal giudice amministrativo dipende infatti in larghissima parte proprio dai tratti peculiari del caso concreto, come evidenziato nella *lectio magistralis* del Presidente Raimondi.

In tal modo, nella complessa problematica relativa al sindacato giudiziario sull'attività amministrativa, sulla sua estensione e i suoi limiti, risulta che l'elemento immancabile e irrinunciabile e quindi più rilevante è la singola vicenda oggetto della cognizione, nella sua individualità, singolarità e peculiarità, che assurge al rango di autonomo e centrale elemento del processo e, ancor prima, dell'ordinamento²⁶.

Come ho in altra occasione evidenziato, «*il procedimento decisionale deve tendere alla identificazione degli esatti termini del rapporto*» (C. Mortati); «*nei suoi dettagli*» (V. Spagnuolo Vigorita); «*nelle sue sfumature*» (F. Pugliese); «*nelle conseguenze che ne derivano*» (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli); «*nei beni e nelle persone coinvolte; nel risultato, fatto di beni attribuiti, sottratti, valorizzati, potenziati, sviluppati*» (L. Iannotta). La mancata puntuale concreta e dettagliata identificazione dell'oggetto della decisione «*rende impossibile o comunque esposta all'errore l'interpretazione delle norme di riferimento, che è finalizzata ovviamente all'applicazione ad una*

²⁵ Cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Guffrè, 1998: «*l'affermazione del principio della pienezza e della effettività della tutela, infatti, comporta che non possano ritenersi esclusi dalla verifica giurisdizionale tutti quei giudizi che non impingono nell'unica scelta riservata all'amministrazione, che è quella di opportunità/inopportunità. Tutti gli altri giudizi devono essere ripercorsi dal giudice, quale che esso sia*» (p. 115).

²⁶ L. IANNOTTA, *Giuridicità del caso concreto*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2013, pp. 613 ss., spec. p. 621.

realtà delimitata e circoscritta (art. 12 delle Norme sull'interpretazione delle leggi: "nell'applicare la legge ...")»²⁷.

La rilevanza giuridica del caso concreto risulta rafforzata dalle (e al tempo stesso si salda con le) acquisizioni della dottrina costituzionalista che, muovendo dalla distinzione tra disposizione (la proposizione scritta) e norma (il significato ricavato attraverso l'interpretazione: un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto europeo e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo), vede la funzione dell'interpretazione giuridica nella individuazione della norma del caso, della regola sotto la quale il caso particolare è sussumibile. In tale prospettiva grava sull'interprete il compito di ricostruire ogni singolo caso concreto ed elaborare la regola giuridica che ad esso va applicata²⁸.

Siffatta interpretazione appare quindi attività propria della giurisdizione e non comporta alcuna sostituzione del giudice all'Amministrazione, se correttamente effettuata, come del resto confermano le norme (art. 31 c. 3 e art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a.) che consentono al giudice di accertare la fondatezza della pretesa, anche a fronte di poteri discrezionali (ovviamente ove ne ricorrano i presupposti) ed anche di ordinare all'Amministrazione il rilascio del provvedimento richiesto, senza travalicamento dei limiti del sindacato di legittimità, come risulta, a contrario, dalla previsione dell'art. 7 c. 6 che parla di sostituzione, sub specie di adozione, modifica o riforma di provvedimento, solo a proposito della giurisdizione di merito.

In questa prospettiva, appaiono di estrema attualità le considerazioni sulla domanda giudiziaria di Augusto Cerino Canova²⁹ che, muovendo dall'intuizione antichissima dei tre elementi identificatori della domanda (*oggetto, petitum e causa petendi*) aderisce in modo originale alla concezione per la quale «il diritto è riconoscimento giuridico di un bene della vita ed il processo si svolge per l'attribuzione di tale bene» ed afferma, tra l'altro che «la specificazione del diritto fatto valere richiede ...la sua individualizzazione. Il termine ...esprime l'esigenza...di rendere individuale il diritto, cioè peculiare e distinto da ogni altro ... L'individualizzazione del diritto e della domanda attraver-

²⁷ L. IANNOTTA, *Principio di legalità*, cit., p. 44. Rileva F.G. SCOCA, *Sul trattamento...*, cit., che «La conoscenza dei fatti è elemento essenziale di qualsiasi giudizio, soprattutto del giudizio di legittimità: non è possibile applicare la legge senza che il giudice accerti in modo autonomo se esistono i presupposti di fatto per l'applicazione della legge» (p. 122).

²⁸ Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 3 ss.. V. anche M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità; la regola del caso*, in C. PINELLI (a cura di) *Amministrazione e legalità...* cit., p. 181 e ss

²⁹ Cfr. A. CERINO CANOVA in *Commentario del codice di procedura civile*, E. ALLORIO (a cura di), Torino, Giappichelli, 1980, *Libro Secondo del processo di cognizione*, p. 3 ss., spec. p. 143, p. 173 e p. 177.

so il contenuto ed i soggetti si giustifica...con l'unicità ed irripetibilità della situazione sostanziale»³⁰.

Quelle parole, riferibili oggi anche al giudizio amministrativo³¹, confermano il dato reale che ogni vicenda processuale è diversa dalle altre, come diversa è dalle altre ognuna delle situazioni giuridiche soggettive, tutelabili nel giudizio amministrativo (e, ancor prima nel procedimento-processo) qualificabili come interessi legittimi³² o diritti interferenti (immediatamente o mediamente) con l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo³³ parafrasando la formula utilizzata dal Legislatore (art. 7 c. 1 C.p.a.) per definire l'ambito e l'estensione della giurisdizione amministrativa.

Data l'ontologica incompiutezza delle norme - o meglio, delle disposizioni - pubblicistiche sia sul fronte dell'Amministrazione sia sul fronte degli amministrati, per la variabilità e molteplicità delle vicende amministrative e delle persone che ne sono protagoniste e quindi per la peculiarità di ciascuna vi-

³⁰ Il pensiero di A. CERINO CANOVA ben si salda con il valore fondamentale della persona umana il cui pieno sviluppo rappresenta, nel disegno costituzionale, l'obiettivo fondamentale della Repubblica, impegnata costituzionalmente a realizzarlo e, in funzione di esso, non solo a riconoscere ma anche a garantire i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e ad assicurare l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale, rimuovendo gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono tale pieno sviluppo. Repubblica quindi improntata ad efficacia dell'azione e ad effettività della tutela che vede al centro non l'individuo egocentrico ed isolato ma la persona (cfr. B. GILBERTI, *Il merito*, cit., p. 285 ss.), libera e solidale, nella sua unicità e peculiarità. È intorno a questo nucleo vitale, DNA dell'ordinamento costituzionale (e già DNA della giustizia amministrativa: L. IANNOTTA, *Principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano e autonomie territoriali*, in *Diritto e Processo Amministrativo* 2007, p. 329 ss., spec. p. 332) che la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno contribuito a costruire il modello di giudizio amministrativo di piena cognizione dei fatti, di accertamento e di condanna.

³¹ Con le sue attuali caratteristiche: v. retro par. 4.

³² L'assoluta maggioranza della dottrina italiana già dagli anni '60 - '70 del secolo scorso riconosceva la natura sostanziale dell'interesse legittimo e la sua preesistenza come situazione giuridicamente rilevante all'adozione del provvedimento amministrativo: così R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1977 p. 93 ove si ricorda il pensiero di: M.S. GIANNINI, M. NIGRO, G. MIELE, E. CANNADA BARTOLI, P. VIRGA, M. LA VALLE; L. BIGLIARI GERI, F.G. SCOCA; ALBERTO ROMANO. In presenza delle poche frammentarie disposizioni dell'epoca G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto... cit.* p. 299 affermava nel 1975 (ma già nel 1972) che «La questione che forma oggetto del giudizio amministrativo concerne la fondatezza o meno dell'istanza del ricorrente volta ad ottenere la tutela dell'interesse legittimo.» V. negli anni successivi, G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia Amministrativa*, Padova, Cedam, 2001 (1^a edizione 1997) Capitolo I, sub Par. 17, *Il problema delle situazioni soggettive*, p. 162 ss. Per una completa ricostruzione delle problematiche relative all'interesse legittimo si deve far riferimento oggi a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

³³ L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2007, p. 935 ss. ove prospetto la trasformazione dell'interesse legittimo in diritto (amministrativo). Già in precedenza L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit. e *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2006 p. 354 ss..

cenda e delle situazioni soggettive che vi si confrontano³⁴, la fattispecie normativa non può che essere completata in sede di applicazione delle disposizioni, solo dopo che sia stato ricostruito completamente il fatto, ricorrendo ai principi integrativi delle fattispecie non compiutamente definite (ragionevolezza³⁵, proporzionalità, adeguatezza, giustizia sostanziale, correttezza e buona fede)³⁶

³⁴ Nessun interesse legittimo è uguale all'altro. Ciò vale soprattutto (ma non solo) quando sono in gioco diritti o libertà fondamentali protetti come interessi legittimi. Si pensi ai casi: dell'agente di polizia che chiede l'avvicinamento alla famiglia per gravi ragioni, non tipizzate dalla legge di riferimento che contiene una disposizione del tutto generica (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011 n. 1428); della donna che, in contrasto con la disposizione che impone di occupare stabilmente l'alloggio di edilizia residenziale pubblica, se ne allontana per assistere il padre residente in altro Comune (Corte Cost. 3.2.1994 n. 19); del malato grave che chiede la somministrazione gratuita di un farmaco vitale, già riconosciuto non tossico e potenzialmente efficace e la ottiene sebbene la procedura di valutazione manchi ancora di alcuni passaggi (TAR Lombardia, Milano, III, ord.za 22.5.2008 n. 791); della madre casalinga extracomunitaria che chiede e ottiene il ricongiungimento in Italia col figlio minore, a fronte di una disposizione apparentemente restrittiva che sembra riferirsi ai soli lavoratori dipendenti o autonomi (Corte Cost. 19.1.1995 n. 28); della società che propone al Comune inerte un progetto di pianificazione di un'area diventata priva di destinazione urbanistica per decorso dei termini di legge: progetto meritevole di considerazione, valutazione e approvazione in quanto concreto, attuabile e rispettoso degli altri beni, neutralizzando l'applicazione delle disposizioni restrittive relative a zone prive di destinazione (C.d.S., IV, n. 461/1987). In una prospettiva generale v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit. p. 372, ove si legge che *...l'opera creativa alla quale è chiamato il giudice amministrativo ha molto a che fare con la libertà delle persone concrete che non vogliono indossare maschere uniformi perché non vogliono confrontarsi con un potere senza volto; e che al contrario intendono conservare la propria peculiarità*; e L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, ESI, 1989, spec. p. 269 ss. ove si delinea una classificazione degli interessi legittimi (anche) in relazione al bene della vita che ne forma oggetto, a seconda che si tratti di un bene proprio (che si aspira a conservare e/o valorizzare) o di un bene altrui (che si aspira a non far attribuire o a sottrarre) o di un bene dell'Amministrazione (alla cui attribuzione si aspira singolarmente o in concorrenza con altri), con conseguente diversa caratterizzazione delle azioni proponibili a loro rispettiva tutela; e ove si evidenzia, spec. p. 181 ss., l'autoconformazione degli interessi legittimi nei rapporti con l'esercizio di poteri pianificatori e puntuali in materia edilizia-urbanistica.

³⁵ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1983, p. 371 ss.

³⁶ Nel 1984 in L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, ESI, 1984, pp. 275 e 276, rilevavo che il giudice, una volta acquisiti i fatti, va «a raffrontarli con la fattispecie astratta, integrata in base ai principi tratti dall'esperienza amministrativa. I principi di giustizia sostanziale, della ragionevolezza dell'agire amministrativo, di correttezza e buona fede (anche come tutela dell'affidamento) vengono quindi a porsi come necessari punti di riferimento ai fini della ricostruzione del modo in cui il potere avrebbe dovuto essere esercitato legittimamente.» v. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, Napoli, Jovene, 1950; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, pp. 293 ss.; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Roma, 1947, vol. XXII, p. 308 ss.. E a proposito di chi sosteneva l'impossibilità di fondare il vizio sul principio di «non contraddizione» fra modello astratto e fattispecie concreta «semplicemente perché il modello non c'è» (cfr. F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, pp. 1469 ss., spec. p. 1506) replicavo che «all'incompletezza del modello normativo sofferisce il richiamo ai principi generali cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, ricostruiti non già in astratto ma in riferimento alla realtà amministrativa in generale nonché all'attività quale si manifesta nei diversi e distinti settori dell'apparato pubblico.»

rilevanti rispetto al caso concreto, compresi i principi e le regole tecniche tratti dall'esperienza amministrativa, generale e di settore, e che quindi la stessa Amministrazione è tenuta ad applicare³⁷.

Valga in proposito il richiamo alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione secondo la quale «il giudice ... non potrà esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice disponga oggi di ampi mezzi istruttori compreso lo strumento della consulenza tecnica» (Cass. SS.UU., 20.01.2014 n. 1013): ben più quindi della mera verifica dell'insostenibilità tecnica e cioè della inattendibilità della soluzione prescelta dall'Amministrazione³⁸.

La cognizione piena del rapporto, nell'ambito del giudizio, rappresenta pertanto la regola³⁹, anche se l'intensità del sindacato dipenderà, in concreto, dal materiale disponibile⁴⁰.

³⁷ Sulla problematica B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, spec. p. 300 e dottrina ivi citata il quale ricorda che «la teorica ...che evidenziò come il punto in comune tra le figure in esame potesse essere costituito, a tutto concedere, dalla sussistenza in entrambe di incertezze applicative, dal momento che la discrezionalità tecnica non chiama in causa alcuna valutazione comparativa degli interessi in senso proprio (momento che, viceversa, costituisce connotato qualificante della discrezionalità pura). Tale distinzione servì a fondare il rilievo per cui, mentre la valutazione comparativa implica lo svolgimento di valutazioni riservate, le regole tecniche sono inglobate nella norma giuridica attributiva del potere sicché la loro inosservanza o non corretta applicazione si risolverebbe in null'altro che in un'ipotesi di violazione di legge.» V. anche L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2005, p. 1 ss. spec. p. 35 ove si legge «La giuridicità delle cose e delle persone coinvolte nell'attività amministrativa emerge sotto un duplice profilo: come dovere dell'amministrazione e come diritto delle persone. Sotto il primo profilo assumono rilievo tutte le norme tecniche, economiche ma anche giuridiche incidenti sui caratteri, sui requisiti, sulle qualità della res, costituente oggetto principale dell'azione amministrativa: opera, servizio, iniziativa, complesso di interventi, persona di un esperto, professionista, ecc. e che concorrono alla conformazione del progetto di risultato, della cosa, della persona dell'attività che alla fine del processo decisionale sarà concretamente individuata e che l'attività esecutiva inserirà nel mondo reale, perfezionandola durante la sua esecuzione...».

³⁸ Come restrittivamente ritenuto da Consiglio di Stato, VI, 4 luglio 2012 n. 3901. B. GILIBERTI, *Il merito...*, cit., p. 325 che richiama A. TRAVI, secondo il quale «un ordinamento che privilegia la soluzione peggiore solo perché essa proviene dall'Amministrazione condanna un Paese al declino perché rinuncia a ricercare e premiare la soluzione tecnica migliore...» e quindi «...tutti i casi in cui la valutazione di ordine tecnico non sia convincente il giudice deve poterla disattendere».

³⁹ Cfr. L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi...*, cit., dove rilevavo che «la trasformazione del giudizio generale di legittimità può e deve procedere ... prendendo atto della effettiva posizione riconosciuta al singolo nei confronti della p.A. e del rapporto giuridico in cui il primo viene a porsi nei confronti della seconda, in virtù della titolarità dell'interesse legittimo. La piena cognizione di questo rapporto postula il completo raffronto tra la vicenda concreta e la fattispecie astratta e quindi, da un punto di vista generale, impone come necessario l'esercizio dei poteri istruttori. Solo una volta conosciuto il fatto sarà possibile confrontarlo con le previsioni normative, integrando - ove giuridicamente possibile - le parti indefinite alla luce dei principi generali e di chiusura suindividuati. Il processo amministrativo in tal modo corrisponderà in pieno alle caratteristiche sostanziali dell'interesse legittimo e, pur nell'unicità dell'impostazione, assumerà caratteristiche concrete diverse a seconda delle caratteristiche degli interessi, dei poteri su questi incidenti, delle norme che tutelano gli uni e disciplinano gli altri» (p. 273).

⁴⁰ Cfr. B. GILIBERTI, *Il merito...*, cit., p. 325.

Alla luce del principio della domanda è evidente che tutto questo passa attraverso le richieste delle parti, fondate sulla concreta situazione di fatto ed articolate in punti⁴¹ in modo tale che il giudice non possa esimersi dall'esaminarle, come sancito, anche sotto questo profilo, dalla giurispru-

⁴¹ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza...*, cit., p. 707, che, nella prospettiva di un sindacato sostitutivo (non emergente però come indefettibile dalla giurisprudenza CEDU: v. retro nota 12), afferma che «gli avvocati dovrebbero impostare i ricorsi senza limitarsi a dedurre il vizio di eccesso di potere in senso, per così dire, classico attraverso un sindacato indiretto sul contenuto del provvedimento che, secondo autorevole dottrina, comporta un'indagine che impinge nel merito, pur se formalmente si sostenga che riguarda la legittimità. Nel ricorso occorre stimolare il giudice ad un sindacato pieno, senza infingimenti, proponendo una diversa ricostruzione del fatto, inteso nella sua realtà e nei suoi eventuali profili tecnici, ritenuta corretta, ed una soluzione rispettosa delle situazioni giuridiche soggettive, indicando l'assetto degli interessi che appaia più consono e in linea con la concreta fattispecie, in applicazione della norma, mettendo da parte il timore di esprimere considerazioni e rilievi di merito.» Nella prospettiva della piena giurisdizione, non implicante necessariamente sostituzione e non postulante neanche l'istituzionale ricorso alla consulenza tecnica (v. C.d.S., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 61 Pres. Catallozzi, Est. Baccarini che, pur riconoscendo l'esperibilità della consulenza tecnica nel giudizio amministrativo, ha accertato l'illegittimità della decisione tecnica, nel caso concreto esaminato, senza disporre alcuna consulenza tecnica) sembra più utile la segmentazione della vicenda nelle sue componenti essenziali e la sua traduzione in punti definiti suscettibili di agevole verifica. V. L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della Legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, p. 357 ss., ove di legge (p. 393 e p. 384) «...una volta ricostruito il fatto, nelle sue componenti essenziali (fattuali e normative), il giudice amministrativo potrà valutarlo nella medesima prospettiva dell'Amministrazione e cioè del potere che è stato esercitato o che si sarebbe dovuto esercitare, alla stregua delle norme che la stessa Amministrazione avrebbe dovuto applicare e non ha applicato o ha falsamente applicato o ha violato, comprese le norme tecniche, quantomeno quelle costituenti principi fondamentali della disciplina (tecnica) coinvolta e massime di comune esperienza. E ciò nella consapevolezza che qualsiasi decisione, anche tecnica, pur opinabile, non è mai opinabile in tutta la sua estensione, bensì solo in alcune delle sue componenti: ché altrimenti non si tratterebbe di decisione né tantomeno tecnica, bensì di mero arbitrio. Ne consegue che, se si scompone la decisione tecnica nelle parti che la compongono e se ne individuano le componenti non opinabili, in quanto definibili e valutabili alla luce dei principi elementari delle scienze e delle tecniche e delle massime di esperienza rilevanti nel caso concreto, da un lato si potrà più facilmente scoprire dove si annidano gli errori, dall'altro si ricondurrà l'opinabilità in margini molto ridotti, facendola risultare normalmente residuale, soprattutto se agganciata al fatto compiutamente ricostruito. Ridotto in tal modo il margine di opinabilità, in molti casi sarà possibile definire in giudizio la giusta decisione (anche tecnica) adeguata al caso concreto attraverso l'applicazione al fatto dei principi fondamentali della disciplina e delle massime di esperienza, censurando la decisione adottata dall'Amministrazione ove contrastante con quella che essa avrebbe dovuto oggettivamente adottare. In molti altri casi la decisione in concreto assunta dall'Amministrazione (la parte residuale rimasta opinabile) sarà comunque più facilmente sindacabile sotto i profili tipici del sindacato sulla discrezionalità, vale a dire l'illogicità manifesta, il palese travisamento dei fatti, l'irrazionalità e la contraddittorietà.» Si veda ad es. Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 82/2011 del 24 agosto 2011 che, a proposito di provvedimenti - che avevano autorizzato la copertura di parte di un torrente, per realizzarvi un parcheggio, qualificato amovibile dall'Amministrazione e avevano escluso perciò pericoli per la pubblica incolumità - ha annullato i provvedimenti impugnati avendo accertato «che la copertura consisteva in ben 125 piastre di calcestruzzo di mq. 4 per cm 15 di spessore, pesanti ciascuna kg. 1500, per un peso complessivo di tonnellate 187,5: il tutto sostenuto da un'intelaiatura di travi principali vincolate sopra i muri d'argine e travi secondarie ancorate a quelle principali, con correlativa impossibilità di definire l'opera come "amovibile", nonostante ogni più intenso sforzo di fantasia». V anche T.S.A.P. n. 63/2018 del 16.4.2018. La presenza nei collegi T.S.A.P. anche di un giudice tecnico rende agevole e immediata la verifica dei fatti tecnici rappresentati dalle parti, senza necessità di disporre consulenza tecniche o verificazioni.

denza della Corte di Strasburgo.

Se sono quelli descritti i vincoli gravanti sul giudice amministrativo, in base all'art. 6 Cedu vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo⁴², le sentenze, che non ricostruiscano la vicenda della quale hanno giudicato, non consentendo di far capire quale sia il fatto oggetto della decisione, si troverebbero in contrasto con l'art. 6 Cedu, pertanto impugnabili, dopo il loro passaggio in giudicato, innanzi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Ma, ancor prima, esse sembrano impugnabili innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ricorso ex art. 360 c. 1 n. 1 c.p.c. per motivi attinenti alla giurisdizione, dal momento che la mancata necessaria individuazione e ricostruzione della vicenda concreta (nonostante i poteri istruttori a tal uopo attribuiti al giudice amministrativo) e il mancato esercizio dei poteri istruttori potrebbero essere qualificati come diniego di giurisdizione⁴³.

⁴² La prospettiva dell'art. 6 della Convenzione EDU vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo consente di valutare la razionalità (giustizia ed efficacia) del sistema amministrativo italiano nelle sue componenti procedurali e processuali sia nel loro insieme sia (soprattutto) rispetto ad ogni singola decisione amministrativa e giurisdizionale per così dire dall'esterno e dall'alto, secondo la *logica* del Teorema di Gödel. Si tratta del Teorema formulato dal matematico K.F. GÖDEL, Brno, 28 aprile 1906 - Princeton 14 gennaio 1978, che dimostra la necessità di ricorrere a procedimenti di verifica esterni al sistema e più forti per provare la non contraddittorietà delle proposizioni del medesimo sistema non derivabili né deducibili in base al sistema dato. In sintesi, per provare la contraddittorietà di un sistema logico-matematico bisogna uscire dal sistema stesso. Per ipotesi di applicazione al diritto amministrativo cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in E.d.D., vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 1 ss., spec. p. 3; e L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (parte di amministrare)*, in D.P.A. 2005, pp. 50 e 51.

⁴³ Cfr. Cass. SS.UU. 23.12.2008 n. 30254. In una recente sentenza (n. 161/2018 del 15.01.2018) il Consiglio di Stato, Sezione IV, ha confermato il rigetto di un ricorso in materia di mancata ammissione alla prova orale dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato richiamando il consolidato orientamento della Sezione (confermato dall'Adunanza Plenaria n. 7/2017) in forza del quale: a) il potere di valutazione delle Commissioni sarebbe espressione di ampia e qualificata discrezionalità tecnica, con la limitazione del sindacato di legittimità solo al travisamento dei fatti e all'illogicità manifesta percepibili *ab externo e iudicis oculis* dalla sola lettura degli atti; b) ai fini della motivazione il voto numerico è pienamente sufficiente. Nella sentenza manca la ricostruzione del caso sottoposto all'esame del giudice amministrativo nelle sue circostanze e peculiarità che ne facevano un caso unico. Ed invero: A) in presenza di una traccia che prospettava un caso di annullamento d'ufficio di un permesso di costruire per difformità delle opere realizzate rispetto a quelle assentite e B) che evidenziava nel provvedimento di annullamento d'ufficio carenze di tipo procedimentale (mancato esame delle osservazioni presentate dal titolare del permesso) e motivazionale (mancata enunciazione dell'interesse pubblico all'annullamento), il candidato aveva individuato nel suo elaborato (ricorso al TAR) – senza farsi fuorviare dai “suggerimenti” della traccia – quale motivo prioritario di illegittimità l'inapplicabilità dell'annullamento d'ufficio a un caso di difformità costruttiva per la quale il T.U. sull'edilizia prevede distinte e diverse sanzioni e diversi e distinti procedimenti di sanatoria; II) la Commissione si era data dei criteri di valutazione tra i quali “capacità di indi-

viduare la soluzione specifica" (non si trattava quindi di valutazione espressa con solo voto numerico); la Commissione nella scheda allegata al verbale di correzione, aveva motivato il voto (26 non sufficiente) attribuito all'elaborato considerando in particolare insufficiente la «*capacità di individuare la soluzione specifica*»; III) Essendo la soluzione proposta dal candidato sicuramente valida e rispondente a principi fondamentali e, al tempo stesso, elementari della materia giuridico-edilizia, la Commissione era incorsa in manifesta illogicità e in palese travisamento dei fatti (traccia, elaborato del candidato e soluzione da questo proposta); IV) il giudizio di insufficienza attribuito dalla Commissione alla capacità del ricorrente di individuare la soluzione specifica del caso avrebbe dovuto quindi essere annullato dal giudice e, alla stregua degli stessi principi individuati in sentenza, potenzialmente sostituiti con un giudizio di (almeno) sufficienza con accertamento della fondatezza della pretesa e condanna al rilascio del provvedimento di ammissione, ricorrendone gli altri presupposti. La lettura critica del caso qui esaminato conferma i rischi dell'applicazione estensiva dello *stare decisis* che, lungi dall'assicurare certezza, finisce per favorire l'ingiustizia. Cfr. E. FOLLIERI, *Lo stare decisis nel processo accertativo*, in *Giust.amm.*, n. 10/2014.

GUIDO BEFANI

Dottore di ricerca in Impresa, Stato e Mercato presso l'Università della Calabria
guidobefani@gmail.com

L'EVOLUZIONE PUBBLICISTICA DEL «GOVERNO DELLE BANCHE» TRA STATO E MERCATO

THE PUBLIC EVOLUTION OF THE «GOVERNMENT OF BANKS» BETWEEN STATE AND MARKET

SINTESI

Le nuove forme di intervento pubblico nel settore bancario hanno manifestato il sorgere di nuove figure istituzionali che sembrerebbero essere entrate di pieno diritto nel notorio “ordinamento amministrativo delle banche”. Nello specifico, appaiono significative le missioni pubblicistiche affidate alla Società di gestione delle attività, nella veste di bad bank pubblica, e della Cassa depositi e prestiti nel ruolo di banca nazionale di promozione, entrambe accomunate dalla presa di coscienza della Commissione europea che “un istituto con un mandato pubblico si trova in posizione migliore rispetto agli operatori privati per rimediare ai fallimenti del mercato”. Ma questa rinnovata espressione dello Stato-banchiere, che ha subito come condizione di legittimità l'applicazione del criterio dell'investitore di mercato, ha previsto delle paradossali e ipocrite scelte derogatorie rispetto al regime vincolistico-contabile riservato agli altri operatori bancari, suggerendo una riflessione sull'effettiva tenuta di un sistema ancora basato sulla “razionalità economica” dell'investitore pubblico.

ABSTRACT

The new forms of public intervention in the banking sector have shown the rise of new institutional figures that seem to have become by full right an integral part of the “bank administrative system”. In particular, the public missions with which *Società di gestione delle attività* (as a public bad bank) and *Cassa depositi e prestiti* (as a promotional national bank) have been entrusted, appear to be significant. They both share the European Commission's feeling that “an institution having a public mandate are privileged vis-à-vis private operators to make up for market failures”. But this revamped expression of the “banker State”, which has to be applied the criterion of the market investor to be legitimate, has provided for absurd and hypocritical choices derogating from the binding-accounting regime reserved to other banking operators, suggesting a reflection on the effective strength of a system still based on the “economic rationality” of the public investor.

PAROLE CHIAVE: Bad bank, credito e risparmio, intervento pubblico, banca nazionale di promozione.

KEYWORDS: Bad bank, credit and savings, public intervention, national promotion bank.

INDICE: 1. Introduzione: premesse di metodo e di contenuti. – 2. L'origine dell'intervento pubblico: l'istituzione della Banca d'Italia e la progressiva pubblicizzazione del settore con la legge bancaria del 1936. – 3. Lo «schema Sindona» nella (in)stabilità istituzionale del secondo dopoguerra – 4. L'incompiuta fine dell'ordinamento sezionale nella stagione delle privatizzazioni. – 5. Il fallimento della deregolamentazione bancaria degli anni '90: il salvataggio del Banco di Napoli. – 6. La bolla *sub-prime* del 2008 e il ritorno della mano pubblica «salva risparmio». – 7. Gli accordi di Basilea 3 e il fallimento istituzionale del *Bail-in*. – 8. Ascesa e caduta degli strumenti para-privatistici: il caso GACS e Fondo Atlante. – 9. L'approccio pubblico «precauzionale» del 2016: il caso Monte dei Paschi e il salvataggio delle banche venete. – 10. Le prospettive evolutive dell'intervento pubblico: *bad bank* pubblica e banche nazionali di promozione. – 11. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: premesse di metodo e di contenuti.

La prospettiva di indagine sui profili pubblicistici del credito e del risparmio non è certo un fenomeno nuovo. Già all'indomani della legge bancaria del 1936, infatti, la migliore dottrina aveva mostrato un vivo interesse sulla funzione pubblicistica del credito, arrivando addirittura a configurarne l'attività di erogazione in termini di servizio pubblico¹. Tuttavia, nonostante il successivo dibattito degli anni '90 abbia registrato quella tendenziale «fuga»² del dritto

¹ In tale dibattito, si rinvia a M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia* del 1939, ora in ID., *Scritti*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, nonché ID., *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico* del 1949, ora in ID., *Scritti*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 57 e ss. Sulla rilettura critica dei profili pubblicistici del credito, rispetto alle impostazioni di Giannini, e sul ruolo di Stato banchiere si rinvia a M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969. Anche la giurisprudenza ha segnalato dei contrasti in merito alla configurabilità dell'attività bancaria in termini di servizio pubblico. Nello specifico, anche all'indomani dell'emanazione del d.p.r. 27 giugno 1985 n. 350, che all'art. 1 disponeva espressamente che «l'attività di raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e di esercizio del credito ha carattere di impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano», la VI sez. penale della Cassazione penale ha continuato ad affermare la tesi dell'attività bancaria come servizio pubblico in senso oggettivo (cfr. Cass. pen., sez. VI, 13-11-1985, n. 1250, in *Foro It.*, 1987, II, 75), finché la questione non è stata definitivamente risolta dalle Sezioni Unite, che superando il principio in precedenza affermato nel 1981 (su cui v. più diffusamente *infra*) hanno escluso per l'attività bancaria la natura di un pubblico servizio (cfr. Cass. pen., S.U., 23-5-1987, in *Foro It.*, 1987, II, p. 481 ss.).

² Cfr. sul punto i rilievi di S. DEL SAZ, *La Huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y crítica*, in R.A.P. n. 133, 1994 p. 50 e ss., nonché il parallelo dibattito francese in G. VLACHOS, *Droit public économique français et communautaire*, Paris, Armand Collin, 1996, laddove, nonostante la chiusura del ciclo temporale delle nazionalizzazioni e il tramonto dell'interventismo statale diretto, e quindi nonostante il venir meno di buona parte delle ragioni ideologiche sottese alla disputa dottrinale, il dibattito ancora può dirsi aperto sul ruolo economico dello Stato. Cfr. anche i rilievi di H. G. HUBRECHT, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997.

amministrativo dai fatti dell'economia³, i recenti sviluppi delle varie manifestazioni di intervento pubblico a sostegno del settore bancario suggeriscono di riprendere l'originaria prospettiva d'indagine per tentare di individuare le possibili interazioni problematiche, così come le eventuali opportunità, di quelle che sembrano essere le nuove manifestazioni di un «ordinamento amministrativo delle banche»⁴, e della mai del tutto scomparsa figura dello Stato-banchiere.

Nello specifico, per meglio comprendere le nuove figure istituzionali di promozione strategica del settore creditizio, e al fine di distinguere quest'ultimo e in un certo senso sottrarlo dalle logiche di mercato dure e pure, appare necessaria una premessa di metodo sull'indagine qui proposta. Infatti, rispetto al classico e distorsivo approccio ideologico basato sulla dicotomia pubblico-privato, e sulle relative considerazioni pro o contro la presunta «ingerenza»⁵ dei pubblici poteri nei fatti economici, un'analisi storico-giuridica sulla gradualità dell'intervento pubblico nel settore bancario consente probabilmente di percepire le linee evolutive e il filo conduttore che ha legato (e lega) le diverse problematiche che i pubblici poteri incontrano nell'attività di governo delle banche⁶. In tale settore, infatti, si registrano delle evidenti convergenze cicliche di intervento, laddove dopo uno stato di crisi è sempre seguita una risposta di tipo ordinamentale. Le inevitabili cicliche trasformazioni istituzionali, regolatorie e finanziarie, pertanto, hanno imposto alla scienza gius-pubblicistica di elabora-

³ La rilevanza gius-pubblicistica del credito ha poi assistito, in conseguenza della scomparsa dello Stato-imprenditore degli anni '90, al riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività bancaria e la sua collocazione in un assetto di mercato concorrenziale. Cfr. sul punto, *ex multis*, la ricostruzione di R. COSTI (a cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, Milano, Giuffrè, 1990; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994, nonché A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma della concorrenza comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁴ Riprendendo la definizione di Giannini, *op. ult. cit.*, l'ordinamento del credito presenta un carattere «sezionale» e chiuso, caratterizzato dalle autorità di governo preposte al suo funzionamento quali la Banca d'Italia, il Comitato Interministeriale per il Credito e Risparmio e il Ministero del tesoro con poteri di direzione e coordinamento sugli intermediari bancari e creditizi.

⁵ Sull'ingerenza pubblica è sempre attuale l'osservazione critica di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 11, per il quale «ogni ordinamento giuridico 'si ingerisce', ma dicendo che si ingerisce non si dice nulla di giuridicamente o di politologicamente pertinente».

⁶ È sempre valido, infatti, l'insegnamento di T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Diritto dell'economia*, 1956, p. 1238 per il quale «il problema sollevato dalle contrapposizioni fra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia non è intellegibile se non in relazione alla portata delle varie misure e in un determinato momento storico». Dello stesso tenore, è l'impostazione metodologica di G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Quaderni del pluralismo*, Tofino, Giappichelli, 1995, p. 3, che rileva come analizzare le specifiche vicende giuridiche di un fenomeno, senza avere la consapevolezza del contesto in cui si collocano, «è come costruire un ponte durante un terremoto».

re diversi modelli ricostruttivi dei «sistemi ordinamentali» che si sono succeduti nel tempo⁷.

I diversi interventi legislativi che saranno oggetto di indagine, infatti, hanno oscillato dalla ricerca della stabilità e dell'ordinato funzionamento del settore, attraverso una puntuale regolazione dell'attività degli operatori privati, rispetto all'intervento diretto con un approccio istituzionale volto alla creazione di nuovi attori custodi e garanti di una missione pubblicistica di «governo».

Ed è proprio sul versante istituzionale, pertanto, che il presente contributo tenterà di delineare una diversa prospettiva d'indagine sulle possibili soluzioni al problema bancario, attraverso l'analisi delle nuove figure delle «banche nazionali di promozione» e delle *bad bank* pubbliche, con un approccio basato sulla considerazione critica delle storiche relazioni «oscillanti» fra Stato e mercato⁸, le interazioni problematiche dei quali sembrerebbero aver prodotto delle ibride figure istituzionali di indiscutibile interesse per gli studiosi del diritto amministrativo⁹.

2. L'origine dell'intervento pubblico: l'istituzione della Banca d'Italia e la progressiva pubblicizzazione del settore con la legge bancaria del 1936.

La genesi dell'intervento pubblico nel settore bancario risale allo scandalo della Banca Romana del 1892, esploso in un contesto istituzionale privo di una figura assimilabile al concetto di moderno di banca centrale¹⁰.

⁷ Interessanti spunti di riflessione in tal senso sono offerti dall'analisi di S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato «chiuso» alla regulation europea*, Relazione al XX Congresso dell'Associazione Italo-Spagnola dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma, 27 febbraio - 1 marzo 2014 in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4/2016, p. 391 ss., nonché sui quattro modelli di pubblicizzazione ricostruiti da G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale di diritto amministrativo* 4/2009 p. 429 e ss.; cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁸ La figura del «pendolo delle idee» oscillante nei rapporti tra Stato e mercato è figlia dell'elaborazione scientifica di G. ROSSI, *Pubblico e privato*, cit.

⁹ Sul punto, si vedano da ultimo i contributi di S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo della Banche*: cit.; ID, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016; G. NAPOLITANO, *L'intervento*, cit.; P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, Giuffè, 1977; ID, *Il modello organizzativo nell'ordinamento del credito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1405 ss.

¹⁰ Nella visione politica ottocentesca del settore bancario, infatti, la figura di banca centrale intesa come un istituto che esercita la sorveglianza sul credito e decide la politica monetaria non esiste ancora come concetto, non ravvisandosene una reale necessità. Cfr. sul punto, F. SAVERIO NITTI, *Scritti di economia e finanza* in F. CAFFÈ (a cura di), *Problemi monetari e del lavoro*, Bari, Laterza, 1960, Vol. I, p. 99; nonché R. DE MATTIA, *Gli Istituti di Emissione in Italia. I tentativi di unificazione 1843-1892*, Bari, Laterza, 1990.

All'indomani della proclamazione dell'Unità d'Italia del 17 marzo 1861, infatti, tra i retaggi istituzionali sfuggiti alla legge 20 marzo 1865, n. 2248 di unificazione amministrativa¹¹, risultavano ancora le sei banche pre-unitarie di emissione di cartamoneta¹², che continuavano ad operare in seno al Consorzio obbligatorio degli istituti di emissione.

Nello specifico, tra gli istituti di emissione autorizzati, la Banca Romana è rimasta coinvolta in uno scandalo finanziario connesso a una irregolare emissione di biglietti di cambio, dovuto a una partita stampata ufficialmente per ritirare dalla circolazione quelli usurati, dei quali sono stati riprodotti gli stessi numeri seriali e messi contemporaneamente in circolazione come duplicati dei primi¹³.

La deflagrazione dello scandalo, al netto dei risvolti economico-politici sulla società dell'epoca umbertina, ha comportato la consapevolezza di una maggiore presenza pubblica nel settore, apparendo ormai necessaria l'istituzione di un'unica banca per l'emissione e la conduzione della politica monetaria. In questo contesto, pertanto, si inserisce l'approvazione della legge 10 agosto 1893, n. 449 che ha istituzionalizzato la Banca d'Italia nella forma embrionale di quella che solo in un secondo momento sarà l'effettiva banca centrale del Paese¹⁴.

Il neonato istituto, infatti, non può ancora essere considerato un'effettiva «banca delle banche», perché è sprovvisto di un potere diretto sulla politica economica e monetaria, e perché la stessa emissione di cartamoneta è ancora in comproprietà con il Banco di Napoli e con il Banco di Sicilia, per ragioni storiche e politiche di compromesso connesse alla problematica unificazione del Mezzogiorno¹⁵.

¹¹ Come è noto, il corpus normativo vero e proprio era rappresentato dai sei copiosi allegati, e nello specifico: All. A Organizzazione amministrativa dello Stato; All. B Pubblica sicurezza; All. C Sanità pubblica; All. D Istituzione del Consiglio di Stato; All. E Contenzioso Amministrativo; All. F Opere Pubbliche.

¹² Rispettivamente, la Banca Nazionale nel Regno d'Italia, (denominazione così modificata, con r.d. 24 maggio 1866, n. 2873; rispetto alla precedente denominazione di Banca Nazionale negli Stati Sardi, dove vi erano già confluite la Banca di Parma e la Banca delle Quattro Legazioni di Bologna); Banca Toscana, Banco di Napoli, Banco di Sicilia e Banco di Sardegna.

¹³ Per ulteriori approfondimenti sulla vicenda, cfr. R. DE MATTIA, *Op. cit.* nonché E. VITALE, *La riforma degli istituti d'emissione e gli «scandali bancari» in Italia, 1892-1896*, Roma, Archivio storico della Camera dei Deputati, 1972.

¹⁴ Nell'economia del presente contributo, per maggiori approfondimenti sul sistema bancario dell'epoca, e sugli istituti di emissione, si rinvia a T. CANOVAI, *Le banche d'emissione in Italia: saggio storico critico*, Roma, Ed. Italiana, 1912; G. LANZARONE, *Il sistema bancario italiano*, Torino, Einaudi, 1948; G. DI NARDI, *Le banche d'emissione in Italia nel secolo XIX*, Torino, UTET, 1953.

¹⁵ Solamente con la legge bancaria del 1926, infatti, sarà abrogato il regio decreto del 28 aprile 1910, n. 204, che aveva confermato la prerogativa anche al Banco di Napoli ed al Banco

Solamente con la prima legge bancaria del 6 maggio 1926 n. 812, quindi, è stata centralizzata l'emissione monetaria nelle mani di un unico soggetto pubblico detentore delle riserve auree, ed è stato istituzionalizzato quel ruolo di organismo di regolazione con il conferimento della vigilanza pubblica sull'attività degli intermediari bancari, e la conduzione della politica monetaria attraverso la figura del Governatore, istituita nel 1928¹⁶.

Con la prima legge bancaria, pertanto, viene delineato un assetto istituzionale fortemente accentrato e ispirato a garantire la stabilità del sistema e la fiducia dei risparmiatori attraverso, da un lato, l'introduzione di riserve di accantonamento obbligatorie per gli istituti di raccolta del risparmio pari al 10 per cento degli utili, e, dall'altro, il contestuale divieto di destinazione del risparmio raccolto all'erogazione di crediti per l'economia reale per alcune tipologie di banche.

Tuttavia, questa prima risposta istituzionale è stata successivamente travolta dalla grande depressione del 1929, che ha rimesso in discussione il ruolo economico dello Stato.

Come è noto, infatti, la crisi del '29 ha avuto origine negli Stati Uniti dalla problematica riconversione civile dell'industria bellica della Grande Guerra, e dalla generale sovrapproduzione manifatturiera che ha portato a un'offerta sovradimensionata rispetto alla domanda in tempo di pace. La crisi che ne è scaturita, ha travolto inevitabilmente anche le banche finanziatrici dell'apparato industriale e manifatturiero dell'epoca, ripercuotendosi anche in Europa¹⁷.

In questo contesto, il panorama dell'ingerenza pubblica nel settore bancario è stato ulteriormente allargato dalle differenti modalità di intervento diretto dello Stato, con la trasformazione in una nuova e più incisiva entità

di Sicilia. Nell'economia del presente lavoro, si rinvia per ulteriori approfondimenti a N. COLAJANNI, *Storia della banca italiana*, Roma, Newton Compton, 1995.

¹⁶ Nonostante l'iniziale veste giuridica di società anonima, assimilabile sotto l'imperio del Codice di Commercio all'attuale società per azioni, la Banca d'Italia si è caratterizzata fin da subito per un ambito di azione improntato esclusivamente al raggiungimento di finalità pubblicistiche, fino a ottenere l'espressa qualificazione di «istituto di diritto pubblico» dalla legge bancaria del 1936, a seguito della formale estromissione dei capitali privati dalla compagine azionaria. Sul dibattito circa la natura giuridica della Banca d'Italia, si veda *infra* sub. nota 27.

¹⁷ L'economia del presente contributo non consente ulteriori approfondimenti su di un tema così vasto. Nella consapevolezza di tale limite, sulla crisi del '29 si rinvia *ex multis* ai rilievi di F. CAFFÈ, *Gli economisti e le crisi. Comunicazione svolta in occasione dell'incontro di studio su «industria, banche e accumulazione in Italia durante la grande depressione 1929-1935»*, tenutosi a Cà Foscari, 15-16 aprile 1977, in *Studium*, 4/1977, p. 467 e ss.; G. TONIOLO (a cura di), *Industria e banca nella grande crisi 1929-1934*, Milano, Etas Libri, 1978, nonché, da ultimo; G. BASINI, *La legislazione monetaria italiana nelle crisi tra le due guerre (1926-1936)*, in *Historia et Ius*, 10/2016.

dell'allora Istituto di liquidazioni¹⁸, già noto per i salvataggi pubblici del Banco di Santo Spirito e della Banca Nazionale dell'Agricoltura.

Sotto l'egida del dirigismo economico-corporativista del regime politico di allora, infatti, la scelta istituzionale per fronteggiare la depressione del '29 ha visto l'avvento nel 1933 dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale quale ente pubblico di gestione delle partecipazioni azionarie¹⁹, ponendosi quale compimento del processo di massificazione della compresenza della mano pubblica nell'economia degli anni '30²⁰.

Per fornire la liquidità necessaria a stabilizzare il settore creditizio, oltre ad aver assorbito l'Istituto di liquidazioni, l'IRI ha acquisito dalle tre maggiori banche di «interesse nazionale», la Banca Commerciale Italiana, il Credito Italiano e il Banco di Roma le rispettive partecipazioni azionarie e i crediti verso le imprese decotte.

In parallelo rispetto al mandato istituzionale dell'IRI, si inserisce anche l'azione dell'Istituto Mobiliare Italiano²¹, specializzato nel credito per attività industriali economicamente sostenibili su lungo e medio periodo, attraverso l'emissione di obbligazioni per auto-finanziarsi, concedendo, tra l'altro, finanziamenti alle Acciaierie di Terni e all'Italgas.

¹⁸ Su impulso della Banca d'Italia, nel 1913, viene istituito il Consorzio per Sovvenzioni su Valori Industriali quale organo permanente destinato al finanziamento e risanamento delle imprese in crisi, sotto l'egida della Banca d'Italia stessa e con il supporto del Banco di Napoli, del Banco di Sicilia, del Monte dei Paschi di Siena, dell'Istituto Bancario San Paolo di Torino e di alcune casse di risparmio. L'istituto è intervenuto nella crisi della Banca Italiana di Sconto nel 1922, e la contemporanea crisi del Banco di Roma, e del Credito Italiano. Nel 1926 si trasforma nell'Istituto di liquidazione. Cfr. sul punto N. COLAJANNI, *op. cit.*; nonché AA. VV., *Storia dell'Iri* (a cura di V. CASTRONOVO), Bari, Laterza, 2012.

¹⁹ Per una ricostruzione organica del fenomeno degli enti pubblici di gestione delle partecipazioni statali si rinvia all'elaborazione scientifica di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991.

²⁰ Sotto l'imperio della Carta del Lavoro del 21 aprile 1927, infatti, è stato definitivamente accolto dal regime il modello economico funzionalista che qualifica l'iniziativa economica privata quale «strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione», specificando che l'organizzazione privata della produzione è una «funzione di interesse nazionale» e che l'organizzazione dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Di rilievo è comunque la disposizione che condiziona l'intervento statale nella produzione economica «soltanto» quando manchi, o sia insufficiente, l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato.

²¹ Istituzionalizzato il 13 novembre 1931 come ente di diritto pubblico alternativo alle grandi «banche miste» che raccoglievano il risparmio privato a breve termine e lo utilizzavano per finanziare attività industriali su lungo e medio periodo. Nel secondo dopoguerra, fu chiamato a gestire le risorse destinate alla ricostruzione tramite il Piano Marshall. Cfr. sul punto G. LOMBARDO - V. ZAMAGNI (a cura di), *L'istituto mobiliare italiano 1931-1998*, Bologna, Il Mulino, 2009.

Ad ogni modo, la vera svolta «ordinamentale»²² è rappresentata dall'approvazione con il d.l. 12 marzo 1936 n. 375 della seconda legge bancaria sulla «difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia»²³.

Già dal preambolo della legge, infatti, si percepisce l'impronta marcata-mente istituzionalista, laddove sono considerate «funzioni di interesse pubblico» la raccolta di risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito, esercitate da Istituti di credito di diritto pubblico, da Banche di interesse nazionale, da Casse di risparmio e da Istituti, Banche, Enti ed Imprese private a tale fine espressamente autorizzati²⁴.

Come noto, la riforma del sistema bancario del 1936 ha visto tre direttrici prioritarie di intervento.

In primo luogo, l'istituzione di un unico organismo di vigilanza²⁵, nelle mani del neonato Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito²⁶, e la centralizzazione della politica monetaria nelle mani della Banca d'Italia, qualificata espressamente come «Istituto di diritto pubblico»²⁷. In se-

²² Sull'ordinamento bancario come ordinamento «sezionale» derivato da quello generale, ma autonomo e produttivo di effetti giuridici interni, si veda l'elaborazione scientifica di M. S. GIANNINI, *op. cit.* nonché, per una rilettura attuale, S. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari di una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. economia.*, 1995, 2, e ID, *È ancora il credito un ordinamento sezionale?*, in *L'ordinamento amministrativo del credito*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1995.

²³ Osserva sul punto G. SANGIORGIO, (*voce*) *Credito (ordinamento amministrativo del)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1989, p. 407 e ss. che «In effetti l'esperienza effettuata sulla base della legislazione del 1926 aveva dimostrato: l'insufficienza di una disciplina limitata alla tutela del risparmio, l'esigenza che la normativa si dirigesse alla globalità degli enti creditizi a breve, medio e lungo termine, i pericoli insiti nel sistema della banca mista e delle banche di affari, la necessità che si operasse una netta separazione tra sistema bancario e attività industriale».

²⁴ Sul punto, per ulteriori approfondimenti, si rinvia a S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, p. 996 ss. A livello comparato, si veda l'elaborazione scientifica relativa al sistema spagnolo di J. A. UREÑA SALCEDO, *La influencia pública en las Cajas de Ahorro*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

²⁵ Ai sensi dell'art. 2, infatti, è soggetta ad autorizzazione dell'Ispettorato ogni emissione di azioni, di obbligazioni, di buoni di cassa, di valori mobiliari di ogni natura, quando sia da realizzare a mezzo delle aziende soggette al controllo dell'Ispettorato o i relativi titoli si vogliano immettere al mercato dei valori mobiliari nelle borse del regno.

²⁶ Sulle relative funzioni, regolate dall'art. 35 della legge bancaria, cfr. più diffusamente *infra*.

²⁷ La natura giuridica pubblica della Banca d'Italia, mai messa in discussione dalla dottrina, ha trovato una conferma giurisprudenziale anche all'indomani della privatizzazione degli istituti bancari di diritto pubblico. Le Sezioni Unite, infatti, intervenute in sede di regolamento di giurisdizione per le controversie relative al rapporto di lavoro tra Banca d'Italia e suoi dipendenti, (SS.UU. 1 ottobre 2003, n. 14667), hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo rilevando che «nonostante che a seguito della legge n. 218 del 1990 gli istituti di credito di diritto pubblico siano stati trasformati in società per azioni (e cioè in imprese private per le quali non è configurabile un rapporto di pubblico impiego) la Banca d'Italia - come si è evidenziato in dottrina - è tuttora qualificabile come ente pubblico in ragione delle funzioni di vigilanza in materia di risparmio e di esercizio della funzione creditizia e valutaria». Anche una successiva pronuncia, relativa al «confine istituzionale» tra la BCE e la

condo luogo, la separazione delle attività creditizie e la «specializzazione operativo-temporale» dei diversi istituti di credito; infine, la necessaria separazione tra organismi dell'apparato industriale e commerciale rispetto a quelli dell'apparato bancario, con l'espresso divieto per i secondi di detenere partecipazioni nei primi.

All'indomani della legge bancaria del '36, pertanto, l'intero assetto del sistema creditizio è segnato da una netta separazione fra apparato industriale e istituti di credito, fra credito di breve termine e credito di lungo termine, nonché dalla istituzionalizzazione delle banche di interesse nazionale e degli istituti di credito di diritto pubblico²⁸.

Infatti, sulla falsariga della coeva esperienza statunitense²⁹, questa separazione istituzionale ha visto, da un lato, le banche di credito ordinario erogatrici solamente a breve termine, e dall'altro gli istituti di credito a medio e lungo termine specializzati nel credito per investimenti sul lungo periodo.

Per espressa previsione normativa, inoltre, l'art. 25 della legge bancaria ha «confermato» Istituti di credito di diritto pubblico il Banco di Napoli, il

Banca d'Italia, (Cass. Civ., sez. un., 21 luglio 2006, n. 16751), ha chiaramente affermato che quest'ultima non sarebbe una società per azioni di diritto privato, bensì «*un istituto di diritto pubblico, secondo l'espressa indicazione del R.D. 12 marzo 1936, n. 375, art. 20 (di recente ribadita anche dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 19, comma 2), fornito pertanto di autonoma personalità giuridica*». Ad analoghe conclusioni è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa, (cfr. da ultimo T.A.R. Napoli, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2462), secondo la quale la Banca d'Italia «*è qualificata dall'art. 20 del R.D.L. 12.3.1936, n. 375 quale Istituto di diritto pubblico ed esplica, fra le altre, funzioni di natura pubblica quali la vigilanza del sistema bancario, la vigilanza sul sistema dei pagamenti e le funzioni di banca centrale, che la rendono assimilabile ad un ente pubblico non economico*». La conferma sulla natura giuridica pubblica, è rinvenibile anche nel nuovo statuto approvato con delibera dell'Assemblea straordinaria dei partecipanti al capitale del 26 novembre 2015, e con D.P.R. 15 febbraio 2016, che all'art. 1 dispone che la Banca d'Italia è «istituto di diritto pubblico». Sulla dottrina, si vedano le posizioni marcatamente «statalistiche» di M. S. GIANNINI, *Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1949, II, p. 357 ss.; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 178; G. FERRI, *Banca d'Italia*, in *Enc. Dir.*, Vol. V, Milano, 1957 p. 7, nonché di M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, cit.

²⁸ Sull'evoluzione della legislazione bancaria fino alla riforma del 1936, cfr. G. RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, Bancaria, 1975.

²⁹ Negli Stati Uniti è stato il *Glass-Steagall Act* del 1933 a imporre la divisione fra le *commercial banks*, che raccoglievano i depositi da investire unicamente in titoli di stato, e le *investment banks* con libertà di azione sulle operazioni su titoli e partecipazioni societarie, cui era preclusa la raccolta dei depositi. Tra le prime, risultava la storica banca d'affari JP Morgan, mentre tra le più importanti *investment banks* figuravano Morgan Stanley, First Boston, Salomon Brothers, Goldman Sachs, Merrill Lynch e la Lehman Brothers. Lo stesso modello è stato poi ripreso nel secondo dopoguerra dalla Repubblica Federale Tedesca, che ha fatto ricorso agli istituti di credito di lungo termine per sostenere la ricostruzione industriale attraverso il *Kreditanstalt für Wiederaufbau* del 1948, la *Industriekreditbank* del 1949 e l'*Ausfuhrkredit* del 1952.

Banco di Sicilia, la Banca Nazionale del Lavoro e l'Istituto di San Paolo in Torino; ha «dichiarato» Istituto di credito di diritto pubblico il Monte dei Paschi di Siena³⁰, e ha «riconosciuto» quali banche di interesse nazionale la Banca Commerciale Italiana, il Banco di Roma e il Credito Italiano.

In questo frangente, la rilevanza pubblicistica per entrambe le figure è desumibile dalle previsioni dell'art. 27 della legge, che per i rispettivi statuti prevedeva l'espressa approvazione con decreto del Capo del Governo. Inoltre, nel caso di cambiamenti degli statuti delle Banche di interesse nazionale, deliberati dalle relative assemblee, il Tribunale non avrebbe potuto ordinare la trascrizione e la pubblicazione dei relativi atti, ai sensi dell'art. 96 del codice di commercio, se i cambiamenti stessi non fossero stati approvati con decreto del Capo del Governo.

Fuori dal perimetro pubblico rimangono le Casse di risparmio e i monti di pietà, esclusi dalla categoria di istituti di diritto pubblico, e regolati da una autonoma disciplina fino all'emanazione del Testo unico bancario del 1993³¹.

Inoltre, contro possibili «azzardi morali» degli amministratori di banche e istituti di credito, la legge bancaria del '36 ha previsto a loro carico forti disincentivi e misure sanzionatorie³², i proventi delle quali sarebbero stati utilizzati

³⁰ Cui è stato aggiunto il Banco di Sardegna, creato dalla legge 11 aprile 1953, n. 298.

³¹ In dettaglio: il r.d. 25.4.1929 n. 967 recante il testo unico delle leggi sulle Casse di Risparmio e sui Monti di Pietà di prima categoria e il regolamento approvato con r.d. 5.2.1931 n.525 entrambi abrogati dal Testo unico bancario di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385. Sul punto, cfr. più diffusamente *infra*.

³² Secondo l'art. 39 della legge, infatti, l'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito aveva la facoltà di stabilire per gli amministratori delegati, gerenti, direttori generali, direttori centrali, capi servizio e per i direttori delle filiali, l'obbligo di costituire una cauzione speciale vincolata presso l'Istituto di emissione, nella misura che sarà determinata, per i singoli casi o in base a criteri generali, dallo stesso Ispettorato. Tale cauzione può costituirsi dagli interessati in azioni o carature dell'ente o istituto a cui gli obbligati appartengono, o in titoli di Stato o garantiti dallo Stato o in cartelle fondiari o titoli assimilati. La cauzione non può svincolarsi prima di un anno dalla data della cessazione delle funzioni in relazione alle quali è stata costituita. L'Ispettorato aveva altresì facoltà di disporre che la cauzione così stabilita fosse aumentata con una trattenuta non maggiore del 3 per cento degli emolumenti comunque corrisposti ai dirigenti, durante l'esercizio delle loro funzioni. La somma risultante da tale trattenuta sarebbe dovuta essere semestralmente investita in titoli di Stato o garantiti dallo Stato, da depositare presso l'Istituto di emissione con uno specifico vincolo di destinazione. Infatti, i depositi cauzionali così costituiti avrebbero potuto essere utilizzati per la copertura delle perdite dipendenti da operazioni effettuate dai dirigenti eccedendo dai limiti delle facoltà loro consentite dalle disposizioni interne, di statuto o dell'Ispettorato, o contro le disposizioni stesse, salvo ogni altro diritto a risarcimento e salva l'applicazione delle sanzioni previste dalla stessa legge. L'azienda di credito, la quale abbia subito perdite dipendenti da operazioni effettuate da un dirigente eccedendo i limiti delle facoltà a lui consentite poteva infatti chiedere, con un ricorso al presidente del Tribunale del luogo dove trovava la sede o la filiale, a cui il dipendente

per la copertura delle perdite derivanti da operazioni effettuate eccedendo dai limiti delle facoltà consentite dalle disposizioni interne, di statuto o dell'Ispettorato. L'ordinamento amministrativo del credito di quegli anni, pertanto, vede una massiva presenza statale in tutti i settori del mercato, e l'impersonificazione pubblica dei maggiori attori presenti sulla scena tanto sul versante regolatorio (Ministero del Tesoro, Banca d'Italia e Ispettorato), quanto su quello regolato (Banche di interesse nazionale, Istituti di credito di diritto pubblico, istituti di credito partecipati dallo Stato).

3. Lo «schema Sindona» nella (in)stabilità istituzionale del secondo dopoguerra.

All'indomani del secondo conflitto mondiale, il governo del settore bancario italiano era ancora tripartito, non senza diverse incertezze e «attriti istituzionali»³³, tra il Ministero del Tesoro, la Banca d'Italia, e il neo Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, istituito dal d.l.C.p.S. n. 691 del 1947 in sostituzione, avendone assorbito le relative funzioni³⁴, del

è addetto, che sia autorizzato lo svincolo della cauzione a suo favore fino a concorrenza dell'ammontare delle perdite anzidette.

³³ Anche se nella stagione repubblicana sono stati meglio precisati i rapporti tra il Ministero Tesoro e la Banca d'Italia, attraverso un rafforzamento della posizione di autonomia di quest'ultima con l'espresso divieto di effettuare «anticipazioni straordinarie» al Tesoro e con l'imposizione di un limite allo sbilancio mensile del conto corrente di Tesoreria (previsto dal d.l. 7 maggio 1948, n. 544), la formale indipendenza della Banca dal governo è stata sancita solo nel 1981, al verificarsi del c.d. «divorzio» tra Tesoro e Banca d'Italia nel momento in cui quest'ultima non fu più tenuta ad acquistare tutti i titoli di stato rimasti invenduti, ponendo fine al decennale fenomeno della c.d. «monetizzazione del debito pubblico». Sulle alterne vicende dei rapporti tra autorità monetaria e autorità politica, si rinvia *ex multis* a D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla «neutralizzazione» dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2016, p. 189 e ss., nonché P. DE VECCHIS, (voce) *Banca d'Italia*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, Vol. II, p. 151 ss.

³⁴ Le funzioni dell'Ispettorato sono quindi state assegnate alla Banca d'Italia dall'art. 2, d.lgs. C.P.S. 17 luglio 1947, n. 691 con il quale è stato istituito un Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, avente la funzione di esercitare «l'alta vigilanza in materia di tutela del risparmio, in materia di esercizio della funzione creditizia e in materia valutaria». Nello specifico, al CICR, secondo l'art. 35 della legge bancaria, è demandata la facoltà, nei confronti delle aziende sottoposte alla sua vigilanza: a) di ordinare la convocazione delle assemblee dei soci e degli enti partecipanti, nonché dei consigli di amministrazione e di altri organi amministrativi, per sottoporre all'esame i provvedimenti ritenuti utili alle aziende e di provvedere direttamente a tali convocazioni quando gli organi competenti non vi abbiano ottemperato; b) di ordinare l'esperimento delle procedure esecutive contro i debitori per i quali, a giudizio dell'Ispettorato, l'azienda di credito sia incorsa in eccessivi ritardi; c) di fissare modalità per l'eliminazione, la riduzione o, comunque, la sistemazione di immobilizzi riscontrati nella situazione delle aziende

soppresso Ispettorato del '36³⁵.

Sulla scia del dirigismo economico del previgente regime, infatti, la rilevanza pubblicistica del risparmio assurge addirittura a valore costituzionalmente tutelato e «incoraggiato» dall'art. 47³⁶ della Carta costituzionale, permanendo, anche nella stagione repubblicana, delle forti ingerenze pubblicistiche nell'intero settore, complice anche uno scarso interesse delle neonate istituzioni comunitarie alle attività delle imprese bancarie³⁷.

In questo contesto istituzionale, dove anche il settore del credito è stato caratterizzato dagli indirizzi della politica di programmazione economica gene-

predette. L'Ispettorato ha inoltre facoltà: a) di disciplinare il rapporto fra il patrimonio sociale e gli investimenti di immobili e titoli azionari; b) di determinare i limiti massimi dei fidi concedibili e di stabilire norme e termini per le riduzioni in caso di constatate eccedenze; c) di emanare norme relative alle dichiarazioni che i richiedenti i fidi devono rilasciare sulle loro condizioni patrimoniali ed economiche perché i fidi stessi vengano concessi; d) di esprimere il proprio parere in merito al ricorso che l'azienda intenda presentare al tribunale per la convocazione dei creditori al fine di proporre un concordato preventivo. Il ricorso è dichiarato inammissibile dall'autorità giudiziaria, se non accompagnato dal suddetto parere o dalla semplice dichiarazione di questo che nulla osta alla presentazione del ricorso. Sul punto, si rinvia a M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, cit., nonché P. VITALE, *Il modello organizzativo del credito*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 1972, p. 1405 ss.; ID, *Pubblico e privato nell'ordinamento del credito*, Milano, Giuffrè, 1977. Cfr. anche F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, Giuffrè, 1978.

³⁵ L'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, è stato soppresso dall'art. 1, d.lgs.lt. 14 settembre 1944, n. 226. Le sue funzioni sono state devolute in un primo momento al Ministro del tesoro dallo stesso d.lgs.lt. 14 settembre 1944, n. 226, e successivamente alla Banca d'Italia. Osserva sul punto D. SICLARI, *La regolazione bancaria*, cit., come l'affidamento della funzione di vigilanza alla Banca d'Italia derivi anche da istanze tecnico-organizzative, perché l'esercizio della funzione su tutto il territorio nazionale è possibile solo mediante l'utilizzo della rete capillare di filiali dell'istituto di emissione, presenti in ogni provincia. Per ragioni organizzative, pertanto, non si potrebbe concepire una diretta dipendenza delle filiali della Banca d'Italia da un organo diverso dalla loro amministrazione centrale: pertanto nel caso che la vigilanza venisse affidata al Tesoro o ad altri organi superiori mancanti di uffici periferici, il coordinamento dell'azione esecutiva e l'emanazione dei provvedimenti relativi dovrebbero essere delegati nella più larga misura alla Banca d'Italia. In questo modo, si ravvisa un netto capovolgimento d'indirizzo, trasformandosi in un rapporto paritetico quello che era un rapporto di subordinazione al vertice dell'ordinamento bancario e rilevandosi che d'ora in poi si assisterà ad uno sviluppo del modello al fuori della originaria previsione normativa.

³⁶ Ai sensi del quale «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito». Per un commento sulle diverse interpretazioni dell'art. 47, si rinvia a F. MERUSI, *Art. 47*, in *Commentario della Costituzione*, «a cura di G. BRANCA», Bologna, Zanichelli, 1980, p. 155 e ss., nonché ID, *Rapporti economici*, ivi, p. 153 e ss.

³⁷ Solamente con l'emanazione della Direttiva 77/780/CEE, è stato riconosciuto il carattere di impresa all'attività creditizia, mentre con la sentenza della Corte Giustizia Europea 14 luglio 1981, causa 172/80, *Zuechner* è stata espressamente riconosciuta la natura imprenditoriale dell'attività bancaria, prima di allora, infatti, ai fini della qualificazione di «aiuti di Stato» delle sovvenzioni pubbliche, gli istituti di credito erano equiparati alle imprese che gestiscono servizi di «interesse economico generale». Sul punto, sia consentito un rinvio a G. BEFANI, *Non performing loan, crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato*, su *Il diritto dell'economia*, 2/2018, p. 443 ss.

rale³⁸, la tutela del risparmio e l'interesse pubblico alla stabilità del sistema bancario nel suo complesso hanno visto il ricorso a diverse forme di intervento diretto a sostegno delle imprese bancarie in difficoltà, in particolare attraverso la cessione aziendale, che consentiva essenzialmente di rilevare il valore aziendale degli sportelli bancari contingentati, e con un particolare modello di salvataggio pubblico, conosciuto come «Schema Sindona».

Nello specifico, per fronteggiare lo stato crisi della Banca Privata Italiana di Michele Sindona³⁹, il Tesoro ha emanato il D.M 27 settembre 1974, meglio conosciuto come «decreto Sindona», l'articolo unico del quale ha previsto la possibilità per la Banca d'Italia di concedere, sui buoni del Tesoro a lunga scadenza, delle anticipazioni a ventiquattro mesi con un tasso di interesse dell'1 per cento «a favore» di quelle aziende di credito che, surrogatesi ai depositanti di altre aziende in liquidazione coatta (quale era nel caso di specie la *Franklin National Bank*, controllata della Banca Privata Italiana), si fossero trovate a dover ammortizzare, perché in tutto o in parte inesigibile, la conseguente perdita nella loro esposizione⁴⁰.

Questo schema di intervento ha quindi previsto un singolare modello di salvataggio pubblico, il funzionamento del quale richiedeva la preventiva individuazione di una banca «salvatrice» disposta ad acquisire il passivo dell'istituto decotto e, per coprire la perdita derivante dall'acquisizione, veniva poi aperta un'apposita linea di credito a tasso agevolato dal Ministero del tesoro per il tramite della Banca d'Italia⁴¹. Il capitale così ottenuto doveva però essere investito in buoni del Tesoro, all'epoca ad alto rendimento, e la differenza fra il tasso agevolato del credito e il rendimento dei buoni andava a reintegrare l'attivo mancante.

In buona sostanza, lo schema Sindona del finanziamento pubblico si po-

³⁸ Cfr. *ex multis*, M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, cit. p. 93; nonché G. RUTA, *Il risparmio nel sistema della legislazione bancaria*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 48 ss.

³⁹ In stato di crisi a seguito del fallimento della controllata *Franklin National Bank*, e che è stata successivamente ammessa alla procedura di liquidazione coatta amministrativa sotto la supervisione dell'Avvocato Giorgio Ambrosoli, nominato dall'allora Governatore della Banca d'Italia Guido Carli, quale commissario liquidatore dell'istituto. Per ulteriori approfondimenti sul tema, e sulle relative vicende storico-politiche e le vicende giudiziarie connesse, si rinvia a P. PANERAI M. DE LUCA, *Il Crack. Sindona, la DC, il Vaticano e gli altri amici*, Milano, Mondadori, 1975.

⁴⁰ Sul decreto Sindona, sulla discussione se le banche possano o meno legittimamente concedere credito a imprese insolventi e sugli eventuali profili di responsabilità civile della Banca d'Italia per effetto di questi interventi a favore delle banche in crisi, si rinvia a M. PORZIO, *Note sulla responsabilità civile della Banca d'Italia come prestatore di ultima istanza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/1999, p. 205 e ss.

⁴¹ La Banca d'Italia può regolare l'ammontare del ricorso a tali anticipazioni in rapporto all'entità della perdita e all'esigenza dei piani di ammortamento.

neva come alternativa pubblica a quello che sarà il futuro fondo interbancario di tutela dei depositi, istituito solo nel 1987 e finanziato direttamente dal sistema creditizio⁴², successivamente utilizzato anche per ripagare le perdite iniziali del salvataggio del banco di Napoli⁴³.

Inoltre, parallelamente allo schema Sindona, altri salvataggi pubblici hanno fatto da paracadute alle crisi bancarie «private», esempio lampante di questa stagione è stato il prestito ponte concesso al Banco Ambrosiano guidato da Roberto Calvi da due soggetti pubblici quali la Banca Nazionale del Lavoro, allora ancora qualificata come istituto di credito di diritto pubblico, e l'ENI, allora ancora nella piena veste di ente pubblico economico controllato dal Tesoro.

All'esito di questa stagione, densa di scandali e di risvolti di vera e propria cronaca nera connessi alla scomparsa dei principali attori coinvolti, si è inserita la progressiva apertura offerta dall'art. 1 del d.p.r. 27 giugno 1985 n. 350⁴⁴, sia in termini di libertà di accesso all'attività bancaria, in forza della quale la Banca d'Italia, nel rilascio dell'autorizzazione all'esercizio del credito, non gode più di ampia discrezionalità⁴⁵, e sia dal riconoscimento del carattere d'impresa alle attività di esercizio del credito e raccolta del risparmio fra il pubblico «sotto ogni forma», indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano.

Questa progressiva apertura, che ha contribuito al definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale sulla natura pubblica dell'attività creditizia⁴⁶ ad opera delle Sezioni Unite nel 1987, ha contribuito anche a quella pro-

⁴² Costituito nel 1987 e inizialmente ad adesione volontaria, dal 2011 è un consorzio obbligatorio riconosciuto dalla Banca d'Italia come organismo deputato ad assicurare la liquidità dei depositanti, a garanzia del patrimonio minimo di vigilanza, nonché per scongiurare la chiusura degli sportelli, e la continuità operativa dell'attività di intermediazione e dei livelli occupazionali nell'interesse dell'intero sistema.

⁴³ Stabilito dal d.l. 24 settembre 1996, n. 497. Sul punto, cfr. più diffusamente *infra*.

⁴⁴ Attuazione della direttiva del Consiglio CEE n. 77/80 in materia creditizia.

⁴⁵ Sotto la vigenza della legge bancaria del 1936, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, prevista dall'art. 28, era stata interpretata dalla prassi applicativa riconoscendo agli organi di vigilanza un'ampia discrezionalità di valutazione, arrivando a configurare un vero e proprio giudizio di opportunità sulla base delle esigenze economiche del mercato. Sul punto, cfr. S. BARONCELLI, *Art. 47*, in *Commentario alla Costituzione*, «a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti», vol. I, Torino, 2006.

⁴⁶ L'orientamento assolutamente prevalente dell'epoca, infatti, può essere sintetizzato dalla massima delle Sezioni Unite penale del 10 ottobre 1981, per la quale «Ogni attività bancaria, volta alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito, quale che sia la natura del soggetto che la esplica, ha carattere di servizio pubblico, anche quando non sia direttamente strumentale ad esigenze di carattere pubblico, con la conseguenza che i privati legittimati a compierla acquistano la qualità di incaricati di pubblico servizio ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 358 C.P. e, ove si appropinquo di denaro o altre cose mobili appartenenti all'azienda o istituto di credito o a

gressiva rilettura dell'intervento pubblico nell'economia che, sotto l'influsso del pensiero liberista della scuola economica di Chicago⁴⁷, e anche in conseguenza dello scandalo di mani pulite, e dell'intervenuta soppressione referendaria del ministero delle partecipazioni statali⁴⁸, ha avviato l'era delle grandi privatizzazioni degli anni '90, aprendo anche il settore bancario alla concorrenza.

4. L'incompiuta fine dell'ordinamento sezionale nella stagione delle privatizzazioni.

Nel corso degli anni '90, l'assetto istituzionale del settore bancario ha visto, nonostante la brusca battuta d'arresto subita dallo Stato banchiere⁴⁹, una

terzi diversi dalla pubblica amministrazione, rispondono del reato di malversazione (o di peculato se l'attività sia svolta da ente pubblico)».

⁴⁷ Già dagli anni '80, in particolare, il dibattito teorico sul ruolo dell'intervento pubblico in economia ha visto la netta affermazione delle impostazioni di matrice liberista della Scuola di Chicago dei premi Nobel Friedman e Stigler. Successivamente, un primo fattore di impulso a sostegno del fenomeno della privatizzazione è di ordine prettamente economico, in quanto la necessità dei primi anni '90 di contenere il debito pubblico, ai fini del rispetto dei parametri fissati dalle istituzioni comunitarie per l'adesione all'Unione economica e monetaria, vedeva quale unica soluzione concretamente praticabile la dismissione della titolarità delle imprese pubbliche. Altro imprescindibile fattore di ordine politico è invece scaturito dalla caduta dei regimi socialisti e degli Stati satelliti dell'ex Unione Sovietica, collassata per la crisi irreversibile del socialismo reale e per la vittoria dei principi del liberismo economico. Oltre questi fattori di matrice sovranazionale, è da aggiungersi un altro prettamente interno derivante dallo scandalo dell'inchiesta di «mani pulite», che ha travolto l'intera generazione politica della prima repubblica, gettando un pesante discredito del «settore pubblico» nell'opinione pubblica italiana oltre ad una sfiducia collettiva sulla classe politica e una generale richiesta di sottrarre alla stessa la gestione delle imprese esercenti pubblici servizi, via via che queste venivano coinvolte nello scandalo. Sul punto si rinvia a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma Bari, Laterza, 2003, p. 162.

⁴⁸ In conseguenza del referendum del 18 aprile 1993 abrogativo della legge 22 dicembre 1956 n. 1589, il d.l. 23 aprile 1993, n. 118 ha soppresso il Ministero delle partecipazioni statali, trasferendo le relative competenze e funzioni al Ministero dell'industria, mentre la legge 24 dicembre 1993, n. 537 ha soppresso il Comitato Interministeriale dei Prezzi ed ha altresì conferito la delega al Governo di istituire «organismi indipendenti» per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico.

⁴⁹ Osserva sul punto G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, Commento a *Emergency Economic Stabilization Act* of 2008 3 ottobre 2008; d.l. 9 ottobre 2008, n. 155; d.l. 13 ottobre 2008, n. 157, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2008, p. 1086 come fosse emerso un primo paradosso già all'indomani della privatizzazione e della liberalizzazione. Si era infatti notato come l'apertura dei mercati, almeno in una prima fase (ma la transizione, ben presto, è apparsa più lunga del previsto), richiedesse nuove e più stringenti regole e procedure proprio per assicurare il funzionamento della concorrenza, facendo sembrare smentita l'immagine retorica di un'inevitabile «caduta» del diritto amministrativo. Sul punto, si veda nella letteratura statunitense, R. POSNER, *The Effects of Deregulation on Competition: The Experience of The United States*, in *Fordham International Law J.*, 23, 2000, p. 7 ss. e ID, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 72, 1997, p. 953 e ss. Nella letteratura italiana, S.

nuova e diversa fase di regolazione gius-pubblicistica ad opera del Comitato di Basilea, organismo rappresentativo delle principali banche centrali, istituito negli anni '70 per porre rimedio alle non poche implicazioni di rilievo internazionale registrate sui mercati all'indomani del fallimento della banca tedesca *Bankhaus Herstatt*⁵⁰.

Al fine di migliorare la collaborazione bancaria internazionale, infatti, il Comitato ha elaborato nel 1988 il primo accordo di Basilea, il c.d. Basilea 1⁵¹, contenente le iniziali linee guida in materia di requisiti patrimoniali delle banche, successivamente recepito nella Direttiva comunitaria 647/1989.

Parallelamente alla istituzionalizzazione regolamentare del patrimonio bancario, si inserisce l'emanazione della legge delega 30 luglio 1990, n. 218, c.d. Legge Amato, in materia di «*ristrutturazione ed integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico*» e l'emanazione del Testo unico bancario di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, entrambi diretti a dare maggiore competitività alle banche italiane sui nuovi mercati internazionali attraverso il definitivo superamento del previgente dirigismo amministrativo⁵².

Sul versante istituzionale, infatti, la legge-delega Amato e il successivo d.lgs. di attuazione del 20 novembre 1990, n. 356⁵³, hanno consentito agli istituti di credito di diritto pubblico di effettuare trasformazioni e fusioni societarie, per le esigenze di «razionalizzazione» del sistema creditizio, strutturandosi in società per azioni sotto il controllo di una nuova anfibologica figura istituzionale: le fondazioni bancarie⁵⁴.

CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389 ss.

⁵⁰ A causa di un mancato regolamento nelle transazioni valutarie, infatti, il fallimento dell'istituto tedesco ha causato ingenti problematiche ai vari sistemi internazionali di pagamento e regolazione. L'istituto era stato messo in liquidazione dalla Bundesbank il 26 giugno 1974, ma diverse altre banche avevano nel frattempo autorizzato operazioni di pagamento in Marchi tedeschi con la Herstatt, in cambio di dollari americani sulla piazza di New York, che però, per il differente fuso orario, non hanno potuto ricevere il controvalore in dollari perché l'attività della Herstatt era *mediotempore* cessata.

⁵¹ Per garantire solidità e fiducia nel sistema creditizio l'accordo ha previsto la prima definizione di uno standard minimo di capitale obbligatorio e uniforme a livello internazionale da detenere a scopo precauzionale pari ad almeno l'8 per cento delle attività creditizie ponderate per il rischio di credito (il c.d. Coefficiente di solvibilità).

⁵² Per un commento alla legge Amato, si rinvia *ex multis* a S. AMOROSINO «a cura di», *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge 218/90*, Milano, Giuffrè, 1991; M. C. ANDRINI, *Statuti e prassi statutarie nella disciplina delle fusioni, scissioni e trasformazioni delle società e degli enti creditizi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, p. 56 ss.; F. MERUSI, *Tre obiettivi per un cannone; la c.d. privatizzazione delle banche pubbliche in Italia*. Relazione svolta alla riunione del Comitato centrale della CICA (Confederation Internationale du Credit Agricole), Siena, 13 maggio 1991, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1991, p. 444 ss.; nonché F. CAPRIGLIONE, *La legge Amato non esaurisce la riforma dell'ordinamento creditizio*, in *Bancaria*, 1990, p. 9 ss.

⁵³ Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio.

⁵⁴ L'incerta natura delle fondazioni è stata superata con la legge delega del 23 dicembre 1998, n. 461, la c.d. Legge Ciampi, e del relativo d.lgs. di attuazione del 17 maggio 1999 n. 153;

Sul versante organizzativo-regolatorio, la progressiva aziendalizzazione degli istituti di credito, ha trovato conferma nel Testo unico bancario che ha riconosciuto il carattere d'impresa dell'attività bancaria, svolta con criteri imprenditoriali e privatistici previa autorizzazione della Banca d'Italia e l'iscrizione nell'apposito albo degli intermediari.

Non da ultimo, il testo unico ha esteso l'operatività dell'oggetto sociale delle banche ad «ogni altra attività finanziaria» connessa o strumentale, e ha abrogato l'originaria separazione tra istituti di credito a breve e a medio-lungo termine⁵⁵, con la conseguente possibilità per ciascuna banca di operare senza più vincoli o limitazioni temporali o di scopo.

Pertanto, nell'adeguare il processo di rafforzamento patrimoniale bancario, il sistema creditizio ha visto una nuova fase improntata alla sostanziale «despecializzazione» delle banche sia a livello istituzionale, sia temporale e sia operativa, potendo le nuove S.p.a. operare in ogni settore e detenere partecipazioni industriali e commerciali, oltre alla possibilità di ricorrere al mercato per l'approvvigionamento di nuovo capitale di rischio di natura azionaria o obbligazionaria.

In questo nuovo assetto, tramontata la precedente esperienza pubblicistica degli istituti di credito di diritto pubblico e delle banche di interesse nazionale, è prevalsa la nuova figura della banca mista, o «universale» diretta a raccogliere fondi e concedere finanziamenti in ogni forma, sul breve, medio e lungo termine, potendo altresì operare in tutti i mercati finanziari anche come intermediario e consulente.

Tuttavia, nonostante questa figura abbia trovato conferma anche

con la relativa definizione di «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico». La disciplina delle fondazioni bancarie ha formato oggetto di diverse pronunce della Corte costituzionale (Sentenza 16 maggio 1995 n. 163 e sentenze 24-29 settembre 2003, n. 300 e n. 301). Le conclusioni di maggiore rilievo della sentenza n. 301 riguardano: l'incostituzionalità della norma che richiede una prevalente rappresentanza degli enti territoriali nell'organo di indirizzo delle fondazioni; il riconoscimento della legittimità costituzionale della disposizione in materia di controllo congiunto delle fondazioni sulle banche solo nell'ipotesi in cui esso sia esercitato da una pluralità di fondazioni tra loro legate da appositi accordi. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a G. GRÜNER G. ROSSI, *Le fondazioni di origine bancaria tra pubblico e privato*, (nota a C. Cost., 29 settembre 2003, n. 300 ed a C. Cost., 29 settembre 2003, n. 301), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, V, p. 2606 ss.; F. BASSANINI, *Le fondazioni di origine bancaria e la CDP*, in *Fondazioni*, maggio-giugno 2011; nonché a F. MOROSINI, *Sulla natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria*. (Nota a C. Cost. 16 maggio 1995), n. 163, in *Le regioni*, 6/1995, p. 1223 ss.

⁵⁵ L'art. 2 della legge Amato, ha permesso alle banche di superare il divieto di operare contemporaneamente come imprese commerciali e di investimento e permette la partecipazione in imprese industriali e commerciali così come era stato imposto dalla riforma bancaria del decreto legge 12 marzo 1936 n. 375 e della legge 7 marzo 1938 n.141.

nell'amministrazione Clinton con l'emanazione dal *Gramm-Leach-Bliley Act* del 1999 che ha abrogato le disposizioni del *Glass-Steagall Act* del 1933 sulla separazione tra attività bancaria tradizionale e attività d'investimento e le disposizioni del *Bank Holding Company Act* del 1956 sul divieto per le banche commerciali di svolgere attività assicurativa, la sregolata despecializzazione delle attività e gli scarsi e inefficaci controlli delle autorità di vigilanza hanno segnato la crisi lenta e profonda in termini di solvibilità patrimoniale⁵⁶, fattore che ha imposto nuovamente l'intervento pubblico a cominciare proprio dall'esperienza italiana del salvataggio del Banco di Napoli.

5. Il fallimento della deregolamentazione bancaria degli anni '90: il salvataggio del Banco di Napoli.

La storia del Banco di Napoli ripercorre tutta la linea evolutiva dei rapporti Stato-banche appena delineati, perché da istituto pre-unitario di emissione di biglietti di cambio, infatti, assume la qualifica di istituto di credito di diritto pubblico dalla legge bancaria del 1936, per poi subire nel 1991, all'indomani della legge Amato, la trasformazione in S.p.A.

Tuttavia, il progressivo passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore ha comportato nel corso degli anni '90 una forte contrazione degli interventi pubblici straordinari a sostegno del Mezzogiorno⁵⁷, fattore che, unito ad una forte commistione dei vertici con i poteri politici dell'epoca⁵⁸, ha visto l'istituto partenopeo privo di un'adeguata solidità patrimoniale nel momento in cui era fortemente esposto verso creditori in sofferenza⁵⁹.

⁵⁶ Si veda F. CAPRIGLIONE, *Concentrazioni bancarie e logica di mercato*. Relazione al Seminario di studi su «Concentrazioni bancarie e tutela della concorrenza dopo l'entrata in vigore della legge sul risparmio: considerazioni teoriche e problemi applicativi», Pisa, 19 maggio 2007, in *Banca borsa e titoli di credito*, 3/2008, p. 293 ss.

⁵⁷ Significativa, al riguardo, è risultata essere la soppressione e la successiva liquidazione della Cassa del Mezzogiorno, con il D.P.R. 6 agosto 1984, sostituita successivamente negli obiettivi e nelle funzioni, dall'Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno istituita dalla legge 1 marzo 1986 n. 64 e soppressa a sua volta con la legge 19 dicembre 1992 n. 488, con l'avvento della nuova politica degli incentivi in chiave europea, lasciando al Ministero dell'economia e delle finanze il compito di coordinare e programmare l'azione di intervento pubblico nelle aree economicamente depresse del territorio nazionale. Sul punto, si rinvia *ex multis* ai rilievi di G. STELLA, *Lo Spreco*, Mondadori, 2001.

⁵⁸ Sui conflitti di interesse nella banca universale, cfr. S. CAPPIELLO, *La vigilanza sui conflitti di interesse nella banca universale e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2007, p. 40 ss.

⁵⁹ Con degli indici di solvibilità ben al di sotto della normativa sulla vigilanza prudenziale di Basilea I che prevede un rapporto tra attivo fruttifero e patrimonio netto che non deve scendere al di sotto dell'8%. Tra le diverse cause per delle perdite così rilevanti la commissione europea ha rilevato la delicata posizione del banco, per lungo tempo principale referente degli enti locali, che ha intrapreso una politica commerciale particolarmente espansiva all'inizio degli anni

L'inevitabile crisi di liquidità che ne è scaturita ha visto l'intervento diretto del Legislatore che, con il decreto legge 24 settembre 1996 n. 497, c.d. Decreto Dini, ha provveduto alla ricapitalizzazione pubblica del Banco di Napoli per 2.000 miliardi di lire, anche se l'intervento preventivo della Commissione europea ha provveduto a correggere il tiro del rispolverato schema Sindona⁶⁰.

Per scongiurare l'ipotesi di un aiuto di Stato, infatti, le passività del Banco di Napoli, sono state cedute ad una apposita *bad bank* pubblica, la Società per la Gestione di Attività, utilizzata nell'ambito dell'operazione di salvataggio e risanamento grazie ad un prestito erogato dallo stesso Banco di Napoli a sua volta finanziato dalla Banca d'Italia nell'alveo dello schema Sindona, mentre la restante *good bank* è stata successivamente rilevata dal gruppo Sanpaolo IMI, seguendone le sorti fino alla successiva fusione con Banca Intesa.

La vicenda del Banco di Napoli appare sintomatica del fallimento regolamentare del comparto bancario dell'epoca. Infatti, nel corso degli anni '90, la cornice regolamentare posta da Basilea I si è rivelata insufficiente a contenere i rischi di una imprudente gestione del credito concesso dalle banche alle imprese, perché troppo incentrato su una concezione semplificata dell'attività bancaria in costante evoluzione⁶¹.

'90, caratterizzata da una crescita particolarmente forte della rete di sportelli e dei crediti verso i grandi gruppi industriali nel settentrione e verso le piccole e medie imprese nel meridione, quando l'economia era già entrata nella sua fase recessiva. Le difficoltà dei debitori, unitamente a processi di selezione del credito inadeguati e ad insufficienti procedure di controllo dei rischi, hanno determinato l'emergere di rilevanti perdite sui crediti. La natura pubblica dell'istituzione ha ritardato l'adeguamento al crescente contesto concorrenziale e l'adozione dei necessari provvedimenti indirizzati allo sviluppo dell'efficienza tecnica e organizzativa. Gli oneri del personale sono rimasti attestati su livelli particolarmente elevati, superiori alla media nazionale. La politica di assunzione e gestione delle partecipazioni è stata disordinata, non improntata a criteri di redditività e priva del necessario controllo, da parte del vertice del gruppo, sui rischi assunti dalle partecipate. Il sistema globale di controllo della gestione del gruppo, costituito dalle regole e dalle istituzioni pertinenti al finanziamento e al controllo di un'impresa si è rivelato inadeguato. Cfr. sul punto M. VALIGNANI, *Crisi e risanamento del Banco di Napoli nella legislazione italiana e nelle decisioni comunitarie*. Relazione alla giornata di studio promosso dalla Università degli studi di Napoli «Federico II», Facoltà di Economia, Dipartimento di Diritto dell'economia, Napoli, 26 giugno 2000, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 4/2000, p. 661 ss.; F. DI SABATO, *Il "salvataggio" del Banco di Napoli*. Nota a Trib. Napoli 25 febbraio 1998, in *Banca borsa e titoli di credito*, 5/1998, p. 569 e ss, nonché la DECISIONE DELLA COMMISSIONE del 29 luglio 1998, recante approvazione condizionata dell'aiuto concesso dall'Italia al Banco di Napoli [notificata con il numero C(1998) 2495], in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 4.5.1999, L 116/36 IT.

⁶⁰ Tale operazione, infatti, è stata sottoposta al vaglio della Commissione europea la quale, con la decisione del 29 luglio 1998 ha approvato, con alcune condizioni, l'aiuto concesso dall'Italia al Banco di Napoli. Per un commento sul Decreto Dini, si veda P. MARCHETTI, *La legge speciale sul Banco di Napoli*, in *Rivista delle società*, 5-6/1996, p. 1334 ss.

⁶¹ Tra i limiti di Basilea I, infatti, rientrano alcuni fattori contabili e regolamentari. In primo luogo, in caso di patrimonializzazione insufficiente, avrebbero dovuto ridursi i prestiti alla clientela ovvero impiegarli in operazioni meno rischiose; in secondo luogo, non vi sarebbe differenziazione delle misure di rischio per la stessa tipologia di prestiti; in terzo luogo, non era

Ma nonostante l'iniziale perdita, l'intervento pubblico della SGA ha avuto ottimi risultati di gestione e di recupero⁶², facendo dell'ente un valido referente istituzionale per il sostegno del sistema bancario in combinato disposto con l'avvenuto «disgelo normativo»⁶³ della Cassa depositi e prestiti. Questi due soggetti, nelle more della progressiva realizzazione dell'Unione Monetaria Europea e della delega di funzioni alla neonata Banca Centrale Europea da parte della Banca d'Italia⁶⁴, hanno rappresentato un volano anticiclico di investimento, operando in un contesto istituzionale di alto rischio per gli intermediari finanziari, e che, complice il clamore suscitato dai *crack* Cirio e Parmalat⁶⁵, ha visto l'esigenza di intervenire nuovamente a tutela del risparmio e della corretta informazione sui mercati bancari e finanziari⁶⁶.

In parallelo all'emanazione della direttiva MiFID 2004/39/CE, infatti, in seno al Comitato di Basilea del 2004, è stato elaborato il secondo accordo, il

considerata la diversificazione del portafoglio dell'istituto quale elemento di riduzione del rischio complessivo. *Ex multis*, cfr. D. SICLARI, *La regolazione bancaria*, cit.

⁶² Dati alla mano, è opportuno rilevare come la SGA abbia provveduto a rientrare di circa il 94 per cento delle esposizioni che appena 6 anni prima avevano decretato la fine di uno dei più antichi e prestigiosi istituti di credito italiani (e accollandosi nei primi anni un totale di 6.576 miliardi di lire di perdite). Cfr. sul punto, l'analisi di L. ZINGALES, *Quel «tesoretto» della bad bank del Banco di Napoli*, pubblicata sul *Sole 24 Ore* del 20 agosto 2016.

⁶³ Espressione di M. CARDI, *Cassa depositi e prestiti e Bancoposta. Identità giuridiche in evoluzione*, Bari, Cacucci, 2012, p. 18. Sul punto, cfr. più diffusamente *infra*.

⁶⁴ La BCE, infatti, è stata istituita il 1° giugno 1998 in forza del Trattato sull'Unione Europea, succedendo all'Istituto monetario europeo, in vista dell'introduzione dell'euro il 1° gennaio 1999, quando tutte le funzioni di politica monetaria e del tasso di cambio sono state trasferite delle allora undici banche centrali nazionali degli Stati membri. Assieme alle banche centrali nazionali di tutti gli attuali 28 Stati membri (*brex*it esclusa al momento) la BCE è parte integrante del Sistema europeo delle banche centrali, cui sono demandate dall'art. 105, paragrafo 1, del Trattato la sostenibilità delle politiche economiche generali nella Comunità agendo in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Nella necessaria economia del presente contributo, per un'analisi sulle funzioni della BCE e relativi rapporti problematici con gli altri ordinamenti nazionali e istituzioni europee si rinvia *ex multis* a C. BUZZACHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, p. 67 ss.; S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca Centrale Europea e l'Autorità Bancaria Europea*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 4/2015, p. 1221 ss.; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in AA.VV., *Dal TUB all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75/2014, nonché sul coordinamento amministrativo e i tratti distintivi dell'edificio Europeo, M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/2016, p. 367 ss.

⁶⁵ Sul punto, si rinvia *ex multis* a R. RORDORF, *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Questione giustizia*, 4/2004, p. 567 ss.; F. FIMMANÒ, *I gap di informazione e controllo nei crack Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Le Società*, 4/2004, p. 401 ss. nonché M. FERRARI, *Risparmio sotto tutela - Tra gestione e controllo, dopo i casi Cirio e Parmalat*, Bologna, Il Mulino, 2004.

⁶⁶ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Diritto comunitario e tutela del risparmio*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 6/2004, p. 664, M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello «spazio regolatorio»: l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto pubblico*, 3/2004, p. 1035 e ss.

c.d. Basilea 2, diretto a garantire una maggiore stabilità patrimoniale del sistema bancario attraverso il divieto di assunzione di rischi eccessivi e l'imposizione di limiti all'esposizione debitoria nei confronti della banca attraverso l'accantonamento di capitale proporzionate al rischio assunto, valutato attraverso lo strumento del *rating*⁶⁷, sistema destinato anch'esso all'impermanenza istituzionale ed entrato irrimediabilmente in crisi all'indomani della bolla *sub-prime* del 2008⁶⁸.

6. La bolla sub-prime del 2008 e il ritorno della mano pubblica «salva risparmio».

Come è noto, l'eccessiva speculazione finanziaria connessa alla miope erogazione di prestiti bancari ad alto rischio finanziario verso una clientela priva di idonee garanzie, e a forte rischio debitorio, ha portato alla deflagrazione della bolla dei mutui *sub-prime*⁶⁹, culminata nel settembre 2008 con il fallimento della banca d'affari *Lehman Brothers*, erroneamente ritenuta dai maggiori analisti *too big to fail*⁷⁰.

Il disastroso impatto del fallimento ha visto il Congresso americano ricorrere all'emanazione d'urgenza dell'*Emergency Economic Stabilization Act* il suc-

⁶⁷ Basilea 2 è stato prima trasfuso nelle direttive 2006/48/Ce, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, e 2006/49/Ce, sull'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, e successivamente recepito dal d.l. 27 dicembre 2006, n. 297, delineando un sistema «prudenziale» basato sui tre pilastri, Requisiti patrimoniali; Controllo delle Autorità di vigilanza; Disciplina di mercato e Trasparenza. Sul punto, si rinvia a B. LUPPI M. MARZO A. SCORCU, *Basilea II e il rischio di insolvenza: un'analisi empirica*, in *Banca impresa società*, 2/2009, p. 299 ss.; C. COSTA, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1/2008, p. 98 ss.

⁶⁸ Cfr. sul punto R. G. AVESANI, *La crisi finanziaria è un test per Basilea II?* in *Economia e Politica Industriale*, 4/2009, p. 23.

⁶⁹ L'economia di questo contributo non consente un'approfondita trattazione sulle origini, sulle cause e sugli effetti della crisi dei mutui *sub-prime*. Per una descrizione delle diverse cause si rinvia *ex multis* ai rilievi di J. E. STIGLITZ, *Macroeconomics, Monetary Policy and the Crisis*, in O. BLANCHARD – D. ROMER, M. SOENCE AND L. E. STIGLITZ (edited), *In the Wake of the Crisis*, Cambridge, MIT Press, 2013; K. ROGOFF P. REINHART M. CARMEN, *Financial and Sovereign Debt Crises: Some Lessons Learned and Those Forgotten*, in S. CLAESSENS, M.A. KOSE, L. LAEVEN, AND F. VALENCIA (edited) *Financial Crises: Causes, Consequences, and Policy Responses*. Presented September 14, 2012, at IMF conference on financial crises, Washington, DC, 2014. Per la dottrina italiana, si vedano i contributi di N. SALANITRO, *Capitalizzazione e crisi economica*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2010, p. 125 ss.; M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca, impresa e società*, 1/2009, p. 5 ss., nonché G. TREMONTI, *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Milano, Mondadori, 2008.

⁷⁰ Sebbene fino a pochi giorni prima del fallimento era ancora valutata dalle agenzie di rating con tripla A, il 15 settembre 2008 la società ha annunciato l'intenzione di avvalersi del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense.

cessivo 3 ottobre, predisponendo un pacchetto di misure che iniettassero fiducia e liquidità nel sistema finanziario in stato di *shock*⁷¹.

Il clima emergenziale registrato a seguito del crollo dei mercati finanziari all'indomani del fallimento della *Lehman Brothers*⁷² ha visto impegnato anche il governo italiano che, sulla falsariga di analoghe iniziative europee⁷³, ha emanato due decreti legge «salva-risparmio» nel tentativo di rafforzare la capitalizzazione e la liquidità degli istituti di credito nazionali.

Con il d. l. 9 ottobre 2008, n. 155, e con il successivo d. l. 13 ottobre, n. 157, infatti, l'azione del governo italiano ha avuto tre direttrici prioritarie di intervento, volte a ripristinare la liquidità necessaria a una corretta erogazione del credito all'economia reale; a garantire la stabilità del sistema finanziario contro *shock* sistemici e a ripristinare la fiducia dei risparmiatori evitando il fenomeno della «corsa agli sportelli» attraverso la garanzia statale sulle passività bancarie.

⁷¹ Con l'emanazione del provvedimento, il Congresso americano ha posto fine alla lunga stagione di fiducia nella capacità di autoregolazione del mercato inaugurata dall'Amministrazione Clinton con il *Gramm-Leach-Bliley Act* (sul punto, cfr. *supra*). In particolare, il Congresso ha stanziato oltre 700 miliardi di dollari per rimediare alla crisi di liquidità degli intermediari finanziari, autorizzando il Segretario al tesoro ad adottare il *Troubled Asset Relief Program* al fine di acquistare oppure di assumere impegni all'acquisto di strumenti finanziari «problematici», emessi prima del 14 marzo 2008, creando al contempo una complessa infrastruttura politico-istituzionale diretta a garantire la legittimazione e l'*accountability* dello Stato «salvatore». Per una descrizione dell'iter legislativo e dei contrasti politici relativi all'emanazione dell'*Emergency Economic Stabilization Act*, e sull'elaborazione scientifica relativa allo Stato salvatore, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, Commento a Emergency Economic Stabilization Act of 2008 3 ottobre 2008; d.l. 9 ottobre 2008, n. 155; d.l. 13 ottobre 2008, n. 157, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2008, p. 1083 ss.

⁷² Il giorno del dichiarato fallimento della *Lehman Brother*, l'indice Dow Jones ha chiuso in ribasso di 500 punti, realizzando la più grande caduta da quella che era seguita agli attacchi terroristici al World Trade Centre dell'11 settembre 2001, considerato metaforicamente dagli economisti come il crollo della terza torre gemella di New York. Sul punto cfr. *ex multis* P. SAVONA, P. REGOLA, *Il ritorno dello Stato padrone – I Fondi sovrani e il Grande negoziato globale*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, p. 23.

⁷³ Oltre all'esperienza americana dell'*Economic Stabilization Act*, è opportuno segnalare l'esperienza britannica *Banking (Special Provisions) Act* del 2008 che ha consentito la nazionalizzazione della Northern Rock e della Bradford & Bingley; l'esperienza francese della loi n°2008-1061 du 16 ottobre 2008 *de finances rectificative pour le financement de l'économie publiée* che ha consentito la garanzia statale sui depositi del gruppo bancario *Dexia*, in parte ricapitalizzata dalla mano pubblica della *Caisse des Dépôts et Consignations*; l'esperienza tedesca della *Finanzmarktstabilisierungsgesetz* approvata il 17 ottobre 2008, che ha istituito il *Finanzmarktstabilisierungsfonds*, uno speciale Fondo per la stabilizzazione del mercato finanziario gestito dalla *Bundesbank*, nonché la triplice esperienza spagnola del Real Decreto-Ley, 10 ottobre 2008, n. 6, istitutivo del «Fondo para la Adquisición de Activos Financieros», del Decreto-ley 13 ottobre 2008, n. 7, recante «Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro» e del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio istitutivo del c.d. FROB, il *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria*. Sul punto, senza pretesa di esaustività, si rinvia a P. TULLIO, *La legislazione bancaria in tempo di crisi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2/2014, p. 218; nonché E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2009, p. 305

In quest'ottica, il Ministero dell'economia è stato «autorizzato», anche in deroga alle norme di contabilità di Stato, a sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati da banche italiane che presentino una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia⁷⁴.

Nell'intenzione di garantire una maggiore sicurezza e stabilità della patrimonializzazione del sistema bancario, il successivo d.l. 29 novembre 2008, n. 185, ha quindi conferito al MEF la possibilità di sottoscrivere delle obbligazioni «speciali»⁷⁵ emesse da banche italiane, i c.d. *Tremonti bond*, volti a ristabilire l'adeguatezza della continuità dei flussi di finanziamento all'economia reale⁷⁶.

In tale difficile contesto, si inserisce sul versante istituzionale la creazione di un Comitato europeo per il rischio sistemico per il monitoraggio della stabilità finanziaria, approvato dal Consiglio dell'Unione europea del 18 e 19 luglio 2009 contestualmente all'istituzione dell'Autorità Bancaria Europea nell'ambito del nuovo Sistema europeo di vigilanza finanziaria.

Tra le soluzioni adottate sul campo, il «ritorno» dello Stato sui mercati ha assunto dei contorni differenti rispetto a quanto avvenuto all'indomani della crisi del '29.

Infatti, l'apparente ri-pubblicizzazione del settore bancario ha avuto una matrice tendenzialmente comune, perché per scongiurare l'ipotesi di aiuti di Stato, tutti gli interventi pubblici di salvataggio sono stati preventivamente

⁷⁴ In termini concreti, il sostegno alla capacità patrimoniale è stato realizzato tramite attribuzione al Mef della possibilità di concedere la garanzia dello Stato, a condizioni di mercato, sulle passività bancarie, con scadenza fino a cinque anni ed emissione successiva al 13 ottobre 2008, nonché di effettuare operazioni temporanee di *swap* tra titoli di Stato e strumenti finanziari detenuti dalle banche italiane, ovvero loro passività. Sul punto, si rinvia per ulteriori approfondimenti a A. DOLMETTA, *Pacchetti legislativi per il salvataggio delle banche Commento a d.l. 9 ottobre 2008, n. 155; d.l. 13 ottobre 2008, n. 157; d.l. 29 novembre 2008, n. 185*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 3/2009, p. 339 ss., nonché a G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore*, cit.

⁷⁵ In quanto obbligazioni bancarie perpetue, subordinate e ibride, volte a migliorare la capitalizzazione *Tier 1* degli istituti emittenti. Sul punto, si rinvia a N. ABRIANI, *Strumenti finanziari «ibridi» e «azioni cangianti» nella disciplina anticrisi: prime considerazioni sui «Tremonti bond»*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2/2009, p. 417 ss.

⁷⁶ L'emissione dei Tremonti bond è stata infatti subordinata sia alla necessaria una valutazione da parte della Banca d'Italia circa le condizioni economiche dell'operazione, e sia a delle apposite clausole «sociali» di vincolo di destinazione dei proventi, da impiegare per mantenere il credito alle piccole e medie imprese; per sospendere la riscossione delle rate dei mutui per quei soggetti in cassa integrazione o disoccupati; per anticipare alle imprese la liquidità necessaria per pagare la cassa integrazione, nonché introducendo dei limiti alle remunerazioni dei vertici aziendali e degli operatori di mercato. Le modalità, i criteri e le condizioni relative alle procedure per la richiesta dei Tremonti Bond sono contenuti nel successivo Decreto Ministeriale 25 febbraio 2009 per un commento del quale si rinvia a M. RISPOLI FARINA, *Note a margine dei «Tremonti bond» Commento a d. min. Economia e finanze 25 febbraio 2009*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 6/2009, p. 769 e ss.

concordati in sede Ecofin⁷⁷, e poi sottoposti al vaglio della Commissione europea⁷⁸.

Inoltre, la maggiore differenza di questo nuovo approccio salvifico rispetto alle precedenti esperienze dirigistiche degli anni '30, risiede nella scelta di limitare l'intervento pubblico all'acquisto di azioni privilegiate senza diritto di voto, e nell'assenza di un centro istituzione di riferimento e di gestione assimilabile alla figura dell'IRI. Tutte le scelte di politica sociale, infatti, sono rimesse unicamente al MEF nella sua qualità di gestore delle partecipazioni statali, e previo coinvolgimento istruttorio-amministrativo «tecnico» della Banca d'Italia sulla fattibilità delle varie operazioni.

La scelta di una tale forma di pubblicizzazione «morbida», pertanto, sembrerebbe aver ribadito il carattere prettamente emergenziale e temporaneo dell'acquisizione pubblica, bilanciata per di più da una nuova articolazione procedimentale e amministrativa di sostegno al credito⁷⁹, e attuata in un contesto normativo europeo di «maglie larghe» sul regime generale degli aiuti di Stato, che è perdurato fino alla serrata dei rubinetti ad opera della Comunicazione della Commissione europea del 30 luglio 2013, che ha introdotto il principio della condivisione interna degli oneri e ricondotto anche i salvataggi bancari nell'alveo del regime generale sugli aiuti di Stato⁸⁰.

⁷⁷ All'indomani dell'Ecofin del 7 ottobre 2008, infatti, la Commissione europea ha emanato la Comunicazione concernente l'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale.

⁷⁸ Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione del 22 gennaio 2009 sul Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica (2009/C 16/01).

⁷⁹ Come è stato osservato, la soluzione appare rispondere all'antica consapevolezza che, anche nel settore creditizio, «l'attività di deliberazione dei singoli finanziamenti da parte dei soggetti finanziatori pubblici è attività amministrativa in senso proprio e ristretto» (M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, cit., p. 59). Le regole di tali procedimenti, infatti, risultano dal combinato disposto della normativa primaria e di quella secondaria, contenuta nel D.M. 27 novembre 2008, per quanto riguarda la concessione delle garanzie pubbliche, e nel D. M. 25 febbraio 2009, per quanto riguarda i titoli finanziari speciali. Sul punto, si veda G. SCIASCIA, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, fasc. 2, pp. 413-449 spec. p. 415, nonché G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale di diritto amministrativo* 4/2009, p. 435.

⁸⁰ Trattasi della *Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, che ha ridisegnato il quadro regolamentare della materia. Nello specifico, in caso di carenza strutturale di capitale di un istituto di credito, la Comunicazione ha ritenuto autorizzabili le misure di intervento pubblico solo previa approvazione del piano di ristrutturazione dell'ente interessato, e attraverso un'adeguata condivisione interna degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori dell'istituto, il c.d. *burden sharing*. Sul punto, sia consentito un rinvio a G. BEFANI, *Op. cit.* e la bibliografia ivi citata.

7. Gli accordi di Basilea 3 e il fallimento istituzionale del Bail-in.

L'impatto delle misure emergenziali adottate all'indomani della crisi del 2008, sicuramente efficaci sotto il profilo di stabilizzazione dell'assetto patrimoniale degli istituti coinvolti, ha tuttavia comportato un innegabile aggravio per le finanze pubbliche degli stati «salvatori» e alcuni profili problematici che hanno imposto un brusco cambio di prospettiva negli anni successivi.

Oltre alle inevitabili ripercussioni sul debito pubblico⁸¹, infatti, le iniezioni di liquidità nel sistema bancario sono apparse sia troppo discrezionali nella scelta dei potenziali beneficiari⁸², e sia un pericoloso incentivo al fenomeno dell'azzardo morale e alla deresponsabilizzazione dei vertici dell'organizzazione bancaria⁸³, esponendo il fianco a pericolosi squilibri rispetto a una prudente e sana gestione aziendale.

A fronte di queste evidenti problematiche, la ormai necessaria revisione degli accordi di Basilea 2 e dei criteri contabili fino ad allora applicati⁸⁴ ha visto il Comitato di Basilea imporre l'accantonamento prudenziale di riserve obbligatorie proporzionali all'ammontare di credito esposto al rischio di insolvenza, e l'approvazione di un nuovo accordo, il c.d. pacchetto Basilea 3, diretto al miglioramento della capacità del settore bancario di assorbire gli *shock* derivanti dalle tensioni economiche e finanziarie, indipendentemente dalla loro origine; a migliorare la gestione del rischio e la *governance* e a rafforzare la trasparenza e l'informativa delle banche⁸⁵.

⁸¹ Per una panoramica dei diversi impatti sui bilanci pubblici europei, si vedano *ex multis* le stime di A. COLOMBINI, A. CALABRÒ, *Crisi finanziarie, Banche e stati. L'insostenibilità del rischio di credito*, Torino, Utet, 2011; G. DI GASPARÉ, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, 2011 nonché a J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, in AA.VV., *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, a cura di N. Moloney, E. Ferran e J. Payne, Oxford, Oxford press., 2015, p. 453 ss., che pone a confronto l'evoluzione del modo di affrontare le crisi bancarie negli Stati Uniti d'America, in Gran Bretagna e nell'Eurozona, per un commento del quale si rinvia a V. DE STASIO, *A proposito di uno scritto in materia di ristrutturazioni bancarie*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2/2017, p. 164.

⁸² Ciascuno Stato, infatti, ha provveduto a stabilizzare gli istituti di credito e gli intermediari finanziari aventi sede nel proprio territorio, lasciando privi di paracadute gli altri enti con sede all'estero, che non hanno potuto beneficiare direttamente di alcun sostegno.

⁸³ Si vedano al riguardo A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6/2014, p. 1165 ss.; A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca impresa società*, 1/2017, p. 33 ss.; nonché M. PORZIO, *Il paradosso del banchiere (la banca e l'impresa in difficoltà)*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6/2002, p. 1453 ss.

⁸⁴ Già vaticinato, del resto, dall'economista Luigi Zingales, in *La via obbligata porta a Basilea 3*, su *Il Sole 24 Ore* del 15 ottobre 2008.

⁸⁵ L'accordo di Basilea 3 è stato trasfuso nell'Unione Europea all'interno del Regolamento UE n. 575/2013 e della direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla

Nonostante questo tentativo di risposta istituzionale, lo stato di patologica insolvenza dei debitori non performanti ha rappresentato uno dei principali fattori di vulnerabilità del sistema bancario che, complice il perdurare degli effetti dalla crisi dei mutui *sub-prime*, ha registrato una significativa incidenza negativa della qualità degli attivi patrimoniali⁸⁶.

In tale frangente, la soluzione «istituzionale» approntata nell'ambito di Basilea 3 non è riuscita a scongiurare il potenziale effetto domino di un'insolvenza a cascata tra le banche e l'innescare di pericolose interazioni sistemiche, fattore che ha contribuito a porre al centro del dibattito economico-politico la ricerca di una nuova stabilità dei mercati⁸⁷, e ha fatto ri-emergere l'esigenza di un intervento pubblico di «salvaguardia», per scongiurare che un settore altamente strategico e di indiscussa rilevanza pubblicistica venga nuovamente lasciato alla «mano invisibile» di autogoverno, con tutte le conseguenze del caso⁸⁸.

vigilanza prudenziale, la c.d. «direttiva sui requisiti patrimoniali» recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 per un commento dei quali si rinvia a F. ACCETTELLA, *L'Accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2013, p. 462 ss.

⁸⁶ Secondo il Rapporto annuale della Banca d'Italia sulla stabilità finanziaria di novembre 2015, il settore bancario italiano avrebbe accumulato oltre 360 miliardi di crediti deteriorati lordi, di cui oltre 207 rappresentati da «sofferenze» pesanti in termini netti 85,5 miliardi di perdita secca. Cfr. sul punto BANCA D'ITALIA, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 2/2015, p. 33 ss.

⁸⁷ Come è noto, il dibattito sulla grande recessione post crisi finanziaria ha coinvolto tanto i giuristi quanto gli economisti e ha riguardato sia la complessiva regolamentazione del sistema finanziario, sia i requisiti di capitale e gli stessi principi contabili, «accusati» di aver originato un sistema di incentivi distorsivo e deresponsabilizzante. Lo stesso dibattito ha poi portato anche a «revisionare» l'originario approccio improntato all'idea di autodisciplina in alcuni settori del sistema finanziario riguardanti le agenzie di *rating*, i fondi speculativi, la meritevolezza dei contratti derivati e l'affidabilità dei mercati *over the counter*. Nell'esigenza di sintesi del presente contributo, per un approccio di critica economica alla regolamentazione di Basilea 3, cfr. *ex multis*, B. ALLEN, K. K. CHAN, A. MILNE AND S. THOMAS, *Basel III: is the cure worse than the disease?*, Cass Business School, City University London, September 30th, 2010. Più in generale, sulla inidoneità dei «modelli di Maastricht» in periodi di crisi di mercato, e sul relativo dibattito economico-politico, cfr. quanto rilevato da P. DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union*, Oxford-New York, Oxford press., 2016; ID, *The Fragility of the Eurozone's Institutions*, Open Economies Review, vol. 21, no. 1, 2010, p. 167 e ss; M. LIENEMEYER and L. LE MOUËL, *The European Commission's Phasing-Out Process for Exceptional Crisis-related Measures*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 1/2011. La stessa dottrina giuridica è poi pervenuta ad analoghe conclusioni riguardanti la necessità di subordinare l'applicabilità generalizzata dei criteri sul controllo degli aiuti di Stato all'effettivo «ritorno» del sistema finanziario ritorni a condizioni di normalità. Cfr. sul punto S. MICOSI, G. BRUZZONE, M. CASSELLA, *Bail-in Provisions in State Aid and Resolution Procedures: Are they consistent with systemic stability?*, in *CEPS Policy Briefs*, 318/2014; R. M. D'SA, «Instant» *State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn?*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 2/2009; S. GEBSKI, *Competition first? Application of State aid rules in the banking sector*, in *The competition Law Review*, vol. 6, 2009, p. 103 ss.

⁸⁸ In termini generali, per una ricostruzione storica sugli ausili pubblici alle imprese in difficoltà, si rinvia ai rilievi di A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti gene-*

In tale contesto, si è inserita anche la soluzione istituzionale dell'Unione Bancaria europea⁸⁹, che ha visto la duplice introduzione del Meccanismo di vigilanza unico e del Meccanismo di risoluzione unico, e che ha trovato il suo «naturale» compimento con l'emanazione della Direttiva 2014/59/UE «*Bank Recovery and Resolution Directive*», istitutiva di un quadro preventivo comune di risanamento e risoluzione degli enti creditizi in stato di crisi, l'attuazione della quale ha comportato il rischio di paradossali effetti distorsivi per la stabilità del sistema bancario⁹⁰.

L'introduzione con effetti retroattivi dell'istituto del *Bail-in*⁹¹ ad opera del

rali, in *Trattato dir. priv.* «a cura di M. BESSONE», vol. XXV, Torino, 2012, p. 103 e ss., nonché, con specifico riferimento al settore bancario, a A. DELL'ATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Conc. e Merc.*, 2012, p. 585, e C. BUZZACCHI, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Conc. e Merc.*, 2013, p. 77 ss. Anche se l'economia del presente contributo non consente ulteriori approfondimenti su un tema così vasto, nella consapevolezza di tale limite, si rinvia *ex multis* ai rilievi di F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 335 ss., R. LUJA, *State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, p. 145 ss., nonché di G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale di diritto amministrativo* 4/2009 p. 429 ss. Sui diversi fallimenti del mercato, e sulle relative ragioni macroeconomiche a sostegno dell'intervento pubblico, cfr. l'analisi di J. E. STIGLITZ, *The Economics of the Public Sector*, 3rd ed., New York, Norton & Co Inc., 2000. Da ultimo, cfr. anche i rilievi di S. AMOROSINO, *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2016, p. 339 e ss.; F.A. GRASSINI, *Ritorno ai salvataggi?*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2015, di G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1/2014, p. 1 ss., nonché di F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 11 ss.

⁸⁹ Unione che poggia su tre pilastri: il primo, la vigilanza creditizia delle banche di maggiori dimensioni affidata al Meccanismo di vigilanza unico di cui al Reg. UE 2013/1024; il secondo, il fondo unico di risoluzione delle crisi, affidato al Meccanismo unico di risoluzione delle crisi di cui al Reg. UE 2014/806; e il terzo, la garanzia unica dei depositi, prevista dalla Direttiva 2014/49/UE. Nell'economia del presente contributo, si rinvia *ex multis* a L. LIONELLO, *L'attuazione del progetto di Unione Bancaria Europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 3/2017, p. 650 ss.

⁹⁰ Tra i commenti dottrinari alla Direttiva BRRD, cfr. *ex multis*, quanto rilevato da A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'«Antitrust» europeo*, in *Mercato, concorrenza regole*, 1/2016, p. 109 ss.; V. CARRIERO, *Salvataggi bancari e sacrificio di diritti: il «bail-in»*, in *Il Foro italiano*, 4/2016, pt. 5, p. 147 ss.; G. GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*. Intervento al Seminario «La tutela del risparmio nell'Unione bancaria», Roma, 5 maggio 2016, in *Corriere giuridico*, 6/2016, p. 745 ss.; B. INZITARI, BRRD, «Bail in», *risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Contratto e impresa*, 3/2016, p. 689 ss.; A. DE ALDISIO, *La gestione della crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca impresa società*, 3/2015, p. 391 ss.

⁹¹ La direttiva 59/2014 ha previsto un meccanismo di salvataggio interno, il c.d. *Bail-in*, che consente la svalutazione e la conversione forzata delle passività dell'ente da risanare, imponendo l'intervento preventivo degli azionisti, degli obbligazionisti e dei correntisti con depositi superiori alla nota soglia di garanzia di cento mila euro. Lo stesso art. 3, comma 1, n. 33 del Reg. 806/2014 sul Meccanismo unico di risoluzione lo definisce il *Bail-in* quale «meccanismo per l'esercizio dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione».

d.lgs. 16 novembre 2015 n. 180, infatti, ha suscitato in tutti gli investitori un pericoloso effetto «palla di neve», che ha portato a una pericolosa spirale al ribasso, laddove proprio l'obbligo di intervento preventivo posto a carico di azionisti, obbligazionisti e correntisti dell'istituto da risanare, ha avuto come inevitabile effetto quello di rendere ancor meno appetibili i relativi titoli azionari e obbligazionari, compromettendo ulteriormente le sorti finanziarie dell'ente al posto di porvi rimedio, specie nell'eventualità che il rischio sotteso di un forzoso aumento di capitale, nel caso in cui il mercato non lo finanzi spontaneamente, possa acuire irreversibilmente la crisi di liquidità degli istituti bancari⁹².

Significative al riguardo sono state le esperienze delle quattro banche regionali: Banca Popolare dell'Etruria, Banca Marche, Cassa di risparmio di Ferrara e Cassa di risparmio di Chieti, sottoposte alla procedura di risoluzione prevista dall'art. 32 del d.lgs. 180/2015 con apposito provvedimento della Banca d'Italia del 21 novembre 2015⁹³.

Infatti, per fronteggiare la crisi di liquidità delle banche regionali, già in amministrazione straordinaria e in stato di dissesto, il governo italiano ha emanato in via d'urgenza il d.l. 22 novembre 2015 n. 183 e che, facendo ricorso allo strumentario offerto dalla Direttiva BRRD, ha istituito una «banca ponte»⁹⁴ per ciascuno degli istituti coinvolti dopo averne rilevato gli attivi e la parte sa-

⁹² Cfr. sul punto D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il «bail-in» e la sua concreta applicazione*. Relazione al Convegno «Quali regole per quali Mercati? Una riflessione sui nuovi modelli regolatori e sui mercati in transizione», Milano, 11-12 dicembre 2015, in *federalismi.it*, 1/2016, p. 10 ss., nonché A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 5/2015, p. 587 ss. Sul tema, inoltre, esiste una vasta letteratura internazionale cui si rinvia, nell'economia del presente lavoro, ai contributi di N. MIROSLAV, *Coordination of Banking Regulation in the EU*, Avangard Print, 2016; S. L. SCHWARCZ, *Too Big to Fool: Moral Hazard, Bailouts, and Corporate Responsibility*, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series, 2016; A. Gardella, *Bail-In and the Financing of Resolution within the SRM Framework*, in D. Busch - G. Ferrarini (eds), *European Banking Union*, Oxford New York, Oxford University Press, 2015; P. CRAIG, *Economic Governance and Euro Crisis: Constitutional architecture and constitutional implications*, in M. ADAMS - F. FABBRINI - P. LA-ROUCHE, *The Constitutionalization of the european budgetary constraints*, Oxford, Hart, 2014; N.G. JEFFREY, G.R. WOLF, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take*, in *Columbia Law and Economics Working Paper* No. 465; *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 18 2014; A. LEVITIN, *In Defence of Bailouts*, in *Georgetown Law Journal*, 2011; J.C. COFFEE, *BailIns Versus Bail-Outs: Using Contingent Capital to Mitigate Systemic Risk*, in *Columbia Law and Economics Working Paper* No. 380, 2010.

⁹³ Cfr. sul punto BANCA D'ITALIA, *L'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia: Linee generali e interventi nei confronti delle quattro banche poste in «risoluzione»*, del 30 gennaio 2016.

⁹⁴ L'istituzione della banca ponte, in conformità con lo spirito del d.lgs. 180/2015, aveva come proposito principale il mantenimento della continuità delle funzioni «essenziali» e operative dell'attività bancaria, nonché di provare a cedere a terzi le passività dell'ente. Sul punto, si rinvia *ex multis* ai rilievi di P. ROSSI, *La disciplina emergenziale delle crisi bancarie in Italia: dal decreto «salva banche» al decreto «salva risparmio». Quale protezione per i risparmiatori?* in *Amministrazione in cammino* del 30 maggio 2017.

na, grazie al problematico intervento del Fondo nazionale di risoluzione⁹⁵, e a un'unica *bad bank* pubblica come collettore di tutti i crediti in sofferenza dopo l'assorbimento delle passività e l'azzeramento delle rispettive azioni e delle obbligazioni subordinate⁹⁶.

Infine, successivamente alla vendita dei rispettivi crediti in sofferenza al Fondo Atlante, il 10 maggio 2017 le nuove *good bank* sono state cedute a UBI Banca al prezzo simbolico di un euro ciascuna.

8. Ascesa e caduta degli strumenti para-privatistici «salva banche»: il caso GACS e Fondo Atlante.

Nel corso del 2016, le evidenti criticità del sistema bancario perdurate nonostante l'introduzione del *Bail-in* hanno imposto al governo italiano un primo approccio istituzionale orientato, sostanzialmente, su due soluzioni «di mercato».

La prima di queste ha voluto incentivare lo sviluppo del mercato delle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati⁹⁷, attraverso l'emanazione del d.l. 14 febbraio 2016 n. 18, il c.d. «decreto salva-banche», che è intervenuto su diversi

⁹⁵ Il quale, non disponendo ancora di capitali idonei, è stato dotato di specifiche risorse solo grazie alle anticipazioni offerte da istituti privati, necessarie per il sostegno degli oneri di capitalizzazione delle quattro *bridge bank* sorte in corrispondenza di ognuno degli istituti investiti dalla crisi. Il fondo, infatti, amministrato dall'Unità di risoluzione della Banca d'Italia, è stato onerato del compito di capitalizzare le nuove *good banks*, operando con liquidità anticipata da Banca Intesa Sanpaolo, Unicredit e UBI Banca, a tassi di mercato e con scadenza massima di 18 mesi; finanziamento evidentemente necessario dall'attivazione del Fondo antecedente al conseguimento dei contributi ad esso dovuti dalle banche, ai sensi dell'art. 82 del d.lgs. n.180 del 2015. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, si rinvia a P. ROSSI, *cit.*

⁹⁶ Significativa, al riguardo, sembrerebbe essere la scelta istituzionale di costituire un'apposita società veicolo per la gestione delle attività, ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, con socio unico la Banca d'Italia, denominata «REV – Gestione Crediti Società per Azioni». Tale veicolo, in particolare, è stato capitalizzato dal Fondo di Risoluzione, il quale, pur essendo gestito da Banca d'Italia, è di fatto finanziato dai contributi di tutto il sistema bancario italiano.

⁹⁷ Ma nonostante l'apparente attrattività di tali operazioni, l'esperienza concreta delle cartolarizzazioni ha trovato numerose difficoltà applicative dovute all'assenza di una puntuale regolamentazione dei crediti effettivamente cartolarizzabili e delle oggettive difficoltà di valutazione sulla solvibilità del rapporto di credito sottostante, specie nell'eventualità, tutt'altro che remota, che nelle operazioni di cartolarizzazione finiscano dei *non performing loan*. Cfr. sul punto i rilievi di U. VIOLANTE, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale* in *Giurisprudenza commerciale*, 5/2014, p. 1004 ss., Cfr. sul punto i rilievi di F. BATTAGLIA – M. MAZZUCA, *La relazione tra attività di cartolarizzazione e liquidità nelle banche italiane. Alcune evidenze empiriche dalla recente crisi finanziaria*, in *Banca, impresa, società*, 3/2012, p. 419 ss. nonché di F. CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?* Relazione al convegno «La distribuzione di prodotti finanziari, bancari e assicurativi», Bari, 9 novembre 2007, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2008, p. 20 e ss.

fronti, il più significativo dei quali è rappresentato dalla possibilità per il Ministero dell'economia di «concedere la garanzia dello Stato sulle passività emesse nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione di cui all'articolo 1 della legge 30 aprile 1999, n. 130».

In particolare, l'operazione di cartolarizzazione dei crediti in sofferenza cui dovrebbe accedere la menzionata garanzia (la c.d. GACS), ha previsto l'emissione di titoli attraverso una tripartizione in classi diverse, differenziandole in *senior*, mezzanine e *junior* in ragione del relativo grado di subordinazione nell'assorbimento delle perdite.

In forza dell'art. 8 del d.l. 18/2016, la garanzia statale può essere concessa solamente sui titoli *senior*, deve essere onerosa, incondizionata, irrevocabile e a prima richiesta, nonché destinata a coprire i pagamenti contrattualmente previsti, per interessi e capitale, a favore dei detentori dei titoli *senior* per la loro intera durata, fattore che ha posto non pochi problemi di compatibilità con il regime degli aiuti di Stato⁹⁸.

Infatti, lo schema del d.l. 18/2016 è stato oggetto di un'apposita decisione del 10 febbraio della Commissione Europea, che ha escluso la configurabilità di un aiuto di Stato qualora la garanzia venga «prezzata» a determinate condizioni di mercato, e cioè solo a condizione che questa venga commisurata al valore medio degli indici dei *credit default swap*⁹⁹ sollevando diversi dubbi interpretativi sulla effettiva portata pratica di un tale strumento¹⁰⁰, e che ne ha im-

⁹⁸ In particolare, poiché la garanzia pubblica è prestata dal MEF con un apposito fondo istituito nel proprio stato di previsione, si è posto il problema della sua eventuale compatibilità con il regime degli aiuti di Stato.

⁹⁹ Più in dettaglio, la garanzia pubblica deve essere parametrata a tre panieri di *cds* attinenti alla valutazione del merito di credito rilasciata dalle agenzie *S&P*, *Fitch Ratings* o *Moody's*, per un livello di rischio «corrispondente» a quello dei titoli garantiti. Infatti, ai sensi dell'art. 5 del d.l. 18/2016, ai fini del rilascio della garanzia pubblica, i titoli *senior* devono avere previamente ottenuto un livello di *rating* «non inferiore all'ultimo gradino della scala di valutazione del merito di credito *investment grade*» che sia stato assegnato da una agenzia esterna di valutazione del merito di credito accettata dalla Banca Centrale Europea al 1° gennaio 2016.

¹⁰⁰ Una prima considerazione di ordine problematico, infatti, risiede proprio nella natura derivata e atipica dei *cds*, niente affatto standardizzati a fronte delle molteplici varianti presenti sui mercati e laddove il *sinallagma* dell'operazione è rappresentato proprio dallo scambio (traduzione letterale di *swap*) del solo rischio di insolvenza, e non anche del rapporto creditorio sottostante. Inoltre, nonostante la funzione sociale dei *credit default swap* consista nel «prezzare» il rischio di insolvenza del debitore, l'esatta quantificazione del prezzo è però negoziata sul mercato *over-the-counter* che non è regolamentato, a differenza di quanto avviene per altre figure contrattuali tipiche di assunzione del rischio come l'assicurazione o la fidejussione. Attraverso queste operazioni derivate, infatti, la valutazione sul «merito creditizio» viene di fatto trasferita da un settore altamente regolato e vigilato, come quello bancario e assicurativo, verso un altro settore non regolamentato, svincolato da ogni controllo prudenziale delle autorità di vigilanza e rimesso, sostanzialmente, alla discrezionalità delle agenzie di *rating* sull'efficienza della tenuta «di sistema» del mercato in generale e non del singolo rapporto sottostante. Non da ultimo,

perduto di fatto un impiego massivo sullo scenario bancario¹⁰¹.

La seconda soluzione «di mercato» ha visto l'istituzione nel mese di aprile 2016 del primo fondo Atlante, destinato a sorreggere la «volta celeste» del sistema bancario italiano, sulla falsariga dell'omonimo titano, grazie all'ibrida sinergia pubblico-privata della mano pubblica di Cassa depositi e prestiti e della Società di gestione delle attività.

Nello specifico, il fondo è stato impiegato per assicurare il successo degli aumenti di capitale richiesti per le banche che si trovavano a fronteggiare oggettive difficoltà di mercato, quali Banca Popolare Vicenza e Veneto Banca¹⁰², agendo come sottoscrittore di «ultima istanza» nell'acquisire le azioni rimaste inoperte in conseguenza del *Bail-in*.

Tuttavia, la provvista del primo fondo Atlante, esaurita interamente dagli aumenti di capitale, non è però riuscita a far fronte ai *non performing loan*, fattore che ha reso necessaria l'istituzione ad agosto 2016, del secondo fondo gemello Atlante 2, demandato unicamente alla sottoscrizione dei titoli *mezzanini* e *junior* emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione che non possono accedere alla garanzia pubblica, rilevando un portafoglio da 26 miliardi di Euro degli *Npl* del Monte dei Paschi di Siena.

Entrambi i fondi, hanno avuto non pochi problemi nel tentare di portare a termine la missione istituzionale loro affidata, a fronte delle diverse difficoltà operative di intervento¹⁰³, fattori che hanno contribuito a indebolire la posizio-

poiché la stessa garanzia pubblica sarebbe prestata «a condizioni di mercato» sia per renderla compatibile col regime degli aiuti di Stato, e sia per cercare di dare una maggiore valorizzazione dei titoli garantiti, verrebbe comunque da chiedersi quale possa essere l'effettiva portata di un tale strumento, limitato però ai titoli più sicuri che già presentano un loro mercato di «assicurazione», laddove semmai sarebbero i titoli mezzanini e junior i più bisognosi di una incentivazione pubblica nel caso in cui il settore privato, verosimilmente, non vi provveda in modo spontaneo. Sul punto, sia consentito un rinvio a G. BEFANI, *Non performing loan* cit. e alla bibliografia *ivi* cit.

¹⁰¹ Allo stato attuale, risulta aver fatto ricorso alla GACS solamente la Banca Popolare di Bari, le cui sofferenze sono state cedute al 30 per cento del loro valore lordo, cioè al di sopra del «valore medio di mercato» calcolato dalla Banca d'Italia al 22,3 per cento.

¹⁰² Ottenendo anche il parere favorevole dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, perché gli investitori di Atlante «non eserciteranno in alcun modo attività di direzione e coordinamento». Cfr. il Provvedimento AGCM n. 26151/2016, C12059 – *Quaestio Capital Management/Veneto Banca*, in *Bollettino settimanale* n. 30 del 22 agosto 2016, pubblicato su www.agcm.it, ai sensi del quale «l'operazione si inserisce nel generale contesto di crisi che ha interessato il settore bancario in Italia negli ultimi mesi e, più in particolare, è finalizzata a trovare una soluzione allo stato di crisi registrato da Veneto Banca».

¹⁰³ L'intervento congiunto dei due fondi Atlante, se nel breve periodo consente di scongiurare i timori sul fallimento degli aumenti di capitale delle banche interessate, evitando al contempo il cortocircuito del *Bail-in* e la successiva procedura di risoluzione, nel lungo periodo però cela il rischio di un problematico «contagio sistemico» anche degli istituti bancari più solidi e delle diverse casse previdenziali coinvolte, laddove l'operazione di acquisto delle *tranches junior* e

ne dei relativi quotisti istituzionali¹⁰⁴, contribuendo alla rilettura ideologica sulla possibilità di un intervento pubblico diretto a tutela del risparmio nel suo complesso, rispetto alla stabilità temporanea di un istituto in crisi di liquidità.

9. L'approccio pubblico «precauzionale» del 2016: il caso Monte dei Paschi e il salvataggio delle banche venete.

Nel nuovo approccio di intervento pubblico, volto a garantire più la stabilità economico-finanziaria del Paese nel suo complesso rispetto al salvataggio del singolo istituto coinvolto, appare particolarmente significativa la prima soluzione «d'urgenza» adottata dal Governo italiano con l'emanazione del decreto legge 23 dicembre 2016 n. 237, che con una modifica ai saldi di finanza pubblica ha stanziato 20 miliardi a sostegno del sistema bancario e ha autorizzato il Ministero dell'economia a concedere la garanzia dello Stato su passività delle banche italiane e a sottoscrivere o acquistare le azioni emesse da banche italiane anche in deroga alle norme di contabilità di Stato¹⁰⁵.

mezzanine sposterebbe l'eventuale insolvenza direttamente sul bilancio del fondo, aumentando proporzionalmente l'esposizione di tutti gli investitori istituzionali coinvolti. Inoltre, uno dei maggiori aspetti problematici dell'intervento dei due fondi Atlante è dato dalla loro eventuale incompatibilità con il regime degli aiuti di Stato, al pari di quanto già verificato per le due esperienze del fondo interbancario di tutela dei depositi e del fondo di risoluzione, data dalla partecipazione pubblica di Cassa depositi e prestiti al primo, e della Società per la gestione delle attività al secondo, che rischierebbe di alterare la natura «privata» degli stessi laddove le finalità pubbliche che i due istituti perseguono non consentirebbero di accertare il rispetto del canone generale dell'investitore privato in regime di libero mercato e di renderne pertanto l'operato compatibile con la normativa europea che, come è noto, non distingue gli interventi pubblici a seconda della loro causa o del loro scopo, ma solamente in funzione dei loro effetti potenzialmente distorsivi del libero gioco concorrenziale. Sul punto, per ulteriori approfondimenti sia consentito un rinvio a G. BEFANI, *Op. cit.*

¹⁰⁴ Le prospettive di intervento dei due fondi Atlante, infatti, celano il rischio di spostare solamente in avanti, senza risolverli del tutto, gli evidenziati problemi connessi con gli obbligati aumenti di capitale e con la cartolarizzazione delle sofferenze bancarie, comportando l'inevitabile insidia di un contagio a cascata dagli istituti minori in stato di crisi, verso gli istituti di maggiori dimensioni, con il paradosso di amplificare ulteriormente la sofferenza del sistema bancario italiano piuttosto che porvi rimedio. Significative al riguardo sembrerebbero essere le svalutazioni delle rispettive quote nei fondi Atlante, effettuate sia da Unicredit nell'ambito della maxi operazione di aumento di capitale di febbraio 2017 e sia di Banca Popolare dell'Emilia Romagna. Sul punto, si rinvia L. DAVI, *Atlante, le banche svalutano per 1,2 miliardi*, sul *Sole 24 Ore* di Martedì 9 Maggio 2017.

¹⁰⁵ Come è noto, in attuazione del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio di cui al nuovo art. 81 Cost., il Governo, una volta autorizzato dal Parlamento a maggioranza assoluta, può ricorrere all'indebitamento «per realizzare operazioni relative alle partite finanziarie attivando le procedure previste in caso di eventi eccezionali dall'articolo 6, comma 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 243». Nell'economia del presente contributo, per approfondimenti si rinvia *ex multis* a D. PAPPANO, *Autonomia finanziaria degli enti territoriali e garanzia dei diritti al tempo della crisi, su federalismi.it*

Il primo e maggiore beneficiario di questo intervento è stato nuovamente il Monte dei Paschi di Siena¹⁰⁶, trovatosi in uno stato di forte tensione finanziaria a seguito del tentativo fallimentare di ricapitalizzazione. L'intervento pubblico nel Monte dei Paschi, infatti, ha riguardato un istituto che, paradossalmente, non era ancora a rischio di dissesto tale da far scattare le procedure di *Bail-in*, ma che ha dovuto «solamente» rispondere all'esigenza di ricondurre il proprio capitale sociale ai livelli di sicurezza imposti dalla BCE, rappresentando *ex post* un chiaro esempio di sostanziale fallimento «sul campo» delle soluzioni di mercato alla crisi del sistema bancario¹⁰⁷.

Infatti, a ridosso della scadenza del 31 dicembre 2016 imposta dalla BCE per l'aumento di capitale, si è registrato il fallimento contestuale di tutte le diverse soluzioni di mercato prospettate per fornire la liquidità necessaria al deconsolidamento delle sofferenze con una nuova emissione azionaria che evitasse il futuro e inevitabile dissesto dell'ente¹⁰⁸, fattore che ha comportato da parte

n.2/2016, p. 11 e l'ampia bibliografia ivi citata, nonché I. CIOILLI, *Il pareggio di bilancio in Costituzione, tra le ragioni del diritto costituzionale e i vincoli comunitari*, *Il diritto dell'economia*, 1/2012, p. 105.

¹⁰⁶ Nel corso della sua storia plurisecolare, il Monte dei Paschi ha visto più volte forme di sostegno e di intervento pubblico. Con la legge bancaria del 1936, è stato dichiarato istituto di credito di diritto pubblico, permanendo in tale qualifica fino alla privatizzazione ad opera del decreto del Ministero del Tesoro dell'8 agosto 1995, che ha scorporato l'istituto in due enti: la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. e la Fondazione Monte dei Paschi di Siena. Nel corso del 2012, all'indomani dell'acquisizione per 10 miliardi di euro di «Antonveneta», l'istituto ha subito un pesante passivo che ha coinvolto anche la Fondazione con conseguente richiesta di liquidità allo Stato per oltre 3,4 miliardi di Euro. Successivamente, a seguito dell'emanazione d'urgenza del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, è stata disciplinata la sottoscrizione pubblica dei c.d. «Nuovi Strumenti Finanziari» in favore del Monte dei Paschi di Siena, i c.d. Monti bond, disciplinati dall'art. 23 *septies* e dal comma 3 del successivo articolo 23 *octies*. Nel giugno 2015 la banca ha terminato il rimborso dei Monti bond, ma una parte degli interessi ancora dovuti allo Stato, pari a circa 240 milioni di Euro, sono stati rimborsati tramite azioni, facendo assumere al MEF la veste di azionista della banca con il 4 per cento del capitale.

¹⁰⁷ Sul punto, sia consentito rinviare a G. BEFANI, *Non performing loan*, cit. per ulteriori approfondimenti critici.

¹⁰⁸ In particolare, è fallita la conversione «volontaria» delle obbligazioni subordinate del Monte dei Paschi da parte dei vari obbligazionisti sottoscrittori del bond *Upper Tier 2* in scadenza a maggio 2018. Tra le diverse concause del fallimento, in primo luogo è possibile rilevare proprio la delicata posizione, tra l'incudine e il martello, degli obbligazionisti che si sarebbero visti costretti a scegliere tra «mangiarsi la minestra» di una conversione alla pari in azioni del valore nominale dell'obbligazione già sottoscritta, il c.d. *debt-to-equity swap*, ovvero a «buttarsi dalla finestra» e restare in attesa dell'evolversi degli eventi, rischiando però, in caso di perdurante insuccesso della ricapitalizzazione, l'eventuale conversione forzata delle obbligazioni sottoscritte a un valore sensibilmente inferiore. In secondo luogo, il fallimento è ascrivibile anche al cortocircuito normativo della regolamentazione bancaria, perché la maggioranza di quegli obbligazionisti che avrebbero dovuto aderire alla conversione «volontaria», sarebbe stata rappresentata da investitori non professionali, protetti dalla rigida normativa prevista dalle note direttive MIFID a tutela della c.d. adeguatezza bloccante, e impossibilitati, anche volendo, ad aderire all'iniziativa senza una preventiva autorizzazione della Consob. Sul punto, per ulteriori ap-

del direttivo dell'istituto l'inoltro al Ministero dell'economia di una formale istanza di ricapitalizzazione «precauzionale».

All'esito dell'intervento, che rappresenta il primo inserito nell'alveo delle disposizioni della Direttiva 2014/59, il MEF è risultato titolare del 53,4 per cento della quota del capitale sociale, quota successivamente ampliata al 68,2 per cento, dopo che la quasi totalità degli obbligazionisti piccoli risparmiatori, hanno convertito le proprie azioni, ricevendo in cambio bond *senior* della banca stessa¹⁰⁹.

Conclusa (per il momento) la vicenda con lo Stato azionista di maggioranza del Monte dei Paschi, nel corso del 2017 il Governo italiano ha dovuto nuovamente intervenire d'urgenza con il d.l. 25 giugno 2017 n. 99 per «assicurare la parità di trattamento dei creditori» nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio e per porre rimedio alla liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca.

Le due banche venete, infatti, nonostante il tentativo di stabilizzazione offerto dal fondo Atlante¹¹⁰, sono state comunque poste in liquidazione coatta amministrativa, e a seguito dello scorporo dell'attività aziendale in due banche ponte, sono state successivamente cedute ad Intesa Sanpaolo al prezzo simbolico di 50 centesimi l'una, mentre i rispettivi crediti deteriorati e gli incagli rimasti fuori dalle operazioni di cessione sono stati trasferiti alla Società di gestione delle attività.

profondimenti, sia consentito rinviare a G. BEFANI, *El rescate publico de Monte Paschi de Siena: algunas cuestiones problemáticas*. Relazione al *Congreso Internacional de Derecho Bancario «Problemas recurrentes de los mercados financieros: financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente»*, tenutosi a Valencia il 26-27 Ottobre 2017, in corso di pubblicazione tra gli atti del congresso.

¹⁰⁹ Sulla condivisione degli oneri, in particolare, era emerso il problema, più politico che giuridico in verità di come tutelare gli investitori non professionali sottoscrittori del bond *Upper Tier 2* e come temperare, eventualmente, la loro posizione protetta dall'adeguatezza bloccante con la procedura di conversione forzata del bond in azioni. Il decreto 237/2016, infatti, ha previsto all'art. 19 la possibilità per il MEF «in caso di transazione tra l'emittente o una società del suo gruppo e gli azionisti divenuti tali a seguito dell'applicazione delle misure di ripartizione degli oneri» di acquistare le azioni rivenienti dall'applicazione di dette misure, se ricorrono cumulativamente determinate condizioni tra le quali, la lett. b), espressamente prescrive che gli azionisti «convertiti» non debbano essere né controparti qualificate, né clienti professionali ai sensi del TUFIN.

¹¹⁰ A maggio 2016, infatti, Banca Popolare di Vicenza aveva emesso 15 miliardi di azioni a 0,10 euro ciascuna sottoscritte interamente dal fondo per un controvalore di 1,5 miliardi di euro, arrivando a controllarne il 99,33 per cento del capitale sociale. A fine giugno 2016 anche Veneto Banca ha emesso 10 miliardi di azioni a 0,10 euro ciascuna, sottoscritte dal fondo per un controvalore complessivo di 988.582.329,50 euro, controllandone il 97,64 per cento del capitale sociale.

10. Le prospettive evolutive dell'intervento pubblico: *bad bank* pubblica e banche nazionali di promozione.

Nonostante i complessivi risultati oggetto dell'analisi della Banca d'Italia¹¹¹ abbiano mostrato che la soluzione della crisi delle banche venete e la ricapitalizzazione precauzionale del Monte dei Paschi di Siena abbiano contribuito a rafforzare la fiducia degli investitori nelle banche italiane, la stessa Banca d'Italia¹¹² ha rilevato come il settore bancario continui a rimanere esposto a *shock* di origine interna o internazionale, con dei perduranti effetti sui mercati dei capitali e sulla crescita economica, laddove le maggiori fonti di incertezza deriverebbero proprio dalle importanti iniziative regolamentari internazionali, in corso di completamento.

In particolare, il riferimento di maggiore preoccupazione è dato dagli stringenti requisiti prudenziali di accantonamento nell'ambito di Basilea 3, attualmente in corso di rinegoziazione in vista del futuro pacchetto di Basilea 4, nonché dall'introduzione dei requisiti necessari per assorbire le perdite in caso di risoluzione nell'ambito del *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*, (il c.d. MREL¹¹³) e anche dall'entrata in vigore nel corso del 2018 del nuovo *standard* contabile sulla valutazione degli strumenti finanziari, (il c.d. IFRS 9¹¹⁴) che impone alle banche di analizzare con un'ottica preventiva le potenziali svalutazioni dei crediti deteriorati, attraverso degli accantonamenti «di riserva» basati sulle perdite attese, rispetto alle perdite registrate nel passato, influenzando non po-

¹¹¹ Analisi pubblicata nel Rapporto sulla stabilità finanziaria di novembre 2017, consultabile su BANCA D'ITALIA, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 2/2017, p. 23.

¹¹² Cfr. al riguardo il richiamo dell'analisi menzionata al Rapporto sulla stabilità finanziaria di novembre 2016, liberamente consultabile su BANCA D'ITALIA, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 2/2016, p. 23 ss.

¹¹³ Il MREL è un requisito di stabilità introdotto dalla direttiva 2014/59 per assicurare l'effettiva operatività del *Bail-in* attraverso un aumento della capacità di assorbimento delle perdite degli istituti bancari. Il coefficiente è calcolato come l'importo di fondi propri e passività ammissibili espresso in percentuale del totale di passività e fondi propri. Nello specifico, le passività computabili ai fini MREL sono un sottoinsieme di quelle potenzialmente coinvolte in caso di applicazione del *Bail-in*, con l'obiettivo di aumentare, nel passivo delle banche, la presenza di strumenti ad elevata capacità di assorbimento delle perdite, in modo da consentirne la liquidazione senza pregiudicare la stabilità finanziaria e senza necessità di ricorrere a fondi pubblici. I criteri di ammissibilità più rilevanti sono elencati nell'art. 45 della BRRD, e tra questi: la durata residua di almeno un anno; che la passività non risulti da un derivato né che sia coperta da alcun tipo di garanzia fornita dalla banca come il caso dei *covered bond*, o finanziamenti della BCE.

¹¹⁴ L'IFRS9 introduce un nuovo approccio per la classificazione di tutti gli strumenti finanziari, inclusi i derivati incorporati in altri strumenti finanziari, basato sulla logica del «Cash Flow» e sul «modello di business» per cui l'asset è detenuto, rimpiazzando le precedenti regole di classificazione di difficile applicazione. Inoltre viene previsto un unico modello per la determinazione dell'*impairment* al fine della misurazione degli strumenti finanziari.

co sulla capacità di erogazione di nuovo credito all'economia reale¹¹⁵.

In questo difficile scenario, pertanto, è emersa la consapevolezza della impossibilità di affidare la gestione delle crisi bancarie a dei modelli ispirati alle semplici logiche di mercato, perché le riscontrate maggiori difficoltà di accesso al finanziamento dell'economia hanno imposto la ricerca di nuove soluzioni istituzionali che diano garanzia di stabilità del settore bancario nel suo complesso anche sulla scia della progressiva rilettura sul ruolo di stimolo e promozione dei pubblici poteri nei fatti dell'economia, così come rilanciata nel 2015¹¹⁶ nell'ambito del c.d. Piano Junker di promozione degli investimenti per l'Europa.

In questo nuovo contesto, dove l'esigenza di intervento pubblico non risiede più tanto e solo nella stabilizzazione temporanea di una crisi, quanto nella promozione diretta degli investimenti a sostegno dell'economia reale, si inseriscono due figure istituzionali di indiscutibile interesse: la *bad bank* pubblica¹¹⁷, da un lato, e la banca nazionale di promozione, dall'altro.

¹¹⁵ Sul punto, la Banca d'Italia ha rilevato come l'introduzione dell'IFRS 9 determinerà per le banche italiane una riduzione media del capitale di migliore qualità in rapporto alle attività ponderate per il rischio (*common equity tier 1 ratio*, c.d. CET1 ratio) stimata in 38 punti base, quasi interamente attribuibile agli effetti prodotti dal nuovo modello di calcolo delle rettifiche. Per ulteriori approfondimenti e statistiche economiche, si rinvia a BANCA D'ITALIA, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 2/2017, p. 36.

¹¹⁶ Significativi, al riguardo, sono il Regolamento (UE) 2015/1017 del 25 giugno 2015 relativo al Fondo europeo per gli investimenti strategici; la Comunicazione della Commissione del 13 gennaio 2015 «Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del patto di stabilità e crescita»; il Regolamento (UE) n. 2015/760 del 29 aprile 2015, relativo ai fondi di investimento europei a lungo termine, nonché la Comunicazione della Commissione del 22 luglio 2015, che chiarisce il ruolo delle banche nazionali di promozione a sostegno del piano di investimenti per l'Europa.

¹¹⁷ Il ricorso alla figura istituzionale della *bad bank* pubblica, come evidenziato, ha visto la Società di gestione delle attività fare da apripista negli anni '90 nella gestione dei crediti deteriorati del Banco di Napoli. Sulla scia di questo intervento, all'indomani della crisi finanziaria del 2008, altri governi hanno seguito la strada italiana di istituire un referente unico totalmente pubblico o misto. A livello comparato, appaiono significative le diverse esperienze dell'Irlanda, che ha istituito nel 2009 la *National Asset Management Agency*; dell'Inghilterra, che nel 2010 ha istituito la *UK Asset Resolution*, quale *state owned limited company* di gestione degli attivi deteriorati delle banche Bradford & Bingley e Northern Rock appena nazionalizzate; nonché della Spagna, che nel 2012 ha istituito la *Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria*, in forma mista pubblico-privata perché partecipata solo al 45 per cento dal *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria*, nell'ambito di una più ampia operazione finalizzata alla riorganizzazione e la ristrutturazione di istituti di credito in sofferenza, anche di piccole e medie dimensioni patrimoniali come le *Cajas de ahorro* e *Cooperativas de crédito*. La SAREB, in particolare, a differenza della SGA si presenta come una società di diritto singolare, perché in forza di quanto espressamente previsto dall'art. 19 del Real Decreto 1559/2012, non può avere una partecipazione pubblica superiore o uguale al 50% del totale delle azioni. Sul punto, oltre a quanto già evidenziato *supra* sub. nota 73, per ulteriori approfondimenti della dottrina spagnola sulle misure di gestione e sulle cause della crisi bancaria iberica, si rinvia a J. A. UREÑA SALCEDO, *Crisis y transformación del sistema bancario español*, in *Revista General de Derecho Administrativo* 40/2015, nonché ID. *La crisis del sistema financiero y la transformación de las Cajas de Ahorro en España*, in *Derecho de la regulación económica* di Santiago Muñoz Machado (dir.), Árbol académico, Vol. 10, 2010, p. 367 e ss.

Sulla prima figura, non certo nuova nel panorama giuridico italiano, assume un ruolo decisivo la Società di gestione per le attività, la quale, forte della positiva esperienza maturata nella gestione delle sofferenze del Banco di Napoli degli anni '90, ha visto con l'emanazione dell'art. 7 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 il trasferimento al MEF delle proprie azioni rappresentative dell'intero capitale sociale possedute da Intesa Sanpaolo e il contestuale «sdoganamento istituzionale» attraverso la possibilità di acquistare sul mercato i crediti, le partecipazioni sociali e le attività finanziarie di altri istituti bancari. Questa apertura, infatti, ha consentito sia la successiva sottoscrizione delle quote del Fondo Atlante 2 e sia di essere cessionaria dei crediti deteriorati delle aziende e società di Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca non acquistate da Intesa San Paolo in forza delle previsioni dell'art. 5 del d.l. 25 giugno 2017 n. 99.

Sulla seconda figura, appare significativa la previsione della legge di stabilità 28 dicembre 2015, n. 208, che, al comma 826, ha individuato la Cassa depositi e prestiti quale «banca nazionale di promozione».

L'importanza di una tale qualifica rileva dalla relativa definizione offerta dalla normativa europea; infatti, per Banca nazionale di promozione si intende quella *«entità giuridica che espleta attività finanziarie su base professionale, cui è stato conferito un mandato da uno Stato membro o da un'entità dello Stato membro, a livello centrale, regionale o locale, per svolgere attività di sviluppo o di promozione»*. Nello specifico, il comma 827 della legge di stabilità 2016 ha abilitato Cassa depositi e prestiti a svolgere le attività degli istituti nazionali di promozione previste dal regolamento (UE) 2015/1017¹¹⁸, nonché i compiti previsti dal regolamento (UE) n. 1303/2013¹¹⁹ anche utilizzando le risorse della gestione separata di cui all'art. 5, comma 8, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269¹²⁰, usufruendo della

¹¹⁸ Relativo al Fondo europeo per gli investimenti strategici.

¹¹⁹ Recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca.

¹²⁰ Decreto di trasformazione di Cassa depositi e prestiti in S.p.A., in gestione separata, ex art. 5 comma 7 lettera a) del d.l. 269/2003, rientrano i finanziamenti degli investimenti statali e degli enti territoriali, Regioni, Province, Comuni e altri enti pubblici; l'assunzione delle partecipazioni trasferite o conferite alla Cassa in forza delle previsioni del D.M. 5 dicembre 2003 del Ministero dell'economia e delle finanze, nonché *«la gestione di ogni altra funzione di rilievo pubblicistico e attività di interesse generale assegnata alla nuova Cassa depositi e prestiti S.p.A. per atto normativo, amministrativo o convenzionale»*. In forza del successivo comma 8, CDP S.p.A. assume partecipazioni e svolge le attività, strumentali, connesse e accessorie; per l'attuazione di quanto previsto al comma 7, lettera a), la CDP S.p.A. istituisce un sistema separato ai soli fini contabili ed organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio

garanzia statale nel rispetto della disciplina generale sugli aiuti di Stato¹²¹.

Questo espresso riconoscimento, e questa istituzionalizzazione formale delle relative attività non è questione di poco conto, perché, come chiarito dalla Commissione europea¹²², «la principale motivazione economica dell'istituzione di una banca di promozione risiede nel fatto che i fallimenti del mercato¹²³ possono ridurre gli investimenti e, di conseguenza, rallentare la crescita dell'Unione portandola a livelli non efficienti sotto il profilo economico, e che un istituto con un mandato pubblico si trova in posizione migliore rispetto agli operatori privati per rimediare ai fallimenti del mercato», potendo inoltre finanziare piattaforme di investimento o singoli progetti di concerto con le analoghe istituzioni europee consorelle.

11. Considerazioni conclusive.

Tirando le fila del discorso, dall'analisi storico-giuridica dei diversi interventi pubblici degli ultimi 125 anni, è possibile trarre alcune considerazioni conclusive.

In primo luogo, la constatazione di come nel sistema bancario sia connotata la «impermanenza istituzionale» dovuta al verificarsi di situazioni di crisi che a carattere periodico pongono in discussione l'assetto regolamentare vigente. In secondo luogo, che le regole istituzionali poste al suo funzionamento

economico. Sono assegnate alla gestione separata le partecipazioni e le attività ad essa strumentali, connesse e accessorie, e le attività di assistenza e di consulenza in favore dei soggetti di cui al comma 7, lettera a). Sul punto si rinvia a M. SANINO, *Le fondazioni bancarie: ultimo atto?*, Torino, Giappichelli, 2009, pag. 145.

¹²¹ Si veda, al riguardo, la Comunicazione (2008/C 155/02) della Commissione sull'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie che, tra l'altro, individua alcune condizioni volte ad escludere la presenza di aiuti di Stato, tra le quali: i) che il mutuatario non si trovi in difficoltà finanziarie; ii) che l'entità della garanzia possa essere correttamente misurata al momento della concessione; iii) che la garanzia non assista più dell'80 per cento del prestito o di altra obbligazione finanziaria in essere; iv) che per la garanzia venga pagato un prezzo orientato al mercato.

¹²² Comunicazione della Commissione del 22 luglio 2015, che chiarisce il ruolo delle banche nazionali di promozione a sostegno del piano di investimenti per l'Europa

¹²³ I fallimenti del mercato possono essere dovuti i) all'asimmetria informativa; ii) alle esternalità e iii) al potere di mercato (debolezza della concorrenza). Essi incidono sia sulla domanda che sull'offerta di investimenti. Esempi tipici sono i) il razionamento del credito e la domanda di rendimenti elevati, a causa degli elevati costi di transazione delle banche sostenuti per l'individuazione di progetti di investimento economicamente sostenibili (ad esempio nel settore delle PMI); ii) l'insufficienza degli investimenti in settori quali la ricerca e lo sviluppo, le infrastrutture, l'istruzione e i progetti ambientali, in cui i benefici generati dagli investimenti possono andare anche a vantaggio dei concorrenti e iii) l'insufficiente offerta di servizi finanziari, dovuta alla concentrazione di mercato in esito a fusioni, uscite dei concorrenti o altri ostacoli alla concorrenza effettiva. Un'esternalità specifica nel contesto dell'Unione europea è rappresentata dall'integrazione rafforzata del mercato, promossa dai progetti transfrontalieri.

si siano limitate a rimediare «in corsa» ad un problema già manifesto, risultando del tutto inadatte a scongiurare quelle situazioni destabilizzanti comunque prevedibili. In terzo luogo, che il governo delle banche è gestito dai pubblici poteri secondo una disarticolata presenza pubblica multilivello, rappresentata ancora dalla terna Banca d'Italia (foss'anche uscita ridimensionata dallo scandalo dei «furbetti del quartierino»), CICR e Ministero competente (oggi dell'economia) quasi a retaggio dell'originario ordinamento sezionale sui cui però si è innestato l'archetipo istituzionale dell'Autorità Bancaria Europea, della Banca Centrale Europea e del Comitato di Basilea, non senza sovrapposizione di competenze e di responsabilità. Infine, la constatazione di come il governo delle banche, quale che sia il ruolo economico dello Stato nelle sue differenti scansioni temporali, continui a rappresentare un durissimo banco di prova della relativa giustificazione teorica.

Appare infatti emblematico come il settore bancario abbia visto e in un certo senso subito il fallimento istituzionale e regolatorio sia dello Stato *neutrale*¹²⁴, sia dello Stato *imprenditore*¹²⁵ e anche dello Stato *regolatore*¹²⁶, tutti travolti, in

¹²⁴ Basato sulle teorie economiche di John Stuart Mill e di Nassau Senior, rappresenterebbe difatti il primo periodo ricompreso tra Unità d'Italia e il primo dopoguerra, dove lo Stato si limita ad assistere allo svolgersi della competizione economica secondo il principio di matrice liberale del *laissez-faire* e delle regole proprie del mercato, assicurando soltanto l'apprestamento di strumenti giuridici idonei a garantirne il funzionamento. Cfr. sul M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.* 1958, p. 232 ss., nonché i rilievi di F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *La costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. I, Cedam, Padova, 1977, p. 105 ss. Il contesto di riferimento di questi anni vede la «formazione» del Diritto Amministrativo nei tre Paesi a diritto amministrativo per eccellenza, Francia, Germania e Italia, attraverso i suoi due aspetti, distinti ma correlati, della formazione di un settore della legislazione che corrisponda a tale denominazione da un lato, e dell'affermazione di una serie di studi e di studiosi specializzati in quel campo di indagine. In quegli anni, infatti, la Germania Imperiale raggiunge l'unità con la Costituzione e una serie di leggi amministrative che costituiranno oggetto di applicazioni ed elaborazioni originarie; in Francia con il notissimo *Arrêt Blanco* del 1873 viene identificato nel *service public* l'elemento che consente la sottoposizione alla giurisdizione del *Conseil d'Etat* una determinata attività amministrativa; in Italia la legge 31 marzo 1889 n. 5992 istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato consente l'affermazione di una giurisprudenza amministrativa e all'elaborazione di regole particolari. Sull'evoluzione del diritto amministrativo, nell'economia del presente lavoro, si rinvia *ex multis* a L. MANNORI, (voce) *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 5, p. 171 ss., nonché B. SORDI, (voce) *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *ivi*, p. 182 ss.

¹²⁵ Basato essenzialmente sulla dottrina economica di John Maynard Keynes, rappresenterebbe il secondo periodo di intervento, ricompreso tra la grande crisi del 1929 e il crollo dell'Unione Sovietica di inizio anni '90, quale figlio legittimo del dirigismo fascista per fronteggiare gli effetti della depressione a seguito della crisi del 1929, dove lo Stato interventista repubblicano, nato dall'incontro delle ideologie solidaristiche cattoliche e collettivistico-marxiste con quella liberale, interviene direttamente nell'attività economica, costituendo appositi centri di riferimento, che consentano l'attuazione delle varie strategie, ora di sostegno, ora di controllo, rispettivamente, l'IRI nel 1933, il Ministero partecipazioni statali nel 1956. Per una ricostru-

un modo e nell'altro, sotto il peso dei vincoli da essi stessi imposti o abrogati, e nell'incapacità di scongiurare le inevitabili crisi creditizie.

Quest'ultima considerazione, in particolare, impone a sua volta una rilettura sul delicato rapporto con le istituzioni europee. Infatti, se come è noto, sulle differenti teorie concernenti il ruolo ed i limiti dell'intervento pubblico nell'economia influiscono diversi fattori storico-politici e diverse *Weltanschauungen*, le condizioni congiunturali attuali, caratterizzate forse per la prima volta dalla contemporanea presenza tanto della crisi delle finanze pubbliche, strette sotto la morsa del Patto di stabilità e crescita e dalla crisi dei debiti sovrani del 2011, quanto dei capitali privati, ancora falciati dalla depressione finanziaria susseguente alla crisi dei mutui *sub-prime*, hanno imposto una doverosa riconsiderazione sul ruolo economico dello Stato, «tornato» sulla scena economica con strumenti differenti rispetto alla pervasività dei precedenti interventi¹²⁷, per contemperare anche gli effetti negativi della crisi sulla redistribuzione del reddito delle classi più esposte¹²⁸.

Il lento processo d'integrazione bancaria europea, alla luce delle problematiche riscontrate, ha mostrato tutti i suoi limiti, perché se da un lato gli Stati non dispongono più della libertà di manovra che avevano un tempo, è altrettanto chiaro che le relative funzioni non abbiano trovato una chiara allocazione in ambito europeo. Come è stato giustamente osservato «l'Europa *non fait et non fait faire*», perché preclude agli Stati di adottare delle chiare misure di politica economica, ma non si è ancora dotata di propri strumenti che consentano un interven-

zione storica del fenomeno cfr. *ex multis*, E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, Giuffrè, 1977.

¹²⁶ Basato essenzialmente sulla dottrina economica di matrice liberista della Scuola di Chicago dei premi Nobel Friedman e Stigler, rappresenterebbe il terzo periodo di intervento ricompreso tra il 1992 ed il 2008, dove a seguito del verificarsi di nuovi equilibri delle dinamiche socio-politiche, lo Stato ha deciso di «ritirarsi» dall'economia, determinando quella generalizzata «fuga» dal diritto amministrativo degli anni '90 sulla scia dell'enfasi pan-privatista che aveva coinvolto tutti i settori, compreso quello bancario, ritenuto erroneamente destinato ad orientarsi verso criteri di funzionamento sempre più vicini alle logiche di mercato. Il ritiro dello Stato dall'economia, tuttavia, non ha comportato il ritorno ad una posizione di neutralità, bensì ha assunto la qualifica di regolatore terzo, di arbitro tendenzialmente imparziale che fissa regole e vigila il rispetto attraverso apposite autorità indipendenti, previa dismissione delle partecipazioni pubbliche, la privatizzazione di enti e liberalizzazione dei servizi. Sull'affermarsi dello Stato regolatore cfr. *ex multis* A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000 e, con specifico riferimento al settore bancario, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore*, cit.

¹²⁷ Cfr. *ex multis*, P. SAVONA, *Il ritorno dello Stato padrone*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, nonché G. CERRINA FERRONI – G. F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico finanziaria e intervento dello Stato, Modelli comparati e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹²⁸ Cfr. da ultimo i rilievi di T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014.

to diretto nell'economia¹²⁹. Gli Stati nazionali, infatti, rimangono ancora gli unici enti sovrani a finalità generale in grado di impiegare risorse finanziarie correlate agli strumentali poteri normativi e amministrativi di controllo e promozione.

In tale frangente, pertanto, appare significativa la scelta italiana di concentrare l'intervento pubblico direttamente sul campo delle attività di intermediazione bancaria e creditizia. Tanto la Cassa depositi e prestiti, quanto la Società di gestione di Attività, infatti, oltre ad essere accomunate dal medesimo «socio pubblico»¹³⁰, a vivere lo stesso «paradosso bancario» e avere la stessa veste giuridica di intermediario non bancario ex art. 106 del Testo unico bancario, hanno anche lo stesso presupposto teorico di esistenza.

I riscontri fallimentari del mercato, infatti, hanno imposto al Legislatore la creazione di un centro istituzionale di riferimento di preminenti interessi pubblici, ma ancora permeato da una matrice privatistica ispirata al criterio dell'investitore di mercato.

Per massimizzare il valore dei crediti deteriorati ceduti, ed evitare al contempo che vengano rilevati sottocosto da investitori terzi, infatti, l'art. 5 comma 3 del menzionato d.l. 99/2017, ha autorizzato la Società di gestione di Attività¹³¹ ad amministrare i crediti e gli altri beni e rapporti giuridici acquistati «anche» in deroga alle disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale di cui all'articolo 108 del Testo unico bancario, compensando in tal modo i limiti strutturali dei nuovi requisiti patrimoniali che verrebbero totalmente aggirati.

Quanto alla Cassa depositi e prestiti, intervenuta prima quale partecipante sia del Fondo di risoluzione bancaria, e sia del fondo Atlante, e poi nella veste di Banca nazionale di promozione, è opportuno rilevare come la possibilità di impegno della gestione separata, se da un lato consente di convogliare il risparmio postale privato verso delle finalità politiche di tipo keynesiano, dall'altro presuppone un totale aggiramento dei limiti imposti dal patto di stabilità e crescita alla normativa di bilancio, e il tutto grazie ad un mero artificio contabile e normativo¹³².

¹²⁹ In questi termini, si veda G. M. CARUSO, *La gestione delle crisi bancarie in Italia fra vincoli di mercato e nuove prospettive di intervento pubblico nell'economia*, relazione tenuta al *Congreso internacional de derecho bancario. Problemas recurrentes de los mercados financieros: financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*. Valencia 26-27 ottobre 2017, in corso di pubblicazione tra gli atti del congresso.

¹³⁰ Sulla natura dello Stato azionista, e sulla ricostruzione giuridica della figura socio pubblico, si rinvia all'elaborazione scientifica di G. M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, Jovene, 2016, p. 560 ss.

¹³¹ Iscritta all'albo unico degli intermediari finanziari di cui all'art. 160 del TUB, quindi senza avere la licenza bancaria.

¹³² Cassa depositi e prestiti, infatti, è esclusa dalla nozione di «amministrazione pubblica» cui è rimessa all'attuazione delle politiche di bilancio, laddove l'art. 2 della legge 196/2009, de-

Su entrambe le società lo Stato ha la maggioranza del capitale sociale per previsione espressa legislativa¹³³ e, sebbene la gestione dell'ente debba essere ispirata ai criteri di sostenibilità economica, il potere di direttiva ministeriale e la composizione «allargata» del Consiglio d'amministrazione assicurano comunque che la gestione societaria possa trascendere da una prospettiva puramente reddituale per assicurare la missione di interesse generale assegnata dal legislatore.

L'insieme di questi aspetti, unito alla sostanziale libertà di intervento in una cornice normativa ancora poco chiara sull'effettivo ruolo delle *bad bank* pubbliche e delle banche nazionali di promozione, impone un'ulteriore riflessione sulla tenuta di un sistema ancora basato sul criterio dell'investitore di mercato come condizione di legittimità dell'intervento pubblico¹³⁴.

manda la relativa individuazione agli «enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica». Ma la nozione unitaria di amministrazione pubblica, ai fini contabili, rappresenta un aggregato composito elaborato in seno al *Sistema europeo dei conti nazionali e regionali*, il c.d. SEC2010 contenuto nel Regolamento (UE) n. 549/2013, quale sistema contabile in accordo con le linee guida internazionali stabilite nel Sistema dei conti nazionali delle Nazioni Unite che descrive in maniera sistematica e dettagliata il complesso di una economia «aggregata», i suoi componenti e le sue relazioni con altre economie. Cassa depositi e prestiti è stata così classificata come una «società finanziaria» appartenente al Settore S12 del SEC2010 e, nello specifico, rientra nel sotto-settore S.122 «altre istituzioni finanziarie monetarie»; restando così al di fuori del perimetro delle amministrazioni pubbliche (Settore S13), e le sue attività non incidono sul bilancio pubblico. Su tali aspetti, si veda BANCA D'ITALIA, *La trasformazione della Cassa depositi e prestiti in società per azioni e gli effetti sul debito pubblico*, in *Bollettino economico*, n. 42, 2004, nonché i dettagli tecnico-contabili rinvenibili in EUROSTAT, *Manuale del SEC2010 sul disavanzo e sul debito pubblico*, 2014.

¹³³ Cfr. a riguardo l'art. 5. Comma 2 d.l. 269/2003 per CDP e l'art. 7 del d.l. 59/2016 per SGA.

¹³⁴ Sull'origine del criterio, si veda per tutti l'elaborazione di A. PAPPALARDO, *La prise de participation de l'Etat dans le capital d'entreprises*, in *Interventions publiques et droit communautaire*, Pedone, 1988, p. 143. Per un approccio critico al criterio dell'investitore di mercato come condizione legittimante l'intervento pubblico, si vedano le considerazioni di G. M. CARUSO, *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione fra Stato azionista e Stato autorità negli incerti parametri europei*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1/2014, p. 113 e ss., per il quale «la valutazione che è chiamata a svolgere la Commissione è esposta ad una serie di fattori di complicazione che si innestano proprio nel processo di comparazione. L'assenza di standard comportamentali predefiniti, il non sempre agevole riscontro di un operatore privato in analoghe posizioni unitamente ai dubbi sulle prospettive temporali in cui deve realizzarsi la redditività dell'operazione posta in essere hanno reso l'applicazione del criterio tutt'altro che agevole». A livello comparato, ad analoghe considerazioni critiche sulla tenuta del modello è pervenuta anche la dottrina francese, che ha evidenziato come il modellamento sui comportamenti del privato non costituisca l'unica strada possibile per l'intervento pubblico nell'economia. Sul punto si rinvia *ex multis* a A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, Paris, 2010, p. 359; H. LESGUILLONS, *L'État actionnaire et le principe de l'investisseur privé*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 4/2003, p. 363, nonché B. VAN HANES - J. WOUTERS, *Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat*, in *Revue du marché unique européenne*, 2/1999, p. 39. È poi da evidenziare che il rischio, come componente ineludibile di ogni attività economica, non sia aprioristicamente valutabile e, proprio per tali ragioni la dottrina maggioritaria tende a criticare l'impostazione accolta dalle istituzioni europee che, cercando di considerare le

Riflessione che, tra l'altro, troverebbe anche un concreto substrato ideologico «privatistico» da parte dei recenti studi di economia comportamentale che, nel dimostrare come le scelte dei privati solo occasionalmente rispondono ad un effettivo criterio di «razionalità economica», hanno valso il Nobel del 2017 all'economista Richard Thaler¹³⁵.

A conclusione, pertanto, di quanto fin qui delineato sul nuovo modello di governo delle banche, è possibile trarre un'ulteriore considerazione conclusiva: le fondamenta dell'ordinamento amministrativo bancario non dipendono dalla eventuale qualificazione giuridica dell'attività in termini di servizio pubblico oppure dalla eventuale pubblicizzazione finanziaria o proprietaria dei vari istituti di credito, perché la relativa distinzione, basata su un approccio materialistico, ha perso di rilevanza a causa dell'inevitabile «temporalità» della relativa qualificazione.

Quel che rileva, semmai, è il fine primo e ultimo di garantire la stabile erogazione del credito all'economia reale, attraverso un apparato che, a prescindere dalla natura giuridica pubblica o privata, deve essere regolato, promosso, stimolato e corretto dai pubblici poteri per tutte le riscontrate finalità pubblicistiche.

varie misure in funzione delle prospettive di redditività prevedibile, sembra collidere con la stessa nozione di rischio d'impresa. Sul punto, A. PAPPALARDO, *op. cit.*; M. PARRISH, *On the private investor principle*, in *European Law Review*, 2003, p. 70.

¹³⁵ Si veda al riguardo il relativo contributo di R. THALER, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, W. W. Norton & Company. New York, 2015.

GLORIA SDANGANELLI

Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Torino

gloria.sdanganelli@live.it

LA FONDAZIONE TEATRALE COME ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO TRA REGIME NAZIONALE E EUROPEO

THEATRICAL FOUNDATION AS A PUBLIC LAW ORGANISM BETWEEN NATIONAL AND EUROPEAN REGIME

SINTESI

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2018, n. 858, offre una lettura più ampia delle nozioni di autorità aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico previste dalla normativa europea sugli appalti pubblici. Secondo il Consiglio di Stato, se il soddisfacimento di esigenze di interesse generale costituisce lo scopo di un'entità dotata di personalità giuridica e interamente posseduta o soggetta al controllo di un'autorità pubblica, questa va considerata come organismo di diritto pubblico con conseguente applicazione delle norme sugli appalti pubblici, nonostante quell'entità – per esempio, una società – operi in normali condizioni di mercato, sia a scopo di lucro e sostenga le perdite associate all'esercizio della sua attività. La logica alla base della disciplina europea sugli appalti pubblici risiede nell'esigenza salvaguardare il libero scambio tramite l'imposizione di norme giuridiche agli enti che siano espressione di un indirizzo politico. Tuttavia, si potrebbe sostenere che il fattore decisivo nel determinare se una società sia privata o governata dal diritto pubblico risieda nelle modalità di svolgimento della propria attività; se alle stesse condizioni di qualsiasi concorrente privato, ovvero con un profitto derivante dall'uso delle proprie risorse in vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori privati.

ABSTRACT

Council of State Decision No. 858 of 12 February 2018 deals with a broader reading of the notions of awarding authority and public law organism under European public procurement regulation. According to the Council of State, if meeting general interest needs is the purpose of an entity that has a legal personality and is wholly owned or subject to the control of a public authority, the company must be considered governed by public law. In this case, the rules on public procurement apply even if the company operates in normal market conditions, is for profit, and bears the losses associated with carrying on its business. The rationale behind the European regulation is to safeguard the free

trade principle among entities which may be seen as an expression of politics. Whereas, on the opposite, the factor in determining if a company is private or governed by public law should be precisely whether the entity operates under the same conditions as any private competitors, or, conversely, has advantages compared to private sector counterparts and, consequently, uses its resources in a way which might be anti-competitive.

PAROLE CHIAVE: Organismo di diritto pubblico, contratti pubblici, amministrazioni aggiudicatrici; concorrenza e libero mercato, perseguimento d'interessi di ordine generale.

KEYWORDS: Public law organism, public contracts, awarding authorities, free trade and competition, pursuit of general interest needs.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il caso Fondazione Teatri di Reggio Emilia. Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2018 n. 858. – 2.1. I contratti di diritto pubblico nel mercato concorrenziale europeo. – 2.2. Regime di libero mercato e perseguimento di interessi d'ordine generale. – 3. Profili critici.

1. Premessa.

Il Consiglio di Stato torna a confrontarsi con il fenomeno – tratteggiato nella sua oggettività da una consolidata legislazione europea¹ – dell'organismo di diritto pubblico, con un'interessante sentenza che ne estende il perimetro applicativo agli enti di diritto privato, come le fondazioni, esercenti attività d'impresa. I punti affrontati nella decisione risentono della lunga evoluzione dell'istituto, caratterizzato da una prima fase in cui i destinatari del diritto comunitario degli appalti pubblici erano individuati nella Direttiva n. 71/305/CEE in un elenco chiuso, poi divenuto, nella prassi, uno strumento a maglie larghe in quanto una pluralità di enti privati, ma sostanzialmente pubblici sotto l'aspetto funzionale, ne avevano di fatto vanificato l'applicazione.

Per prevenire l'elusione della disciplina comunitaria da parte di enti morfologicamente ibridi, è intervenuto il legislatore con la Direttiva n. 89/440/CEE, modificata dalla Direttiva n. 93/37/CEE, che ha istituito la figura dell'organismo di diritto pubblico con l'obiettivo di superare il criterio meramente classificatorio e tassativo degli elenchi, inadeguati, nella loro portata previsionale, a estendere l'applicazione della stringente normativa comunitaria². Il legislatore comunitario

¹ La Direttiva n. 89/440/CEE, modificata dalla Direttiva n. 93/37/CEE ha individuato gli «organismi di diritto pubblico», accomunati dalla presenza di tre fattori: la personalità giuridica; l'attività «*finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*»; gli scopi di interesse generale, privi di carattere industriale o commerciale.

² T.A.R. Aosta, 15 novembre 2007, n. 140, in *Giur. merito*, 5, 2008, 1450 ss., con nota di L. NANIA, che annota l'evoluzione storica della legislazione comunitaria caratterizzata, in una

ha, in tal modo, inseguito il bisogno di porre riparo all'incertezza determinata da una fonte verso cui si riscontravano, sin dal suo esordio, «*aspetti di minor durata e quindi maggiore labilità*»³.

La soluzione della sentenza annotata, favorevole ad estendere il perimetro dei soggetti pubblici *stricto sensu*, sembra non tener conto di un certo numero di decisioni del giudice europeo tutte ordinate a negare la qualifica di organismo di diritto pubblico a quei soggetti che operano in normali condizioni di mercato, perseguono scopi di lucro e subiscono perdite connesse all'esercizio delle varie attività (su cui *infra*, § 3). Ciò, sebbene il requisito funzionale richiesto dall'art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 osti a un'interpretazione dell'organismo di diritto pubblico sganciata dall'elemento concorrenziale. Eliminato ogni riferimento al mercato, la decisione sembra piuttosto suggerire, con motivazione stilisticamente sobria e a tratti sbrigativa, che è la cura degli interessi generali a costituire l'elemento qualificante ed ineliminabile del soggetto pubblico, giustificando l'estensione della disciplina speciale a soggetti operanti *iure privatorum* ma cui si riconosce l'esercizio di compiti di spiccata valenza pubblicistica⁴.

La soluzione prescelta soffre, in tal modo, il limite di sacrificare le esigenze di certezza del diritto e di legalità nel difficile tentativo di superare gli inconvenienti di una definizione di tipo “chiuso” di persona giuridica di diritto pubblico⁵.

2. Il caso Fondazione Teatri di Reggio Emilia. Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2018 n. 858.

La questione trae origine dalla gara indetta dalla Fondazione “I Teatri” di Reggio Emilia per l'affidamento del servizio di assistenza al pubblico presso il Teatro Municipale “Romolo Valli”, il Teatro “Ariosto” ed il Teatro “Cavallerizza” di Reggio Emilia. A fronte della controversia sorta in relazione a detto appalto, il giudice di primo grado aveva ritenuto infondata l'eccezione di giuri-

prima fase, da un'eccessiva fiducia verso gli enti «*controllati dallo Stato o da enti territoriali e diretti al soddisfacimento di esigenze di rilevanza pubblicistica*» che, nella realtà, si sottraevano al rigore della nascente legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici.

³ Va richiamato il vivido pensiero di F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 40-41.

⁴ L'evoluzione dei rapporti tra pubblico e privato, se da un lato non può negare l'ingresso di strumenti tipici del diritto privato – caratterizzati da una logica paritaria in cui si annulla ogni componente autoritativa –, al tempo stesso non deve far pensare ad una ipotesi di «*eutanasia del diritto amministrativo*». Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 7. L'impiego degli strumenti del diritto privato, previsto dall'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, non persegue, infatti, lo scopo di fuggire il principio di legalità, ma, al contrario, può essere impiegato efficacemente dall'amministrazione come modello strumentale e collaborativo per conseguire una finalità di pubblico interesse.

⁵ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, pp. 3827 ss.

sdizione sollevata dalla fondazione che sosteneva di essere esclusa dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici. Le conclusioni del Tribunale sono reiterate dal Consiglio di Stato con sentenza che dà conto delle più rilevanti questioni che si agitano intorno alla definizione di organismo di diritto pubblico nello specifico ambito occupato dalle fondazioni teatrali⁶.

La difesa degli appellanti ha profilato l'esclusione della fondazione dal novero degli organismi di diritto pubblico sulla base dei rilievi per cui: *a*) essa opera nell'ambito di un mercato in una posizione di concorrenza con operatori, pubblici e privati; *b*) non riceve finanziamenti pubblici bensì solo contributi con destinazione di pubblico spettacolo, ottenuti, tra gli altri, tramite capacità di venderlo adeguatamente sul mercato, alle medesime condizioni di un operatore privato; *c*) le eventuali perdite subite dall'ente non sono ripianate mediante interventi finanziari di soci pubblici; *d*) la fondazione è tenuta statutariamente al rispetto del vincolo di bilancio; *e*) la gestione si fonda su criteri di rendimento, efficacia e redditività, ciò che implica l'esposizione ad un rischio di impresa; *f*) gli obiettivi della fondazione sono rivolti alla produzione di servizi destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, con una caratterizzazione marcatamente commerciale.

Il Consiglio di Stato, non condividendo l'impianto difensivo degli appellanti, ha confermato il difetto di giurisdizione dichiarato in primo grado sulla base di interessanti – anche se non sempre convincenti – considerazioni volte a ravvisare il perseguimento di interessi di carattere generale attraverso un'indagine incentrata non già sulla *natura* del bene o servizio offerto, ma, precisamente, su quella del *bisogno* soddisfatto.

2.1. I contratti di diritto pubblico nel mercato concorrenziale europeo.

L'esegesi della decisione richiede due preliminari considerazioni. L'una, preparatoria alle successive annotazioni, sul ruolo che i contratti pubblici svolgono nel regime concorrenziale europeo; l'altra, sul percorso ricostruttivo registrato negli ultimi decenni intorno alla fattispecie dell'organismo di diritto pub-

⁶ La pronuncia in questione segue due altre recenti decisioni del Consiglio di Stato che sono intervenute sul binomio fondazione teatrale-organismo di diritto pubblico. Si tratta, in particolare, di Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5031 (caso Fondazione Arena di Verona) nonché di Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5026 (caso Fondazione Teatro San Carlo di Napoli). Rispetto al caso di specie, nelle richiamate decisioni il riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico è impiegata dal giudice amministrativo non già per giustificare l'applicazione delle regole delle gare ad evidenza pubblica, ma per confermare che le fondazioni, in quanto pubbliche amministrazioni, sono tenute a rispettare le previsioni di razionalizzazione della spesa pubblica previste dal d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012 n. 135 (cd. «*Spending review*»).

blico e sulle configurazioni che ne hanno variamente dato la dottrina e la giurisprudenza nazionale e europea.

Sotto il primo aspetto è appena da rammentare come il processo d'integrazione europea, reso possibile attraverso fenomeni di trapianti giuridici e da un'accentuata circolarità dei modelli istituzionali, abbia contribuito alla formazione di uno *ius commune europæum*⁷ proprio nell'ambito della regolamentazione della libertà di stabilimento⁸ e dell'accesso al mercato degli operatori economici. Non è escluso il settore degli appalti pubblici, in cui la tutela della concorrenza, declinata nella regola della concorsualità, costituisce il limite esterno dell'autonomia negoziale dell'amministrazione per conseguire il bilanciamento dell'interesse del mercato (*par condicio* fra gli operatori) e dell'efficiente allocazione di risorse pubbliche⁹.

Il soggetto pubblico può influenzare il mercato sia quale produttore, tramite proprie imprese, di servizi e beni in un regime particolare, sia come

⁷ L'espressione è di L. SOVERINO, *Integrazione europea e organismo di diritto pubblico: il contributo anglosassone al requisito della personalità giuridica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 3-4, p. 567. Secondo M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, p. 301, l'integrazione europea e lo sviluppo delle politiche comunitarie, dapprima delimitate e poi sempre più ampie, consentirebbero, secondo il metodo funzionalista, di definire l'attuale sistema comunitario europeo come un ordinamento prevalentemente a diritto amministrativo. Per un'ampia disamina sul concetto di diritto amministrativo europeo si vedano, su tutti, S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 11 ss., in cui si chiarisce che il principale effetto del processo di integrazione fra diritto europeo e diritto nazionale è che «i sistemi nazionali pur se non obbligati, saranno portati a darsi degli ordinamenti simili a quello superiore», onde i regimi nazionali, una volta stabilito un minimo comun denominatore, «potranno più facilmente trapiantare istituti propri di altri ordinamenti amministrativi nazionali». Cfr. altresì, dello stesso A.: *An European Administrative Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2017, p. 1319, che si sofferma sull'esigenza di un più incisivo *judicial dialogue* nell'ambito di un sistema giudiziario europeo a diritto amministrativo fino a domandarsi «How can shared sovereignty and judicial independence be combined? In the end, will fundamental rights be safeguarded more, or will they be safeguarded less?». Sullo stesso tema si vedano ampiamente J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 3 ss. nonché M.P. CHITI, *I signori del diritto amministrativo comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 741 ss.; e in seguito ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 105 ss.; cfr. altresì A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 3-4, pp. 859 ss.

⁸ La libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, a sua volta basata sul principio di parità di trattamento, garantisce nel territorio di ciascun Stato membro l'accesso alle attività economiche e al loro esercizio vietando, per converso, le misure nazionali che avrebbero l'effetto di rendere l'accesso al mercato meno attraente e più difficoltoso per gli operatori stranieri. Sul tema, in generale, si vedano M. CODINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 159 ss.; D. DIVERIO, *Art. 49 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR, M.C. BARUFFI, Padova, Cedam, 2014, pp. 350 ss.

⁹ E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 5, p. 1115.

operatore economico che detiene una quota assai rilevante di domanda dei medesimi servizi e beni¹⁰, il cui valore elevatissimo è in grado di incidere sulle politiche di spesa pubblica. Il rapporto privilegiato tra amministrazione e mercato si lascia, così, contestualizzare nel nutrito dibattito della commistione tra diritto pubblico e privato¹¹ che connota i moderni sistemi del diritto amministrativo, e segnatamente, il settore dei contratti pubblici¹². A differenza del diritto dei privati, che si disinteressa – di regola e salvo i correttivi imposti dall'applicazione principio di buona fede¹³ – al modo di formazione della vo-

¹⁰ A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Plus, 2011, p. 36. Per un'ampia disamina della casistica e delle modalità con cui l'Autorità pubblica può condizionare il funzionamento dei mercati, con effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive di quest'ultimi, cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, p. 19, in cui l'A. osserva come le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, considerate come attori che operano principalmente dal lato della domanda in molti mercati, se efficienti, siano idonee a determinare l'effetto complessivo di favorire il successo sul mercato delle imprese migliori. Se viceversa il processo di selezione è distorto da fenomeni corruttivi o da altri tipi di conflitti di interesse, «l'effetto è quello di concorrere al successo sul mercato di imprese capaci di sfruttare a proprio favore le procedure di gara piuttosto che di fornire prestazioni ottimali».

¹¹ Sul rapporto dicotomico tra pubblico e privato non può che rinviarsi al pensiero di N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in AA.VV. *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1974, pp. 2287-2200. L'A. muove dalla considerazione che le categorie pubblico/privato rappresentano una «coppia dicotomica», una «grande dicotomia» che consentono di «dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda». L'A. osserva che in una visione storica oltre che sistemica, diritto privato e diritto pubblico figurano non già come le due parti del sistema giuridico, ma «come i due momenti dell'evoluzione del diritto, come due fasi del diritto considerato nel suo processo». Ciò è particolarmente visibile nel solco della c.d. tendenza alla privatizzazione – e per converso alla pubblicizzazione – che porta a definire «un momento prevalentemente privatistico e di un momento prevalentemente pubblicistico del diritto». La tendenza universalizzante della prima categoria sulla seconda – e viceversa – risulta, così, nell'affermazione che «il vero diritto è uno solo». Tali notazioni vanno recuperate nella loro attualità perché idonee a descrivere l'evoluzione dell'azione dei pubblici poteri a seconda che si adotti la visuale della concezione “privatistica” o “pubblicistica” dei rapporti di diritto. Invero, secondo la prima, i rapporti di diritto pubblico «vengono espulsi dalla sfera giuridica come rapporti di potere o di forza, che si sottraggono in quanto tali alle regole valide per i rapporti di diritto privato». Al contrario, in una concezione pubblicistica, «i rapporti di diritto privato vengono estromessi come rapporti di mera convenienza o di opportunità, come rapporti sociali generici non protetti dal sistema normativo statale. Nella prima concezione il diritto pubblico viene sospinto nella sfera dell'extra-giuridico; nella seconda, il diritto privato viene relegato nella sfera del pre-giuridico».

¹² Com'è noto, mentre la fase esecutiva del contratto è attratta dal diritto comune e si esplica in atti di natura non autoritativa risistemati, in senso dogmatico, nell'art. 1, comma 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, la formazione progressiva del contratto segue un regime tipico dovuto alla natura pubblicistica di uno dei soggetti contraenti.

¹³ La buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) costituisce, precisamente, il rimedio offerto dall'ordinamento a tutela della libertà negoziale, imponendo obblighi attivi di protezione e di informazione finalizzati a salvaguardare il reciproco interesse delle parti a non subire coartazioni e inganni nella fase antecedente alla conclusione del contratto. Tali obblighi positivi di condotta, che secondo la Relazione ministeriale al codice civile richiamano «nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il

lontà dei contraenti, la disciplina sugli appalti pubblici ha lo scopo di compensare le debolezze dell'amministrazione come attore economico, procedimentalizzando il momento formativo della volontà negoziale e delimitando, in tal modo, il rischio di far valere ragioni diverse dall'interesse pubblico¹⁴.

Le esigenze di massima apertura concorrenziale, assommate agli inconvenienti di una definizione di tipo "chiuso" di persona giuridica di diritto pubblico¹⁵, determinano una tendenziale espansione dei soggetti – formalmente privatistici ma sostanzialmente di matrice pubblicistica – tenuti ad applicare la disciplina sostanziale delle amministrazioni pubbliche.

2.2. Regime di libero mercato e perseguimento di interessi d'ordine generale.

Quella che è stata definita la "fuga" nel diritto privato¹⁶, vale a dire la propensione ad "abolire" il soggetto pubblico per usufruire dell'autonomia negoziale propria dei soggetti di diritto privato¹⁷, ha subito una battuta d'arresto a causa della soverchiante incidenza del diritto europeo, imponendo «l'applicazione del modello di evidenza pubblica ben oltre il tradizionale limite soggettivo dei contratti stipulati dagli enti pubblici»¹⁸.

*giusto riguardo all'interesse del creditore», vanno intesi in senso oggettivo come espressione del dovere di solidarietà, costituzionalmente garantito, imponendo a ciascuna delle parti contraenti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Sul tema sia appena consentito il doveroso rinvio a V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, Cedam, 1969, *passim*; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, Cedam, 1977, *passim*; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988; R. SACCO, *La buona fede nella fase precontrattuale*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*.*

¹⁴ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., pp. 7 ss.

¹⁵ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, pp. 3827 ss.

¹⁶ L'espressione è tratta da F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 649. Il grimaldello degli strumenti giuridici di diritto privato al fine di superare il principio di legalità è stato impiegato nel settore pubblico fino a che l'ordinamento nazionale è entrato in collisione con quello comunitario, «il quale ha tipizzato e reso obbligatorio il procedimento negoziale degli organismi di diritto pubblico, cioè delle persone giuridiche formalmente di diritto privato riconducibili a pubbliche amministrazioni attraverso indici di identificazione».

¹⁷ A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i "social impacts bonds"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, p. 69, chiarisce, peraltro, con una certa prudenza, che tale caratteristica «non deve essere assunta solo come il limite dell'uso del contratto nei rapporti con e della Pubblica Amministrazione» ma, più precisamente che la stessa sia impiegata come il vero criterio ordinatore di alcuni di essi.

¹⁸ Cons. Stato, Sez V, 1 aprile 2000, n. 2078, in *Urb. app.*, 2000, pp. 528 ss., con nota di F. CARINGELLA.

La tutela della concorrenza è stata conseguita dal legislatore europeo ricavando una categoria di «*amministrazioni aggiudicatrici*» inclusiva di enti che, per il diritto interno, non sono – soggettivamente – pubbliche amministrazioni. In particolare, il passaggio da una nozione formale ad una funzionale¹⁹ di amministrazione aggiudicatrice è espresso nei tre requisiti richiesti – cumulativamente²⁰ – dalla normativa comunitaria nei termini recepiti dall'art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Si tratta, in particolare di:

a) finalizzazione istituzionale al soddisfacimento di specifiche «*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale*» (cd. requisito teleologico);

b) possesso di personalità giuridica, anche di natura privata (cd. requisito soggettivo);

c) attività finanziata in percentuale maggioritaria «*dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*» o, in alternativa, «*la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, o da altri organismi di diritto pubblico*» (cd. requisito oggettivo).

L'interpretazione del requisito soggettivo non solleva questioni particolarmente insidiose. L'acquisto di personalità giuridica è presupposto della stessa capacità di essere parte di un contratto per la prestazione di servizi o di beni all'amministrazione. La quasi totalità degli enti qualificati quali organismi di diritto

¹⁹ Il Giudice del Lussemburgo ha più volte ribadito la necessità di attribuire alla nozione di organismo di diritto pubblico una caratterizzazione di tipo funzionale, e ciò alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive sugli appalti pubblici. Cfr. in particolare, Corte giustizia UE, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *UAB LitSpecMet c. UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas*, § 31; 15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, § 53. La Corte ha anche precisato che, rispetto a tale duplice scopo, la nozione di organismo di diritto pubblico debba essere interpretata estensivamente. Cfr. Corte giustizia CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, § 43.

²⁰ Sul carattere cumulativo di detti requisiti, salvo il carattere alternativo di quelli di cui al punto c), v. Cass., Sez. un., 7 aprile 2010 n. 8225, nonché Corte giustizia CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri contro. Strobal Rotationsdruck GesmbH*. Di recente: Corte giustizia UE, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *UAB LitSpecMet c. UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas*, § 30, ove si chiarisce che «*le condizioni enunciate da tale articolo hanno carattere cumulativo, di modo che, in assenza di una sola di tali condizioni, un organismo non può essere considerato "organismo di diritto pubblico" e, pertanto, amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18*».

to pubblico sono società di capitali, dotati, pertanto, di personalità giuridica²¹ secondo le regole di diritto comune. Maggiori dubbi emergono, invece, dall'interpretazione dei requisiti teleologico e oggettivo.

Nel primo caso vale la pena notare come la norma richieda *contestualmente* sia la sussistenza di un requisito positivo (il perseguimento di un interesse generale) sia di un requisito negativo (l'assenza del carattere industriale o commerciale delle esigenze generali perseguite dall'ente). Nella ricerca degli indici di pubblicità dell'ente, la giurisprudenza della Corte di giustizia appare orientata a rinvenire il carattere industriale o commerciale – e perciò a escludere la natura di organismo di diritto pubblico – in quei bisogni che si ritiene possano essere soddisfatti da altri operatori presenti sul mercato²². Non è amministrazione aggiudicatrice ai sensi della disciplina europea, pertanto, il soggetto che opera in un contesto concorrenziale sopportando totalmente il rischio economico d'impresa²³. Per converso, la mancata esposizione alla concorrenza, assieme alla irrinunciabilità del servizio svolto e l'obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento, valgono a considerare l'ente quale organismo di diritto pubblico. Il discrimine si basa sull'assunto che, in presenza di tali indici, l'ente o la società po-

²¹ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., p. 3827.

²² Corte giustizia CE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e 260/99, *Soc. Agorà c. Ente autonomo Fiera internazionale di Milano*. Sul punto cfr. ampiamente *infra*, § 3.

²³ Tale precisazione appare dirimente nel differenziare le figure, apparentemente affini, dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico. La dottrina più acuta (G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto primo (nota a Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, n. 44)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 3-4, pp. 733 ss.) aveva già rappresentato le insidie derivanti dall'utilizzo in forma sovrapponibile dei due istituti, a meno che – si suggeriva – tale distinzione non fosse collegata ad un *discrimen* tra “imprese vere” e “imprese false”, con sostanziale conferma della separazione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica, sia pur basata su connotazioni sostanzialistiche non prive di opinabilità e di implicazioni discutibili. Invero, sin dalla Direttiva n. 93/38 sugli appalti dei settori “ex esclusi”, le due fattispecie appaiono ben distinte, e non del tutto sovrapponibili tra loro. Anche la giurisprudenza (v. T.A.R. Lazio – Roma, sez. II-ter, 18 febbraio 2013, n. 1778) ha introdotto un criterio discrezionale che appare di agevole comprensione e applicazione. La differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l'impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento, subisce o può subire perdite commerciali. Al contrario, l'organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell'ente di riferimento. Per un approfondimento dottrinale sulla distinzione tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica, si rinvia ai pregevoli contributi della raccolta a cura di M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 79 ss. Per la giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930, in *Foro amm. (II)*, 2017, 12, 2393 ss., in cui si nega la qualificazione di organismo di diritto pubblico ad una società aeroportuale a capitale prevalentemente pubblico, ricavandone, invece, la natura di impresa pubblica ai sensi della lettera f) dell'art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, mancando l'elemento teleologico consistente nella sua istituzione «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale».

trebbe lasciarsi guidare, nell'aggiudicazione dei suoi appalti, da considerazioni diverse da quelle economiche²⁴, sacrificando le esigenze concorrenziali che costituiscono il nucleo forte dei diritti tutelati dai Trattati europei²⁵.

Nel dibattito che si agita intorno alle questioni esaminate non può prescindersi, in ogni caso, dalla nota sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *Taitotalo*²⁶ che, valorizzando i profili funzionali²⁷ dell'organismo di diritto pubblico, ne ha fornito un decisivo chiarimento in ordine al profilo definitorio. Secondo il giudice europeo, il riconoscimento del carattere commerciale o industriale dell'attività dall'ente va ricercato nella sua presenza all'interno del mercato competitivo, anche tenendo conto dell'eventuale ricerca di un profitto economico.

Ben diversamente si muove una recente decisione della Corte di giustizia²⁸ (caso *LitSpecMet*) nel solco di un'interpretazione estensiva offerta da risa-

²⁴ Corte giustizia CE, 10 aprile 2008, causa C-393/06, *ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*.

²⁵ M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi.it*, 6/2008, spiega la nascita della figura dell'organismo di diritto pubblico come risposta all'esigenza di coprire le situazioni di diritto interno caratterizzate da privatizzazioni formali senza liberalizzazione dei relativi mercati. Esulerebbero, pertanto, sia le situazioni di «*privatizzazione sostanziale*», cioè caratterizzate dal venir meno della proprietà pubblica, sia quelle caratterizzate dal permanere della proprietà pubblica di un'azienda, ma in condizioni di mercato effettivamente liberalizzate.

²⁶ Corte giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Arkkitehtuutoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtuutoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c. Varkauden Taitotalo Oy*, con il commento di L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 9, pp. 2498 ss. L'interpretazione funzionalista della nozione di organismo di diritto pubblico, volta ad attrarre nel perimetro del principio di legalità anche soggetti formalmente privatistici ma sostanzialmente di matrice pubblicistica alle regole sui contratti pubblici, sconta il limite di assicurare l'uniformità e la certezza del diritto. Infatti, «*i confini della nozione e del relativo obbligo di dar corso a procedure ad evidenza pubblica restano legati ad una valutazione opinabile*». Per altro verso, l'impiego dell'istituto in esame, richiedendo uno sforzo interpretativo sul profilo dell'attività, «*non risolve il problema della natura dei soggetti che svolgono sia attività che influiscono sulla concorrenza intracomunitaria ed altre, invece, irrilevanti a quel fine*».

²⁷ Per un'ampia disamina dell'approccio funzionalista si rinvia a M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 137 ss.; G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. app.*, 1997, p. 505; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, p. 51; F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 79 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, 3827 ss.; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 155 ss.

²⁸ Corte giustizia UE, 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *UAB LitSpecMet c. UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas*.

lenti – e apparentemente superate – decisioni dei giudici europei in materia²⁹, alle quali non è estranea la decisione in commento. Secondo il giudice europeo, lo scopo di lucro e le perdite d'esercizio, anche se associati all'esistenza di una concorrenza articolata non escludono, di per sé, la sussistenza di interesse generale che caratterizzi l'organismo nel perimetro del diritto pubblico. Con un passaggio argomentativo che consente di mantenere l'impronta pubblicistica dell'ente purché questi «*si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche*», il giudice europeo sembra, così, alludere a un controllo giudiziale sulla *governance* della società.

Anche per la giurisprudenza nazionale – seppur con risultati eterogenei (*infra*, § 3) – il posizionamento nel mercato assume un ruolo determinante al fine di ritenere integrato o meno il requisito teleologico della nozione di organismo di diritto pubblico³⁰.

Ulteriori aspetti problematici sono stati calamitati dal perimetro applicativo del requisito (oggettivo) richiesto dall'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006, che si declina nelle tre ipotesi alternative di influenza pubblica dominante (finanziamento maggioritario; nomina della maggioranza dei componenti negli organi esecutivi; controllo sulla gestione dell'ente). Tali indici fanno presumere che la decisione dell'ente non sia scindibile dalla volontà di un organismo già qualificato come amministrazione; ciò rende probabile, in considerazione dell'influenza determinante del soggetto pubblico, che anche l'organismo che la subisce sarà portato a svolgere la propria attività con logiche diverse da quelle

²⁹ Tale orientamento aveva trovato compiuta espressione con le sentenze della Corte giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*, e 10 novembre 1996, C-360/96, *BFI Holding*. In entrambe le decisioni i giudici europei curano di precisare – con evidente preoccupazione per l'elusione delle norme sull'evidenza pubblica e coerentemente con l'intenzione del legislatore storico – che affinché un ente sia qualificato come organismo di diritto pubblico non occorre che l'attività volta alla soddisfazione di bisogni di carattere non industriale o commerciale abbia carattere prevalente; né che la presenza di un mercato concorrenziale di imprese private possa di per sé rappresentare una ragione sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato sia qualificato come organismo di diritto pubblico.

³⁰ Cass., Sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giust. civ.*, 7-8, 2010, p. 1640, con nota di A. LAMORGESE. Nel caso di specie, la Corte ha cassato la sentenza del Consiglio di Stato che aveva affermato la propria giurisdizione, anziché quella del giudice ordinario, in una controversia relativa all'esclusione da una gara indetta da una società consortile (nella specie, Centro agroalimentare di Napoli) sul presupposto che tale ente, avendo ad oggetto statutario la costruzione e gestione di mercati agroalimentari, fosse tenuta in quanto organismo di diritto pubblico a seguire il procedimento ad evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti. Le conclusioni cui perviene la Corte si fondano, coerentemente all'indirizzo dei giudici europei, sul rilievo che l'ente, svolgendo attività in regime di concorrenza e sopportando direttamente i rischi economici connessi alle attività previste dall'oggetto sociale, sia privo del carattere pubblicistico e soggiaccia, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario.

di un operatore privato³¹. La nozione di influenza dominante presuppone, del resto, uno stretto legame (che andrà minuziosamente provato) dell'ente o della società al potere pubblico, tale che quest'ultimo possa incidere dall'esterno – e non semplicemente mediante il normale funzionamento dei meccanismi societari – sulle attività realizzate dal primo, sì da garantirne la coerenza rispetto alle finalità pubbliche perseguite.

L'influenza dominante derivante dal finanziamento «*dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*» non include l'ipotesi di *mero corrispettivo*, laddove, al contrario, non v'è nesso di sinallagmatica tra la prestazione svolta e il beneficio economico eventualmente percepito dall'ente o dalla società. In aggiunta, la norma richiede che il finanziamento sia “maggioritario”; ciò lascia intendere che i finanziamenti provenienti dal soggetto pubblico dovranno essere superiori alla metà delle entrate complessive dell'ente di riferimento³². Quanto al potere di nomina, questo può costituire il riflesso sia di una partecipazione sociale maggioritaria, sia derivare da una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, o ancora in poteri speciali attribuiti dalla legge, dagli atti sociali, o ancora da patti parasociali stipulati «*al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società*» (art. 2341-bis, comma 1, c.c.).

L'ultima tra le forme di influenza pubblica dominante³³ – il controllo sulla gestione – potrebbe, a ben vedere, suscitare una certa affinità semantica tra l'organismo di diritto pubblico e le società *in house*.

Il fenomeno dell'*in house providing*, familiare sia all'esperienza comunitaria che a quella italiana, si verifica, com'è noto, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda affidare servizi ad un soggetto nei confronti del quale «*esercita un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi*» e contestualmente, quest'ultimo «*realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti*

³¹ Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930, in *Foro Amm.* (II), 2017, 12, pp. 2393 ss., in cui si nega la qualifica di organismo di diritto pubblico ad una società aeroportuale a capitale prevalentemente pubblico, ricavandone, invece, la natura di impresa pubblica ai sensi della lettera t) dell'art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, mancando l'elemento teleologico consistente nella sua istituzione «*per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*».

³² Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5031, in *Guida dir.*, 2018, 1, p. 84, con nota di A. MASARACCHIA.

³³ La casistica giurisprudenziale ha impiegato, del resto, la nozione di controllo prevalente ai sensi dell'art. 3, cit., nel definire «*organismi di diritto pubblico*» figure soggettive anche molto diverse fra loro, come la Fondazione Ca' d'Industria (Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2843); la Fondazione La Biennale di Venezia (Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362), le Autorità Portuali (Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6146), gli Aeroporti di Milano Linate e Malpensa (Cons. Stato, Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934) e gli Aeroporti di Roma (Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026).

*locali che lo controllano»*³⁴. La medesimezza del meccanismo gestorio tra il soggetto pubblico e la società *in house* rende superfluo, per il diritto comunitario, il ricorso alle regole sui contratti pubblici. Da qui il rilievo secondo cui riconoscere all'ente natura pubblicistica o di affidataria *in house* potrebbe significare, di fatto, sottoporlo o, all'opposto, esentarlo, dall'applicazione delle norme concorrenziali ad evidenza pubblica³⁵. L'intervento chiarificatore della Corte di giustizia³⁶, che ha ammesso l'affidamento *in house* solo per il caso di soggetti con *totale* partecipazione pubblica, comprova come vi sia soluzione di continuità tra le due figure dell'*in house providing* e dell'organismo di diritto pubblico. Ciò, sia in quanto sia i due requisiti del controllo analogo e della prevalenza dell'attività a favore dell'ente affidante sussistono certamente per l'*in house* – anzi, ne rappresentano il tratto distintivo – ma non anche per l'organismo di diritto pubblico, sia per la diversa *ratio* che sorregge i due istituti. La nozione di organismo di diritto pubblico si limita ad ampliare l'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a soggetti fondamentalmente privati, in considerazione dell'influenza proprietaria e del controllo su di essi esercitato da uno o più soggetti pubblici. Nell'*in house*, invece, tale disciplina subisce una deroga per quegli enti privati a partecipazione pubblica totalitaria che operano come *longa manus* dell'amministrazione al quale sono legati, per effetto di un controllo analogo a quello che la prima è in grado di esercitare sulle proprie strutture.

3. Profili critici.

Tale ricostruzione interessa il nostro discorso, dato che, per la decisione in commento, la fondazione culturale è un organismo di diritto pubblico che presenta elementi del regime amministrativo che seguono generalmente gli enti pubblici. Ciò suscita subito due ordini di considerazioni. Il primo, sul tema del rispetto del vincolo di bilancio come indice di imprenditorialità dell'ente; il secondo, sulla compatibilità tra la sua dimensione concorrenziale e il perseguimento di finalità non imprenditoriali.

³⁴ Per un inquadramento sulla figura dell'*in house providing* è utile guardare allo spunto ricostruttivo fornito da Corte giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal Srl c. il Comune di Viano e la Società per il Consorzio Gas-Acqua (AGAC) di Reggio Emilia*.

³⁵ Non sfugge che i criteri di qualificazione dell'*in house providing* appaiono ben più stringenti rispetto ai requisiti richiesti per l'organismo di diritto pubblico, ciò che agevola l'interprete nel valutare correttamente i rapporti intercorrenti tra i due istituti considerati. Sul punto cfr. L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 4, pp. 739 ss.

³⁶ Corte giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lohchau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

Il vincolo di bilancio, impresso statutariamente alla fondazione come regola di condotta per accreditarsi nel mercato dei servizi teatrali, non è, per il Consiglio di Stato, «*sintomo della natura del tutto privata di una persona giuridica*». È un tratto della motivazione non del tutto persuasiva, specie nel richiamo ai «*criteri di corretta amministrazione, efficienza, economicità della gestione*» alla cui osservanza l'ente è tenuto ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90, che impone ai soggetti di diritto privato preposti a funzioni amministrative «*il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*»³⁷.

L'argomento trattato è interessante e merita un'ulteriore riflessione. La disciplina legale delle fondazioni (artt. 14 ss. del codice civile) configura l'esercizio di un'attività commerciale come modo di realizzazione dei propri scopi statuari senza che ciò si ponga in contrasto con lo scopo non lucrativo che ne rappresenta, invece, l'elemento caratterizzante³⁸. Del resto, lo svolgimento di un'attività economica organizzata al fine della produzione o lo scambio di beni e servizi non coincide, nell'ottica dell'art. 2082 c.c., con il perseguimento di uno scopo *necessariamente* lucrativo (o di lucro c.d. soggettivo), visto

³⁷ La sentenza annotata sembra non dare sufficiente rilievo all'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 nel solco di un atteggiamento giurisprudenziale piuttosto tiepido nella valorizzazione di tale disposizione che, invece, riserva molteplici spunti di riflessione anche per il richiamo operato nell'art. 7 del codice del processo amministrativo («*per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*»). Sul punto cfr. anche I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, pp. 542 ss.

³⁸ L'elemento finalistico c.d. *non profit* rappresenta, tradizionalmente, il fattore costitutivo della fattispecie delle fondazioni e vale a differenziarla rispetto a quello societario, per cui esso è invece dato dallo scopo di lucro, richiamato dall'art. 2247 c.c. che nel definire il contratto di società finalizza il conferimento di beni e servizi all'esercizio di attività economica in forma collettiva «*allo scopo di dividerne gli utili*». Va, tuttavia, rimarcata la distinzione tra scopo di lucro c.d. soggettivo e oggettivo, laddove con il primo si designa il momento della realizzazione dell'utile, mentre con il secondo si identifica il momento finale della distribuzione degli utili. Lo scopo perseguito dall'ente-fondazione non va, tuttavia, confuso con l'attività non economica eventualmente prescelta dal medesimo, che si pone in termini di strumentalità rispetto al primo. Sotto tale aspetto, l'ente costituito per perseguire un interesse avente natura non patrimoniale, può eleggere ad oggetto un'attività economica anche in forma imprenditoriale laddove il *discrimen* rispetto al modulo societario sarà da individuarsi nella mancata distribuzione degli utili tra i fondatori e nel loro reinvestimento nelle attività statutariamente previste. Per una disamina del rapporto fra impresa e fondazioni, sia consentito il rinvio a F. GALGANO, *sub* artt. 36-38, *Associazioni non riconosciute e comitati*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, pp. 61 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 96 ss. Sul medesimo tema, anche per le implicazioni di carattere fallimentare: A. PIERRI, *Indifferenza della natura dell'attività d'impresa esercitata dalla fondazione ai fini della sua assoggettabilità al fallimento*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, pp. 1109 ss.; A. BARBA, *La normativa della fondazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, pp. 417 ss.

che l'impresa può ben collocarsi nel mercato anche conseguendo entrate per rendere praticabile la copertura dei costi con i ricavi³⁹. In tal senso, il fattore del conseguimento degli utili, se non è in grado di costituire l'indice di un fine lucrativo, costituisce purtuttavia il riflesso di una gestione efficiente ed economica in cui al profitto è assegnata una specifica destinazione, che è quella del raggiungimento degli scopi della fondazione⁴⁰. In definitiva, i requisiti di professionalità, economicità, organizzazione e produttività di cui all'art. 2082 c.c. possono certamente riferirsi a un'attività economica *lato sensu* (o di lucro c.d. oggettivo) in cui i ricavi derivanti dalla produzione di beni e servizi siano indirizzati alla copertura dei costi.

Non va tralasciato che la disciplina del pareggio di bilancio, incluso dall'art. 97 Cost. nei canoni dell'azione amministrativa⁴¹, costituisce la nuova regola contabile – in sostituzione del previgente patto di stabilità interno – mediante cui gli enti territoriali e non territoriali concorrono alla sostenibilità delle finanze, regola che per le persone giuridiche private rappresenta solo un obiettivo programmatico per attestare capacità contabile e gestione efficiente⁴². La norma costituzionale non circoscrive, in questo modo, il vincolo della sostenibilità del debito alle amministrazioni in senso formale, ma sembra estenderlo al complesso universo dei soggetti pubblici, la cui azione ed i risultati economici sono valutati in forma aggregata⁴³.

Sotto tale aspetto, non pare irragionevole la decisione del Collegio di ricorrere alla regola dell'equilibrio di bilancio come criterio interpretativo per su-

³⁹ Corte app. Venezia, 20 luglio 2015, n. 31, in *Giur. Comm.*, 2017, 1, pp. 140 ss., con nota di G. CAVALLARO.

⁴⁰ T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, 9 giugno 2015, n. 831, in *Foro Amm.*, (II), 2015, 6, pp. 1747 ss., che separa concettualmente l'impresa pubblica, connotata dal presupposto dello scopo di lucro, dall'organismo di diritto pubblico.

⁴¹ G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, pp. 691 ss., il quale colloca la nozione di "equilibrio" e quella di "pareggio" in una dimensione, rispettivamente, dinamica e statica. Secondo l'A., benché la norma costituzionale alluda alla figura più ampia dell'«*equilibrio del bilancio pubblico*» declinabile in termini di armonia fra entrate e spese pubbliche, il pareggio ne è una genuina proiezione richiedendo, in sede di bilancio previsionale, di rendiconto consuntivo, ovvero di variazioni ed assestamenti del bilancio operati nel corso della gestione, che la somma algebrica tra le entrate e le spese pubbliche sia pari a zero.

⁴² L'autonomia concessa dall'ordinamento alle persone giuridiche obbligate alla redazione del bilancio nell'interesse dei soci e dei terzi, impone loro l'osservanza dei criteri di chiarezza, verità e conoscenza (art. 2423, c.c.), coordinati con la prudenza, competenza e coerenza (art. 2423-bis, c.c.).

⁴³ F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 1, p. 67, che avverte come il richiamo contenuto nell'articolo 97 Cost. sia diretto ad assicurare un equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni, implicando la necessità di un concorso dei singoli enti alla salvaguardia della stabilità finanziaria del complessivo settore pubblico.

perare le ristrettezze di una definizione «*non chiara*» e «*non ben formulata*»⁴⁴ di soggettività pubblica. Non può sfuggire che proprio enti come gli organismi pubblici e le società *in house* siano capaci di generare disequilibri di bilancio ed insostenibilità del debito tale da riflettersi immediatamente sulle amministrazioni pubbliche che ne detengono il capitale sociale. Nella visione del giudice amministrativo, dunque, l'esistenza di previsioni statutarie dirette al rispetto del vincolo di bilancio si giustifica alla luce delle predette disposizioni costituzionali, confermando la collocazione delle fondazioni tra i soggetti pubblici nel senso impiegato dalle direttive europee sugli appalti pubblici.

Sotto diverso aspetto, con un passaggio motivazionale stilisticamente sobrio e a tratti sbrigativo, la decisione sostiene che il requisito teleologico dell'organismo di diritto pubblico (ossia, la finalizzazione al soddisfacimento di esigenze aventi carattere non industriale o commerciale) va ricercato nella natura e nelle finalità previste dallo statuto della fondazione. Senonché, un approccio più prudente e analitico avrebbe ugualmente consentito di provare tale indice sintomatico, muovendo dal concetto di *universitas bonorum* che qualifica la fondazione e valorizzandone i profili soggettivi che discendono dall'essere la medesima un'organizzazione collettiva tra le formazioni intermedie fra individuo e società⁴⁵.

Nell'esempio della Fondazione Teatri di Reggio Emilia, la promozione socio-culturale di spettacoli teatrali, musicali e operistici costituiscono attività rivolte indistintamente al pubblico e alla soddisfazione del suo tempo libero che non possono, secondo il Consiglio di Stato, che essere riconosciute come corrispondenti a interessi generali anche se svolte da un soggetto privato⁴⁶ in

⁴⁴ M. LUCIANI, *L'equilibrio dei bilanci e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno su "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", in www.cortecostituzionale.it, 22 novembre 2013.

⁴⁵ Il pensiero di F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di V. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1969, pp. 69-70, si riflette in termini di attualità, con pertinenti richiami alla teoria istituzionale di Santi Romano. Anche P. RESCIGNO, *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 792, avverte come nella formula dell'art. 12 c.c., il legislatore del 1942 sembra risentire della «*suggestione di richiami insistenti esercitati dalle dottrine istituzionali*».

⁴⁶ Vale la pena osservare come il perseguimento del pubblico interesse non sia soltanto appannaggio dell'organismo di diritto pubblico, ben potendo rinvenirsi anche tra gli scopi della fondazione, attratta dal dritto comune. Fermo restando, infatti, che lo scopo della fondazione non possa mai ridondare a vantaggio dei singoli fondatori, non si può escludere che la stessa persegua interessi di carattere generale e, persino, di pubblica utilità. Tale considerazione trova conferma nella natura della fondazione quale patrimonio affetto da un vincolo di destinazione, e si pone storicamente in continuità con il pensiero giuridico liberale che, in un'ottica di sfiducia verso il corporativismo prerenpublicano, era contrario ad ammettere vincoli di natura reale al patrimonio. Un autorevole Autore (P. RESCIGNO, *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova,

regime di mercato e con l'assunzione del relativo rischio imprenditoriale. La fondazione non potrebbe, così, che perseguire bisogni a carattere generale, che eliderebbero ogni connotazione industriale o commerciale.

Per il giudice amministrativo, ciò basta ad escludere che le attività perseguite dall'ente abbiano carattere «industriale o commerciale», suggerendo un'interpretazione creativa⁴⁷ della norma che sembrerebbe stridere con la chiarezza ed univocità del dato letterale, trattandosi di presupposti richiesti dal legislatore in modo cumulativo e non certamente alternativo⁴⁸. In realtà, non è giu-

Cedam, 1989, pp. 59 ss.) attribuisce perdurante validità a tale impianto concettuale ancorandolo a talune previsioni del codice civile. Tra gli spunti di diritto positivo su cui fondare tale convinzione l'A. colloca ad esempio, l'art. 28 c.c., che prevede la trasformazione della fondazione quando, tra l'altro, lo scopo sia divenuto di «scarsa utilità». Dello stesso A. cfr. anche *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 790-792; F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 69.

⁴⁷ La norma viene in tal modo sottoposta a un'interpretazione di matrice "creativa", quando, invece, la chiarezza del dato letterale ne avrebbe al più consentito una mera interpretazione letterale. Nella dottrina pura e formale del diritto di matrice kelseniana, come noto, la questione dell'interpretazione è risolta distinguendo tra un momento applicativo e uno più marcatamente creativo, laddove, nel primo caso la "scientificità" dell'operazione interpretativa garantisce la conformità della norma inferiore alla norma superiore, e, dunque, la sua validità; nel secondo caso l'attività dell'interprete è caratterizzata da un momento più marcatamente creativo, che interviene nel processo della produzione del diritto. A tal proposito Kelsen riferisce: «L'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto». Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (traduzione a cura di) M.G. LOSANO, Torino, Einaudi, 1960, p. 387. Va tuttavia rilevato che presupposto e condizione di validità del momento scientifico e creativo è, sempre, una situazione di dubbio o di indeterminatezza – intenzionale o non intenzionale – in assenza della quale si deve ritenere che le possibilità di esecuzione della norma (e dei suoi significati corretti) si riducano ad una soltanto, e non a varie possibilità. Secondo H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 132, il diritto è, *at first sight*, un sistema di norme chiare e suscettibili come tali di applicazione pacifica nella gran parte dei casi. L'impossibilità di prevedere le innumerevoli combinazioni che ogni fattispecie potrà assumere in concreto, richiede l'apporto discrezionale dell'interprete, il quale sarà chiamato ad integrare – sia pure entro i limiti consentiti dalla norma stessa – la disciplina parzialmente incompleta in caso di dubbio. La questione dell'indeterminatezza del linguaggio giuridico emerge anche dalla riflessione di G.R. CARRIO, *Sull'interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCCI E R. GUASTINI, (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 127 ss., ed è volta a dimostrare, oltre che «il legislatore è incapace di dare soluzione anticipata a tutte le fattispecie», specialmente la presenza di obiettive difficoltà connesse all'individuazione del significato degli enunciati prescrittivi. Secondo l'A., se in caso di indeterminatezza o di dubbio l'interprete è posto davanti ad un numero infinito di combinazioni possibili, ciò che richiede l'esercizio di una discrezionalità piena, nei casi tipici esiste, al contrario, una ed una sola risposta corretta, che rappresenta il limite invalicabile dell'attività interpretativa. Per un'ampia disamina delle problematiche giuridiche sottese alla teoria dell'interpretazione kelseniana, si rinvia a G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, 34, pp. 217-229; M.G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968, 45, pp. 524-545; cfr. A. SCHIAVELLO - V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 3-47.

⁴⁸ Si tratta di un aspetto metodologico ribadito dal giudice europeo proprio nel caso Ente Fiera Milano. Nell'accertare che le attività dirette all'organizzazione di fiere «soddisfano bisogni di

ridicamente corretto sostenere una pretesa incompatibilità fra lo scopo non lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica previsto dall'art. 2082 c.c.: le attività imprenditoriali indicate nello statuto, mentre non ne erodono l'essenza, finiscono, come visto, per porsi in rapporto indiretto e strumentale con quelle non lucrative che rappresentano lo scopo primario, seppur non esclusivo, dell'ente⁴⁹.

Tale lettura appare, inoltre, maggiormente conforme al ragionamento dei giudici europei⁵⁰ per cui l'esistenza di una concorrenza articolata è indice del perseguimento di un carattere industriale o commerciale. Come già ampiamente ribadito (*supra*, § 2.2.), se un soggetto opera nel mercato assumendosi il rischio di impresa, diviene superfluo (oltre che irragionevolmente gravoso) sottoporlo alla rigidità dell'evidenza pubblica, sottraendogli la necessaria snellezza operativa⁵¹. Se, invece, la sua attività è sottratta al rischio d'impresa, la celebrazione di gare può costituire effettivamente il rimedio per ristabilire la concorrenza "per il mercato".

Nondimeno ci si potrebbe domandare se la progressiva espansione della categoria delle amministrazioni aggiudicatrici – ad opera anche dei giudici am-

interesse generale», il giudice europeo non abdica all'ulteriore indagine sulla natura dell'attività cui tale bisogno è finalizzato, chiarendo che «occorre interrogarsi, alla luce delle informazioni che si evincono dagli atti di causa, in merito alla questione se i bisogni di cui trattasi presentino carattere non industriale o commerciale». Cfr. Corte giustizia CE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Cif-tat Soc. coop. arl.*, § 33-35.

⁴⁹ Secondo Corte app. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. Comm.*, 2017, 1, II, p. 135 ss., una fondazione può svolgere un'attività imprenditoriale di natura commerciale quale modalità di realizzazione dei propri scopi statuari, attesa la compatibilità fra lo scopo non lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica previsto dall'art. 2082 c.c.

⁵⁰ Cfr. Corte giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/1996, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 913, con nota di A. DI MAJO. Secondo i giudici europei, l'esistenza di una concorrenza articolata consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Si vedano in proposito: Corte giustizia CE, 27 febbraio 2003, causa C-373/2000, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, a proposito di un ente di gestione di servizi mortuari e di pompe funebri; 22 maggio 2003, causa C-18/2001, § 51, in *Urb. app.*, 2003, p. 1139, con nota di S. COLOMBARI: «se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale».

⁵¹ L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, cit., 2498. Si tratta, in ogni caso, di un accertamento da effettuare caso per caso. Se la sottoposizione dell'ente in questione ai rischi tipici di un settore concorrenziale esclude la necessità di garantire la concorrenza "per il mercato" attraverso un'espansione della nozione di organismo di diritto pubblico, al contrario qualora «un'impresa pubblica (o privata) goda di diritti speciali ed esclusivi, sarà agevole ritenerne la sottoposizione alla disciplina sull'evidenza pubblica per espressa disposizione di legge». Dello stesso A., sul raffronto tra il tema dell'organismo di diritto pubblico e la sussistenza di monopoli al di fuori dell'applicazione delle regole del mercato, cfr. *L'organismo di diritto e le sue nuove incerte frontiere. Il caso di Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3, p. 870.

ministrativi – abbia arrecato un beneficio netto in termini di profitto sociale ai fruitori finali dei contratti pubblici. Analizzando i dati statistici sugli investimenti in infrastrutture pubbliche, si osserva come l'avvento dei codici, vecchio e nuovo, e della normazione di dettaglio, abbia determinato effetti tutt'altro che trainanti per l'economia generale, visto che il profitto nel settore dei lavori pubblici non si è affatto accresciuto rispetto al passato⁵².

La decisione in commento conferma, in definitiva, il permanere di un interesse verso la ricerca dei profili di soggettività pubblica in un ambito certamente caratterizzato da notevoli incertezze interpretative. Ne deriva il tentativo di impiegare la nozione di organismo di diritto pubblico come categoria generale idonea a ricomprendere un crescente numero di soggetti che, pur riferibili al settore pubblico inteso in senso sempre più estensivo, probabilmente non mostrano le caratteristiche delle amministrazioni e, pur costituiti in forma di persone giuridiche di diritto privato, la giurisprudenza mostra di confinare a *tertium genus* tra le soluzioni astrattamente praticabili in materia.

⁵² ANAC, *Relazione annuale 2018*, Roma, 2018, p. 126, in cui si avverte una costante contrazione degli appalti di lavori riconducibile all'incertezza applicativa della disciplina di settore.

GIUSEPPE TROPEA

Professore associato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane
dell'Università degli Studi di Reggio Calabria

giuseppe.tropea@unirc.it

RECENSIONE A NICOLA POSTERARO

DOMANDE MANIFESTAMENTE INACCOGLIBILI E DOVERE DI PROVVEDERE

In uno scritto di qualche tempo fa pubblicato sulla Rivista *Federalismi.it*, Fabio Francario nota che fra i giovani studiosi del diritto amministrativo si va affermando una tendenza verso studi non meramente ricognitivi: «che non si limitano cioè ad assumere ad oggetto un istituto ben determinato, ricostruendo in maniera ordinata l'insieme di norme e principi ad esso afferenti; ma s'interrogano problematicamente sulla evoluzione in atto per capire se e quali trasformazioni si siano verificate negli istituti tradizionalmente intesi»¹.

Questo giudizio può senz'altro valere per la recente monografia di Nicola Posteraro.

Si tratta di un libro molto interessante e ben argomentato, che affronta una tematica classica del diritto amministrativo - il dovere di procedere e di provvedere - tradizionalmente studiata considerando il fenomeno del silenzio e le forme di tutela rispetto ad esso, o più recentemente inquadrata nel contesto di una rinnovata attenzione sul tema della doverosità².

Posteraro aggiorna ulteriormente la tematica, confrontandosi con le sopravvenienze normative che hanno inciso sulla questione, dalla modifica al primo comma dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, apportata dalla legge Severino (l. 6 novembre 2012, n. 190), alla più recente riforma Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124), che tanta importanza ha avuto su un tema limitrofo, trasformando di fatto il volto dell'autotutela. Anche su questo aspetto, peraltro, la giovane dottrina ha avuto modo recentemente di soffermarsi, si pensi al libro della Alena in tema di annullamento d'ufficio, che registra l'esistenza di uno scenario

¹ F. FRANCARIO, *Il dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018.

² Non a caso nella monografia viene più volte richiamato il saggio di F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005. Più di recente v. pure S. TUCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

tuttora disorganico, nel quale quest'istituto continua ad essere teso tra i due estremi della doverosità e della discrezionalità³, o a quello della Napolitano, sempre in tema di autotutela, che inquadra le svariate questioni tuttora aperte alla luce delle diverse declinazioni del principio di autonomia procedurale nel dialogo tra le corti⁴.

Nicola Posteraro non è l'unico, invero, che ha dimostrato interesse per il nuovo art. 2, co. 1, l. 241/1990, come modificato dalla l. 190/2012.

Ricordiamo che la disposizione ha un'origine "colta", cosa piuttosto rara in questi tempi di scarsa incidenza della dottrina nel dibattito politico, essendo stata di fatto teorizzata in uno studio di Massimo Monteduro pubblicato nel 2010 sulla Rivista *Diritto amministrativo*⁵.

Più di recente, in chiave monografica, ha trattato praticamente lo stesso tema Scilla Vernile, in un altrettanto interessante libro del 2017 intitolato *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*⁶, col quale Nicola Posteraro si confronta nell'arco di tutto il suo argomentare, spesso in un'ottica di serrato confronto.

Cercherò di riassumere i punti fondamentali dello scritto per poi effettuare qualche riflessione conclusiva di sintesi.

Per ogni capitolo viene formulata una domanda fondamentale alla quale si prova a dare risposta, sempre dopo un articolato esame dei valori e degli interessi in gioco, dando prova di accurata conoscenza della giurisprudenza teorica e pratica in materia (ho contato fino a quattro pagine consecutive di sole fitte note).

Nel I capitolo l'A. si sofferma sul dovere di procedere, come presupposto del dovere di provvedere.

La prima domanda che si pone è la seguente: sussiste un dovere di procedere a fronte di qualsiasi istanza del privato? (p. 31).

³ M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁴ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

⁵ M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss. Tale lavoro si inserisce all'interno della linea culturale emergente nei vari Convegni urbinati organizzati da Luca Perfetti, che, seppure con diverse declinazioni e sfumature, sono spesso incentrati sul tema fondamentale dei rapporti fra procedimento e processo. Si v., per tutti: *Procedura, procedimento, processo. Atti del Convegno di Urbino, 14-15 giugno 2007*, a cura di L.R. Perfetti, Padova, Cedam, 2011, nonché, più di recente, gran parte dei saggi pubblicati su questa *Rivista*.

⁶ S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

L'A. ricorda che la dottrina tradizionale distingue fra istanze (su iniziativa di parte) e denunce (che sollecitano poteri d'ufficio). Nel primo caso si ritiene tradizionalmente obbligatoria la conclusione del procedimento; nel secondo caso, relativo ad atti di c.d. "pre-iniziativa", poiché vi sono interessi semplici o di mero fatto, si ritiene non sussistente un obbligo per la p.a. di esercitare il potere. Diversamente si introdurrebbe un dovere procedimentale innominato, con violazione del principio di legalità.

Le denunce, tuttavia, determinano in capo alla p.a. un "dovere di agire" (Giannini), momento che si colloca in una fase pre-procedimentale, di pre-istruttoria, estranea alla applicabilità della l. 241/1990 (p. 44). Qui l'A. manifesta un primo dissenso da Scilla Vernile, secondo la quale la denuncia si colloca nella sfera dell'irrelevanza giuridica.

Una prima conclusione è che per le istanze il dovere di procedere è ormai assorbito nel dovere di provvedere, non sussistendo qui una fase pre-procedimentale (p. 46). Mancherebbe quindi, in questi casi, l'obbligo di comunicazione di inizio del procedimento, che si tradurrebbe in una duplicazione di formalità⁷.

A questo punto si anticipa un aspetto importante: le eccezioni a tale assetto individuate da giurisprudenza e dottrina⁸, relative ad istanze inammissibili (perché generiche) o rivolte alla p.a. incompetente, non sono più in linea alla riforma apportata dalla l. 190/2012.

Si esaminano, quindi, due casi importanti.

Prima di tutto quello delle "denunce qualificate": es. sollecitazione di poteri repressivi, inibitori o sanzionatori (p. 59), riconosciute fondanti una legittimazione a supportare la richiesta e un corrispettivo obbligo in capo alla p.a. Qui l'interesse non viene qualificato dalla legge, ma dall'ordinamento e in base a principi generali quali imparzialità e il buon andamento.

V'è poi il campo fondamentale delle richieste di riesame. L'A. ritiene che ogni potere amministrativo è oggi doveroso, anche quelli di autotutela, discrezionali nel *quid*. Altra cosa è la sussistenza dell'interesse differenziato e qualificato, nonché l'eventuale consumazione della legittimazione per decorso del termine per impugnare, dove resta prioritaria la certezza dei rapporti giuridici (p. 75). Quando il termine non è decorso, quindi, la p.a. deve rispondere (p. 78).

⁷ *Contra*, ancora, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit.

⁸ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit.

Il capitolo II si apre con una domanda: la riforma del 2012 ha inciso sull'assetto descritto?

Secondo l'A. la legge Severino consolida la tendenza del procedimento ad imitare le forme del paradigma processuale (p. 131).

Nel caso delle istanze, alla luce delle nuove norme, la p.a. non sarebbe più titolare di un potere discrezionale sull'*an* del provvedere (p. 136).

La p.a. deve ormai valutare l'accoglibilità "in rito" della domanda, per scongiurare il pericolo di trovarsi innanzi a un'istanza manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile.

A questo punto c'è un passaggio argomentativo fondamentale.

Viene criticata la recente giurisprudenza che ritiene che la riforma faccia sorgere un generalizzato dovere di provvedere sempre, anche in caso di denunce/sollecitazioni. Il dovere di provvedere, ai sensi dell'art. 2, sorge in capo alla p.a. adita solo a patto che vi sia il dovere di procedere: l'applicazione del secondo periodo dell'art. 2, co. 1, l. 241/1990 implica l'applicabilità del primo (p. 147). Non sussiste, quindi, un dovere di provvedere nemmeno di fronte a istanze abnormi, assurde o pretestuose (c.d. "non istanze"): la trasparenza va temperata alla economicità.

Nel capitolo III si cerca di rispondere a un'altra delicata domanda: quando l'istanza può qualificarsi manifestamente inaccoglibile?

Anche qui il modello della sentenza succintamente motivata è rilevante al fine di interpretare le nozioni di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, manifesta infondatezza. Si sottolineano, tuttavia, le differenze rispetto alla disposizione processuale contenuta nel c.p.a., che prevede la possibilità di sentenza breve anche in caso di manifesta fondatezza; manca inoltre il riferimento al precedente conforme.

Mi pare particolarmente interessante l'idea di far rientrare nella improcedibilità i casi di incompletezza ed erroneità della domanda (che prima del 2012 venivano dalla giurisprudenza considerati quali casi di inammissibilità), valorizzando qui il connesso dovere di previo soccorso istruttorio in capo al responsabile del procedimento.

Infine, poiché nella motivazione, seppure sintetica, vanno comunque indicate sia le ragioni di fatto che le ragioni di diritto, si legge la riforma del 2012 come un'estensione, piuttosto che una ulteriore "dequotazione", del dovere di motivazione⁹.

⁹ Fenomeno persistente, sul quale da ultimo si v. M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss.; e, se si vuole, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss. ^[1]_{SEP}

Connesso a tale rilievo c'è un nuovo disallineamento rispetto alla monografia della Vernile in cui si teorizza in questi casi l'opportunità, *de iure condendo*, di un corrispettivo "procedimento in forma semplificata", senza l'applicazione degli artt. 7, 10-*bis*, e con dimezzamento dei termini. L'A. ritiene che la semplificazione c'è a prescindere dal richiesto intervento del legislatore, e che il contraddittorio non vada conculcato.

Nel IV e ultimo capitolo si esaminano i riflessi sulla tutela della ricognizione effettuata.

Si nota, prima di tutto, che adesso anche in caso di istanza inaccoglibile l'interessato, in caso di silenzio, potrà esperire il ricorso di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. (p. 204).

Tuttavia, si ritiene, anche sulla scorta di richiami giurisprudenziali, che il g.a. non potrebbe condannare la p.a. rimasta illegittimamente inerte all'adozione di un provvedimento negativo semplificato, in quanto ciò sarebbe in contrasto con l'interesse pubblico oltre che antieconomico. Peraltro si rileva che non vi sarebbe l'interesse a ricorrere.

Sicché l'unica utilità che il privato viene ad ottenere è l'indiretto riconoscimento del danno da mero ritardo (p. 208). Sul punto si fa notare come l'art. 30, c. 3, c.p.a., nell'evocare l'art. 1127 c.c., si applica anche al danno da ritardo o da inerzia.

Segue una parte in cui si adducono argomenti vari, per lo più condivisibili (anche se forse questa è la parte meno originale dell'opera) a favore della risarcibilità del danno da mero ritardo, con considerazioni generali sulla rilevanza del "fattore-tempo"¹⁰. Si ritiene che la novella del 2012 abbia confermato tale idea, come quella più generale che porta a parlare di diritto soggettivo a una risposta della p.a.¹¹.

Di conseguenza la responsabilità di cui all'art. 2-*bis* viene configurata come contrattuale (p. 250).

Vengo a qualche sparsa riflessione.

Prima di tutto sottolineo che il discrimine tra istanze e mere denunce viene individuato nella titolarità (o meno) di una situazione giuridica soggettiva protetta direttamente dalla legge, in parallelo con la legittimazione processuale.

¹⁰ Cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 2014;

¹¹ Si richiama M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1998, 984 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557 ss. Si critica ancora la visione di Scilla Vernile, legata alle diverse teorizzazioni della scuola torinese, su tutti si pensi al libro di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

Sul punto farei alcune brevi osservazioni.

È interessante notare come tale rigoroso approccio venga poi corretto, con metodo da giurisprudenza pratica, nel caso delle “denunce qualificate”, visto come emblematico esempio di interesse non qualificato dalla legge ma dall’intero ordinamento e dai principi generali. È questo un lascito fondamentale della giurisprudenza amministrativa, sistematizzato in dottrina da Nigro, che si fa fortemente sentire in questo ragionamento¹². Peraltro, proprio a questo punto si sarebbero potute svolgere una serie di considerazioni sul modo in cui è stata ricostruita la legittimazione processuale, diverso rispetto alla teoria dell’azione processualcivile e legato invece al dato sostanziale dell’interesse legittimo.

Come si evince anche dalla monografia in commento, di solito c’è uno schema preciso: i poteri sono attivabili o su istanza o d’ufficio. Il massimo del “mix” è quando c’è un potere attivabile su istanza di parte e un “contropotere” (autotutela) che invece si attiva d’ufficio, magari previa segnalazione di terzi. Ma si tratta di due poteri diversi, il secondo dei quali neutralizza gli effetti del primo.

D’altra parte talora questa netta distinzione non c’è.

Posteraro, nel parlare delle “denunce qualificate”, ben coglie il rilievo generale e sistematico della questione. Si può pensare a quanto il tema della tutela del terzo rispetto alla s.c.i.a. sia stato condizionato, in giurisprudenza e dottrina, dall’innovativa idea che nei procedimenti a iniziativa di ufficio vi siano interessi diversi da quelli del destinatario del provvedimento.

Sennonché a questo punto si apre il dedalo della legislazione speciale.

Faccio un esempio.

In tema di valorizzazione dei negozi storici si riscontra una situazione singolare. Le leggi regionali nel disciplinare l’avvio del procedimento di accer-

¹² L’A. è ben consapevole che, sul punto, la dottrina non è unanime. E così segnala (p. 58, nota 87) che, mentre alcuni ritengono che si sarebbe in presenza di denunce qualificate solo se esista una specifica disposizione di legge che, nel regolare un certo procedimento amministrativo, preveda la possibilità che esso sia avviato d’ufficio ma, nello stesso tempo, contempli espressamente anche la possibilità per chi vi abbia interesse di presentare delle denunce per sollecitare l’avvio d’ufficio del procedimento medesimo (in questo senso, L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 719), altri sostengono che sia sufficiente che il denunciante sia titolare di «una posizione giuridica soggettiva protetta dall’ordinamento» (non necessariamente da singole disposizioni di legge) e che, dunque, «la denuncia sia proposta da parte di chi è titolare di un interesse specifico e differenziato all’esercizio del potere» (A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 160-165). Posteraro si schiera con la seconda impostazione, più aperturista.

tamento della “storicità” propongono un inedito mix tra il regime di attivazione del potere su impulso di parte e il regime di attivazione “d'ufficio”. Molte Regioni prevedono che l'iscrizione nell'elenco dei locali storici possa avvenire su istanza del titolare/gestore, ma al contempo prevedono anche un potere di segnalazione in capo a Comuni, camere di commercio, associazioni di commercianti, etc.

Qui le domande da porsi sono molte.

Ad esempio: il diritto di segnalazione, attribuito *ex lege* a certi soggetti precisi, che effetto ha? Priva i soggetti non assegnatari di tale potere (es: i comuni cittadini) del diritto di segnalare? Oppure, rende in qualche modo qualificata la segnalazione? Ma qualificata in che senso? C'è obbligo di provvedere rispetto a queste segnalazioni qualificate? E in caso affermativo, allora che differenza c'è tra segnalazioni qualificate e istanza di parte in senso stretto?

Altra connessa questione: i segnalanti qualificati hanno legittimazione processuale? Ancora una volta, se si risponde affermativamente, allora bisogna probabilmente chiamarli “istanti”, senza tanti giri di parole.

Ancora: uno stesso potere può essere attivabile sia d'ufficio che su istanza di parte? Ad esempio: un comune cittadino segnala un negozio storico. Non è segnalante qualificato, è proprio un *quisque de populo*. Ovviamente anche il proprietario del negozio “può farsi avanti”, e quest'ultimo è un vero istante. Lo stesso potere può funzionare in modo diverso a seconda di chi lo attiva? Che conseguenze si hanno in questo caso sul silenzio, o sull'obbligo di inviare preavviso di rigetto?

Infine: se un potere è attivabile (anche) d'ufficio (ad esempio, la Regione iscrive un negozio storico su mera segnalazione di cittadini), questo vuol dire che il potere è esercitato per un interesse pubblico che travalica l'esigenza dei destinatari eventualmente toccati dagli effetti diretti dell'atto (i proprietari dei negozi)? Se sì questo potere è sempre d'ufficio, anche quando il diretto destinatario degli effetti ne sollecita l'esercizio. Ciò può privare il proprietario di alcune garanzie, come il diritto alla risposta, il diritto al preavviso di rigetto. Ma, forse, se accediamo alla tesi Posteraro, secondo cui anche rispetto alle mere segnalazioni c'è obbligo di procedere, allora evitiamo il rischio di “insabbiamento”, poiché in ogni caso ci vuole una presa di posizione della p.a.

Questo esempio, pur settoriale, svela in realtà la matassa di questioni che tuttora caratterizza l'assetto della fase di impulso del procedimento, con le sue inevitabili conseguenze in tema di disciplina del procedimento stesso e di tutela

delle situazioni giuridiche coinvolte, spesso intrecciate con la tutela dell'interesse pubblico¹³.

Quindi, la ricerca intrapresa con la monografia di Posteraro meriterebbe, forse, uno sviluppo che si dispieghi nella analisi "in orizzontale" della legislazione di settore, con sano metodo induttivo, senza indulgere ovviamente nell'esegesi.

Vi è un diverso approccio di fondo, come si è più volte rilevato, rispetto alla monografia della Vernile. Oltre ad alcuni profili specifici che si sono già segnalati, mi colpisce la fedeltà di Posteraro all'idea del processo come schema del procedimento. Idea nobile, beninteso. L'articolo di Monteduro, che precede la riforma del 2012, non a caso ha dichiarato ascendenze nelle impostazioni sul punto di Benvenuti, Berti e Pastori. D'altra parte non trascurerei l'idea di Scilla Vernile nella parte in cui si sostiene l'idea della non processualizzazione del procedimento (nonostante le suggestioni che ci vengono dalla Corte Edu, di cui peraltro si dà ampiamente conto), aspetto che – semmai – andrebbe inquadrato in chiave storico-evolutiva¹⁴. Piuttosto oggi il fenomeno sembra inverso, e potenzialmente più insidioso, nel senso della procedimentalizzazione del processo, a sua volta corollario di una malintesa concezione del principio di effettività della tutela.

Molto intrigante, sul piano dogmatico, mi pare l'idea di teorizzare una nozione "ampia" di provvedimento, e di possibilità di adottare un provvedimento anche "in rito", come ricaduta della riforma del 2012, aspetto che contribuirebbe ad attestare la profonda crisi del principio di imperatività¹⁵.

Dal punto di vista strettamente epistemologico, tale impostazione rievoca note correnti dottrinali che, a cavallo fra gli anni '70 e '80 del scorso secolo, hanno mostrato come l'esercizio della funzione amministrativa si concretizzi in un potere/dovere di scelta, scomponibile in un momento conoscitivo (preordinato alla selezione ed all'accertamento del fatto) e in uno valutativo (volto alla individuazione delle possibili alternative decisionali ed alla conseguente scelta di quella reputata più idonea a risolvere il problema tecnico-giuridico), in cui la

¹³ Questo persistente intreccio, che si evidenzia soprattutto con riguardo alla incerta posizione del terzo nel diritto amministrativo, è ben messo in evidenza da M. RAMAJOLI, *Recensione a Giulia Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 963 ss.

¹⁴ Anche in questo caso c'è da segnalare il lavoro di una giovane autrice: F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

¹⁵ Sulla quale v. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.

“decisione amministrativa” è destinata ad essere formalizzata nel provvedimento¹⁶.

Sennonché, nel farlo, svela implicitamente un fondamentale aspetto, forse non adeguatamente valorizzato.

E cioè che per cogliere oggi i caratteri dell'azione autoritativa della p.a. bisogna concentrare la propria attenzione non tanto sul problema della sua “autoritatività”, quanto soprattutto sulla dimensione giuridica di tali “comportamenti”, che è tutta da ricostruire, ma in chiave ben diversa da quella implicata dalla tradizionale nozione di “atto giuridico”.

Che dunque non può essere affatto indicata quale nozione acquisita, come sono per lo più orientati a sostenere i teorici della a-specialità degli atti di diritto amministrativo, prospettando la riconduzione della *forma juris* dell'autorità dell'amministrazione sotto le insegne delle tradizionali categorie privatistiche¹⁷.

A conferma di quanto osservato, sulla necessità di intendere la dimensione giuridica dei “comportamenti amministrativi” avvalendosi di categorie giuridiche diverse da quella dell’“atto giuridico” negli ultimi trent'anni sono appunto emerse indicazioni positive piuttosto precise, che puntano per lo più sulla nuova categoria giuridica della “decisione”.

La parte relativa ai riflessi in tema di tutela mi pare molto interessante e utile (seppure, forse, con qualche lacuna per alcuni versi e sovrabbondanza espositiva per altri).

La tutela del cittadino rispetto al silenzio appare ancor oggi, nonostante gli importanti passi avanti compiuti, caratterizzata da incertezze e problemi applicativi.

Si tratta, spesso, proprio del riflesso di perplesse sistemazioni sul piano del diritto sostanziale.

Come noto, c'è una stretta connessione tra obbligo di concludere il procedimento, previsto in via generale dall'art. 2 della legge n. 241/1990, e ambito della tutela avverso il silenzio.

Posteraro è ben consapevole di tali aspetti, e dà risposte spesso convincenti. Tuttavia si sarebbero potuti approfondire alcuni temi ancora incerti.

¹⁶ Cfr. A. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri* (1987), ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 238 ss., spec. 242 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1429 ss., spec. 1442 ss.

¹⁷ A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto “autoritativo” della pubblica amministrazione? (in margine al recente convegno dell'AIPDA)*, in *Dir. amm.*, 2011, 759 ss.

Faccio qualche esempio.

Si pensi alla questione se sussista o meno un obbligo in tal senso a fronte della richiesta del proprietario di emettere un provvedimento di acquisizione sanante, previsto all'art. 42-*bis* T.U. espropriazione. Tendenzialmente la giurisprudenza ammette tale possibilità, ferma restando la sussistenza di un potere discrezionale in ordine al contenuto della decisione.

In tema di procedimenti d'ufficio ancora non si è raggiunto un assetto soddisfacente, specie nei casi in cui alla p.a. sia conferito un potere il cui esercizio è vincolato nell'*am*, in cui si versa in una situazione tendenzialmente assimilabile a quella dei procedimenti ad istanza di parte. Si pensi alla delicata questione dell'inerzia regolamentare, rispetto alla quale la giurisprudenza continua ad avere una posizione di totale chiusura.

Altro tema importante è quello relativo al decorso del termine di conclusione del procedimento come presupposto processuale per poter attivare la tutela contro il silenzio inadempiuto. Qui tocchiamo evidentemente un'altra questione che ha a che fare con profili di teoria generale, in questo caso di teoria dell'azione.

Mi rendo conto, tuttavia, che tali approfondimenti avrebbero probabilmente fatto eccedere dal tema della monografia, quindi apprezzo la capacità di "continenza" dell'A.

C'è una parte dell'indagine della Vernile che non viene considerata, tralasciandosi un aspetto a mio avviso importante.

Peraltro, mi pare sia questo il punto davvero opinabile del ragionamento condotto in quella pur interessante monografia.

Mi riferisco alla tesi dell'Autrice sulla possibile applicazione analogica del rito sul silenzio alle ipotesi di adozione del provvedimento in forma semplificata, che, seppure molto suggestiva e ben sviluppata, appare discutibile, ove fondata solo sui principi di analogia, atipicità ed effettività della tutela. Le perplessità sono dovute anche al fatto che, per ragioni di rigore e coerenza, tale impostazione ha delle ricadute anche sulla proposta di non convertire il rito del silenzio in rito ordinario allorché si impugnino un provvedimento in forma semplificata adottato nelle more del giudizio avviato per un caso di inerzia. Inoltre, si propone di applicare il termine di 60 gg. in caso di impugnazione del provvedimento semplificato, ma col rito di cui all'art. 117 c.p.a. e coi poteri di cui all'art. 31 c.p.a. (peraltro doppiati da un potere di annullamento in capo al giudice del silenzio). Esigenze di simmetria e di coerenza pienamente rispettate, dunque lodevoli, ma la falla, originata dall'impostazione per principi di cui sopra, tende ad allargarsi.

Posteraro si sofferma, invece, su un altro aspetto, direi tutto sommato più *mainstream*, relativo alla tutela avverso il silenzio nei casi in cui si sarebbe dovuto provvedere in forma semplificata.

La parte in cui si ritiene che il g.a. non potrebbe condannare la p.a. rimasta illegittimamente inerte all'adozione di un provvedimento negativo semplificato, in quanto ciò sarebbe in contrasto con l'interesse pubblico oltre che antieconomico, mi pare ancora influenzata dall'idea di un g.a. che debba curare in prima battuta l'interesse pubblico. Preferibile la considerazione che in questi casi non vi sarebbe l'interesse a ricorrere.

In merito, non sembra dubbio che l'applicabilità dell'art. 30, c. 3, c.p.a. al rito sul silenzio implichi un'utilità di quest'ultimo nel caso di omesso provvedimento semplificato. Personalmente, tuttavia, non ha mai convinto l'interpretazione fornita dalla Plenaria n. 3/2011 sull'art. 30, c. 3, che ha introdotto una pregiudizialità di fatto o "mascherata" argomentando anche attraverso il riferimento all'incerta nozione di abuso del processo¹⁸. In ogni caso Posteraro fornisce un utile spunto a sostegno della persistente opportunità del rimedio, che diversamente non si configurerebbe, non potendo il g.a. garantire adeguata tutela.

Piuttosto, e in conclusione, mi pare interessante – sebbene da me non condivisa – l'idea di dare rilievo, nell'esigenza di bilanciamento costante fra trasparenza ed economicità che caratterizza tutto il libro (e ne costituisce, probabilmente, la cifra ultima), all'ipotesi di abuso del procedimento come sanzione (in termini di spese) in capo al cittadino¹⁹, ferma restando l'opportunità di rafforzare gli obblighi di provvedere in capo alla p.a., visti come fattore di deflazione del contenzioso.

Può essere utile notare che nella ricostruzione che ha dato origine a tale conclusione la teoria dell'abuso del processo fosse tenuta in alta considerazione e, sempre nell'ottica metodologica del «*processo come schema di interpretazione del procedimento amministrativo*», venisse impiegata, specialmente attraverso il richiamo alla disciplina delle spese di giudizio, al fine di scongiurare l'abuso del procedimento amministrativo da parte del cittadino (ingiustificatamente) litigioso o in mala fede. In tale ricostruzione, come detto, le garanzie del processo divengono modello estendibile al procedimento²⁰.

¹⁸ Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, spec. 569 ss.

¹⁹ Ancora sulla scia di M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, cit.

²⁰ Cfr. anche M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 596 ss.

In ogni caso, al di là del richiamo alla categoria euristica del “rapporto amministrativo”, del “contatto amministrativo”, o della co-decisione, si tratterebbe sempre di uno sviluppo delle tesi benvenutiane sulla c.d. “demarchia”, implicante la “libertà attiva” del cittadino²¹ e, quindi, la reciprocità degli obblighi procedurali gravanti su amministrazione e cittadino, nonché di quel noto percorso dottrinario che configurava una posizione di “doverosità” a carico del partecipante al procedimento²².

Il tema è stato indagato soprattutto sotto la prospettiva della completezza e della veridicità delle informazioni fornite dal privato all’amministrazione, qualificandosi come contraria alla correttezza la condotta dell’amministrato che immetta nel circuito procedimentale false informazioni, ovvero occulti informazioni rilevanti.

L’evocazione del principio di autoresponsabilità è, evidentemente, molto interessante ai nostri fini. Attenta dottrina, ad esempio, ha considerato l’art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990 in tema di revoca come espressione di un generale principio di responsabilizzazione del privato nell’ambito dei rapporti con l’amministrazione, da cui un dovere di “autoprotezione”; i commi 1-*bis* e 1-*ter* di tale disposizione, quindi, si configurerebbero come lo strumento che consente di estendere, coi dovuti adattamenti, l’applicazione dell’art. 1227 c.c. a tali rapporti, e in particolari ipotesi di illecito dell’amministrazione, al fine di rendere rilevante la condotta della vittima²³.

Per tale via si torna ineluttabilmente ai recenti richiami all’art. 1227 c.c. svolti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di pregiudizialità amministrativa, ove, come più volte detto, compare pure il riferimento all’abuso del processo.

Senonché, andare oltre la semplice *reciprocità* dei doveri, prospettando la co-amministrazione integrale, rischia di avere ricadute negative sul piano delle tutele processuali, portando a una funzionalizzazione dell’azione oggi tragardata da locuzioni alla moda come “meritevolezza della tutela”, che cancellano

²¹ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, ora anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 2006, 869 ss. Prima cfr. ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, IV, 3233 ss. Il fatto che il pensiero benvenutiano sul punto abbia avuto delle ricadute pratiche nel breve-medio periodo conferma l’idea che si tratta di un’«utopia imperfetta», secondo la definizione di A. ROMANO TASSONE, *«Il nuovo cittadino» di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia*, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss.

²² Cfr. E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983.

²³ Cfr. F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell’amministrazione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 101.

acquisizioni fondamentali per la tutela del cittadino come la concezione “astratta” dell’azione²⁴.

Non ci spingiamo a sostenere che ciò debba far rimpiangere il “paradiso perduto” dell’amministrazione unilaterale, con esaltazione della tradizionale tutela d’annullamento erogata dal g.a.²⁵

Certo vi è da notare che a questo punto del lavoro il cerchio appare chiudersi, ma lascia non del tutto appagati nella misura in cui abuso del procedimento e abuso del processo trovino l’uno nell’altro legittimazione teorica a scapito dei diritti di partecipazione e di azione del cittadino, specie se considerati unitaria espressione di sovranità della persona, essendo l’art. 24 Cost. null’altro che un corollario dell’art. 1 Cost.²⁶.

²⁴ Sia ancora consentito il rinvio a G. TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., passim*. Contra: M.F. GHIRGA, *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 362 ss. A favore, invece, G. VERDE, *L’abuso del diritto e l’abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.,

²⁵ In tal senso M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2004, 94.

²⁶ L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

GIOVANNI SALA

Professore ordinario di Diritto amministrativo all'Università di Verona

sala-studiosala@libero.it

**A CINQUANT'ANNI DALLA PUBBLICAZIONE DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME
ORGANIZZAZIONE: DAL MUTAMENTO DI PARADIGMA
NELLO STUDIO DEI FENOMENI AMMINISTRATIVI.**

**FIFTY YEARS AFTER THE PUBLICATION OF PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE COME ORGANIZZAZIONE: FROM THE
CHANGE OF PARADIGM IN THE STUDY OF ADMINISTRATIVE
PHENOMENA**

SINTESI

Ci sono opere giuridiche che non solo non soffrono del trascorrere del tempo, ma che, al contrario, solo grazie ad esso il loro contenuto può essere compreso a fondo. Questa è certamente la sorte della *Pubblica amministrazione come organizzazione* scritta a più riprese da Giorgio Berti negli anni sessanta del secolo scorso e pubblicata allo spirare di quel decennio. In tale opera, l'autore effettua la *deconstruction* del sistema amministrativo tradizionale, il quale era strutturato attorno alla rigida distinzione fra organizzazione ed attività amministrativa; e, per il quale, la prima era incentrata sulle relazioni intersoggettive e sul principio d'imputazione, mentre la seconda trovava effettività solo sull'atto amministrativo. Nel cogliere le implicazioni della teoria della funzione di Feliciano Benvenuti, il nostro autore ebbe rileggere l'organizzazione e l'attività in continuità ed in senso oggettivo; e permise, così, di fare emergere sul piano giuridico tanto il potere quanto gli interessi in gioco nella fattispecie concreta. In questo senso, organizzazione ed attività sono attuazione del potere pubblico, nell'incontro di altri poteri e per il dialogo giuridico fra i vari interessi in gioco in rapporto alla dimensione concreta dell'interesse pubblico. Da qui l'esigenza, sottolineata con forza dall'autore, che l'attività dovesse avere un suo statuto giuridico attraverso la disciplina della procedura amministrativa; e ciò sia per costituire, sul piano sostanziale, quelle garanzie di tutela (attraverso la partecipazione ed il contraddittorio) che al tempo la persona non aveva (se non in rari casi), sia per rendere effettiva la successiva tutela giurisdizionale. Era il 1968, né era prevedibile né era immaginabile l'avvento delle rivoluzionarie riforme che furono avviate nell'ultimo decennio del ventesimo secolo; ma già in quell'anno e proprio in quell'opera si dimostrò la possibilità di un nuovo paradigma che sarebbe anda-

to a sostituire quello tradizionale (oramai in crisi irreversibile) che fu costruito con forza dai grandi maestri del tecnicismo giuridico.

ABSTRACT

Some books do not suffer the passage of time. Not only: passing of time allows to understand what immediately remain conceal. This is certainly the fate of “Pubblica amministrazione come organizzazione”, by Giorgio Berti carried out in the sixties of the last Century and published at the end of that decade. In this book, Berti deconstructs the traditional administrative system. Topic centre of tradition was the separation between organization and administrative activity. Organization was focused on the intersubjective relations and the principle of allocation within the public organization itself; procedure was focused on found effectiveness of the administrative decision. On the basis of Feliciano Benvenuti’s doctrine of function, Berti reread the organization and the administrative workings in the light of objectiveness. In this sense, administrative organization and administrative workings are implementation of the public power, for the legal dialogue between the various interests involved in relation to the concrete dimension of the public interest. Therefore, Berti strongly emphasizes administrative workings should have its own legal *status* through the legal regulation of administrative procedure. It was 1968, nor it was foreseeable or conceivable the advent of revolutionary reforms issued in the last decade of the twentieth century; already, in Berti’s book was revealed the possibility of a new paradigm that would replace the traditional one (now in an irreversible crisis) built with force by the great masters of legal technicality.

PAROLE CHIAVE: Diritto amministrativo, organizzazione amministrativa, attività amministrativa, potere pubblico, procedura

KEYWORDS: Administrative law, administrative organization, administrative activity, public power, procedure

INDICE: 1. Premessa – 2. Postulati del diritto amministrativo tradizionale – 3. Le ragioni per il cambio di paradigma – 4. Le implicazioni della teoria funzionalistica – 5. Il cambio di paradigma – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Giusto cinquant’anni fa, nel 1968, per i tipi – ch   all’epoca i libri si stampavano ancora con caratteri a piombo e inchiostro – della CEDAM di Padova, veniva pubblicata *La Pubblica amministrazione come organizzazione* di Giorgio Berti.

L’opera, di 548 fitte pagine, era inserita nella collana *Diritto e amministrazione*, diretta da Feliciano Benvenuti, nella quale erano state gi   pubblicate le monografie su *I pubblici servizi* di Umberto Pototschnig, *L’imparzialit   amministrativa* di Umberto Allegretti e *La burocrazia* di Giorgio Pastori.

Nella stessa collana l'anno successivo Giorgio Berti pubblicava anche l'ampio saggio sui *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*.

In una selezione delle collane editoriali che più hanno inciso sull'evoluzione degli studi di diritto amministrativo nella seconda metà del novecento, certo quella diretta da Feliciano Benvenuti dovrebbe avere una segnalazione prioritaria.

2. Postulati del diritto amministrativo tradizionale.

Nel 1968 l'attività dell'amministrazione statale era regolata ancora dalle poche norme del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato del 1957 e quella locale dal testo unico della legge comunale e provinciale del 1934, integrato con il richiamo in vigore, dopo la caduta del fascismo, di parti del testo unico del 1915. Le regioni a statuto ordinario non erano ancora nate e la IX disposizione transitoria della Costituzione, che imponeva alla Repubblica di adeguare le sue leggi all'esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni, ancora lontana da trovare una qualche attuazione.

L'amministrazione operava chiusa in un suo mondo nettamente separato da quello degli amministrati. L'attività amministrativa si riteneva coperta da segreto e l'accesso del cittadino agli atti amministrativi, in via generale, precluso.

L'intervento del privato nel procedimento era ritenuto possibile solo in alcuni procedimenti sanzionatori e nei ricorsi gerarchici.

La tutela giurisdizionale era quella prevista dall'allegato e), legge sul contenzioso amministrativo, della legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia del 1865 e dal testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924. I Tribunali amministrativi non erano ancora stati istituiti e proprio nel 1968 la Corte Costituzionale aveva eliminato le giunte provinciali amministrative. Il dogma della non risarcibilità dell'interesse legittimo pareva incrollabile.

3. Le ragioni per il cambio di paradigma.

Era questo il diritto amministrativo vigente più di vent'anni prima della codificazione dei principi dell'azione amministrativa e della riforma comunale e provinciale, più di quarant'anni prima del codice del processo amministrativo.

Un altro diritto amministrativo ma soprattutto un altro modo di studiarlo e spiegarlo: un diritto amministrativo con altri paradigmi (nel senso con cui il termine è utilizzato da Thomas Kuhn per descrivere la struttura delle rivoluzioni

zioni scientifiche: i modelli di analisi dei fenomeni, e insieme di spiegazione degli stessi, condivisi da una comunità scientifica in un determinato momento storico).

Lo schema di fondo portava ad inquadrare anche l'agire dell'amministrazione pubblica, dell'operare dello Stato e degli altri enti pubblici, nello schema che riconduceva l'atto e l'effetto giuridicamente rilevante alla manifestazione di volontà delle persone giuridiche ed alla disciplina dei rapporti intersoggettivi sia con riguardo alle relazioni dei soggetti pubblici tra loro che a quelle con i privati. Un approccio che, come rilevava Berti nell'introduzione, finiva più per *«comprimere che non valorizzare la forza giuridica dei fenomeni della vita sociale»*.

Da ciò l'esigenza di un capovolgimento di prospettiva capace di meglio comprendere, in un ripensamento in senso dinamico dell'organizzazione amministrativa, l'ordinamento particolare dell'amministrazione, muovendo però non dalle peculiarità della persona giuridica, e dalla specialità del regime dei suoi rapporti, ma dal potere amministrativo e dai modi del suo esercizio.

Da qui, conseguentemente, la necessità del cambio di paradigma, del modello esplicativo, imposta dalla constatazione del dato empirico dello *«straordinario intensificarsi di relazioni e quindi collegamenti tra ordinamenti rispetto ai quali la personalità giuridica (ad essi attribuita), sembrava prima involgere tra l'altro una specie di schermo di separazione reciproca in modo che i contatti tra gli stessi apparivano su un piano di quasi eccezionalità o rimanevano possibili solamente in occasione di alcune manifestazioni di volontà assai limitate in quantità e per importanza»*.

Anche se nulla era cambiato sul piano normativo nella pubblica amministrazione, Berti coglie i segni del mutamento e, in un mondo di relazioni giuridiche-pubbliche che tendeva via via più a sottrarsi ai vincoli della personalità giuridica svolgendosi al di sotto e o comunque quasi indipendentemente da questa, la necessità di dotare lo strumentario del giurista di nuove chiavi di lettura della realtà in cambiamento,

Così la percezione dell'affermarsi dei "movimenti di autonomia e decentramento" - che solo anni dopo troveranno compiuta attuazione con l'effettivo sviluppo dell'autonomia regionale e la riforma, nel 1990, dell'ordinamento di comuni e province -, consente di prefigurare la trasformazione dell'*«antico sistema di relazioni intersubiebbietive tra lo Stato in posizione di sovraordinazione e gli enti locali su un piano subordinato»*, in un *«sistema caratterizzato da un intreccio di relazioni istituite su base di paritarietà dove i collegamenti hanno la loro precipua estrinsecazione nei procedimenti amministrativi e nella partecipazione insieme di amministrazioni statali e enti locali alle varie attività»*.

Con l'ulteriore intuizione che l'acquisto di un maggior grado di autonomia avrebbe prodotto tutta una serie di nuovi collegamenti destinati a perdere le caratteristiche di relazione intersoggettive per attingere la loro qualificazione nel campo di relazioni intraorganizzativo, con scadimento, anche da tali punti di vista, della personalità giuridica dello stato e di quella degli enti locali.

La comparsa dei primi modelli di comunità economiche in Europa era colta come ulteriore indizio dello sfaldamento del concetto di personalità giuridica come tradizionalmente intesa; in esse Berti non solo intravedeva la futura contaminazione di diritto interno e diritto sovranazionale ma la conferma che in un altro importantissimo settore la personalità dello stato era destinata a cedere di fronte a forme organizzative complesse, imperniate, più che su rapporti giuridici formali, su relazioni interorganizzative con la creazione di nuove unità istituzionali.

Da qui l'avvertita necessità di un mutamento, copernicano, nella ricostruzione del sistema del diritto amministrativo che per cogliere la mutata realtà non poteva continuare a porre al centro del disegno ricostruttivo la personalità giuridica, dello stato e degli altri enti pubblici, ma il diverso configurarsi delle relazioni organizzative, ricostruite non dal punto di vista delle regole dei rapporti intersoggettivi ma delle discipline dello svolgimento di attività di comune interesse.

Ma - e questo l'esperienza dell'evoluzione successiva conferma essere stata il punto di forza del nuovo paradigma - l'analisi delle relazioni organizzative si sviluppa come modo di cogliere, da un'altra prospettiva, le caratteristiche dell'attività dell'amministrazione perché serve a mettere *«a nudo i collegamenti profondi che intercorrono tra le strutture dell'amministrazione e i procedimenti mediante i quali assume consistenza la manifestazione esteriore di essa»*.

Consapevolmente ci si addentrava così "in una zona" fino allora "non molto esplorata del diritto pubblico" dato che, come rileva Berti, gli aspetti funzionali e oggettivi della sfera pubblicistica venivano solitamente considerati a sé, indipendentemente da un effettivo riferimento alle relazioni di struttura intercorrenti fra gli uffici e gli organi da cui promanano le varie manifestazioni dell'azione amministrativa.

L'idea dunque che per cogliere il fenomeno dell'amministrazione pubblica occorreva inquadrare, più che i, pur peculiari, connotati della sua soggettività e la specialità dei rapporti con gli altri soggetti, i caratteri e i modi di esercizio del potere amministrativo, inteso in senso di energia che trasformandosi nell'atto, produce l'effetto giuridico. In questo disegno l'organizzazione amministrativa è, prima che organizzazione degli uffici di una persona giuridica, or-

ganizzazione dell'esercizio del potere amministrativo, strumento di razionalizzazione, e dunque legittimazione, del potere.

Da qui la conclusione dell'evidente inadeguatezza nel diritto pubblico di un sistema imperniato sulla persona giuridica e sui rapporti di essa quale criterio di conoscenza della realtà giuridica e, insieme l'esigenza di un mutamento di prospettiva, dovendo il fenomeno dell'attività dell'amministrazione essere studiato non nei profili della persona giuridica e del rapporto organico, quale meccanismo di imputazione delle manifestazioni delle volontà alla sfera giuridica del soggetto, ma come attuazione del potere amministrativo per la realizzazione degli interessi per cui il potere è dato, interessi - e questo è il presupposto politico che giustifica la costruzione - non della persona giuridica ma della comunità che ne è il sostrato e in funzione della quale il soggetto giuridico, cui è imputata la titolarità del potere, si legittima.

4. Le implicazioni della teoria funzionalistica.

Riprendendo lo spunto della prospettazione del Benvenuti, Berti sviluppa l'idea della funzione amministrativa come disciplina della trasformazione del potere in atto, nella quale si verifica il rapporto dinamico tra il potere specifico e altri poteri attigui ad esso nonché il confronto altrettanto fondamentale tra l'interesse comunitario e gli interessi particolari coinvolti nella realizzazione di quel potere.

Gli atti amministrativi che nella visione precedente costituivano i soli elementi giuridicamente rilevanti appaiono nella descrizione di Berti come i vertici di una catena montagnosa che puntualizzano la serie della sua continuità ma che non hanno determinato il moto sottostante essendone invece stati da esso determinati.

5. Il cambio di paradigma.

Ma, soprattutto, l'analisi dell'organizzazione amministrativa, come organizzazione dell'esercizio del potere più che degli uffici e delle loro competenze, consente di valorizzare, in una prospettiva nuova, anche la ricostruzione del procedimento amministrativo nel quale *«può intravedersi, più che come substrato come componente di base, un fenomeno di organizzazione tanto più degno di attenzione quanto più il procedimento, non limitando a svolgersi secondo contatti tra organi di uno stesso ente, implichi il superamento dei confini determinati dalla personalità di quest'ultimo»* per coinvolgere anche uffici di altri soggetti.

Parole scritte ventidue anni prima che il legislatore, disciplinando il nuovo istituto della conferenza di servizi, codificasse, nell'art 14 della legge 241, il principio che quando un'amministrazione pubblica deve acquisire, intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni può convocare la conferenza nell'ambito della quale «*le determinazioni concordate [...] tengono luogo degli atti*» necessari al procedimento. Riprova di come sia l'organizzazione a dover plasmarsi sull'attività da svolgere.

Il procedimento non è più concepito, secondo l'ottica strutturale sulla quale era stato in passato costruito mutuando il modello della fattispecie a formazione successiva, come serie di atti e attività posti in essere da più soggetti per l'emanazione di un atto imputato nei suoi effetti al(la persona giuridica del) soggetto emanante, ma, nella nuova prospettiva funzionale, quale strumento per la ricognizione e reciproca ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio del potere pubblico.

Le difficoltà di sistemazione della figura del procedimento potevano essere, secondo Berti, superate proprio scoprendone il valore di disciplina dell'organizzazione nel suo movimento; l'abbandono dello schema della personalità giuridica e dei rapporti intersoggettivi per una concezione funzionale del procedimento pareva, a maggior ragione, doveroso per la constatazione che «*la garanzia dei diritti individuali nei confronti dell'amministrazione*» andava «*trasferendosi sempre di più all'interno della stessa attività amministrativa, tendendo a compenetrarsi con il modo di essere di quest'ultimo*».

Non potevano dunque più costruirsi i rapporti intersoggettivi sulla base dell'idea che le posizioni di diritto soggettivo e di obbligo caratterizzassero la maggior parte delle posizioni assumibili dagli enti pubblici, essendo le situazioni che si intrecciano in funzione dell'attività pubblica, caratterizzata dalla disciplina dell'esercizio del potere per il perseguimento di un fine, attinenti molto più a situazioni di potere e di dovere che non a quelle di diritto e obbligo.

Rileva Berti che, nel sistema di tutela della legislazione di unificazione, al sindacato giurisdizionale sfuggiva il conflitto tra interessi in gioco, appuntandosi il giudizio sull'esercizio del potere cioè sull'atto la cui validità viene posta in confronto con la descrizione normativa del potere assunto come dato a priori. Invece un approccio all'azione amministrativa nella prospettiva dell'esercizio di un potere, organizzato per renderlo razionale, avrebbe fatto sì che il controllo, sollecitato mediante il processo, investisse non tanto la validità formale dell'atto amministrativo quanto la validità sostanziale del risultato dell'esercizio del potere. Ma per arrivare a ciò, rilevava Berti, difettava nel nostro ordinamen-

to una procedura amministrativa disciplinata e garantita, presupposto di una giurisdizione amministrativa piena.

Un ventennio prima della codificazione della 241, già Berti insisteva per l'urgenza di una disciplina della procedura amministrativa sostanziale che, imperniata sulla partecipazione individuale all'esercizio del potere, fornisse garanzia dell'imparzialità del suo esercizio attraverso il confronto trasparente dell'interesse individuale con quello generale, dovendo considerarsi l'interesse pubblico non interesse della persona giuridica a cui viene imputato ma della collettività.

Viene così indicata la prospettiva dell'analisi del procedimento amministrativo come vicenda della trasformazione del potere amministrativo per la definizione, nel confronto tra tutti gli interessi coinvolti, della soluzione che risulterà individuata come meglio rispondente all'interesse pubblico nella sua dimensione concreta e insieme strumento che rendendo trasparente il processo decisionale consente un effettivo sindacato giurisdizionale. Indicazione che ha trovato, decenni dopo, riscontro nel diritto vivente. La Corte Costituzionale (Sentenza del 18 maggio 1989, n. 251) riconosce che *«il sindacato sull'esercizio dei poteri pubblici ... ben può realizzarsi attraverso una penetrante indagine sulle modalità con cui è stata condotta l'istruttoria nel procedimento amministrativo, la cui congruità è appunto apprezzabile»* nel giudizio di legittimità. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836) ritiene la partecipazione procedimentale utile ad *«assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione»*.

6. Conclusioni.

I nuovi paradigmi hanno non solo illuminato l'analisi della realtà ma ne hanno guidato lo sviluppo.

La scienza del diritto è scienza sociale. A differenza delle scienze fisiche i paradigmi servono non solo a offrire chiavi di lettura e sistematizzazione del diritto vivente, ma anche a indirizzarne l'evoluzione.

L'opera di Berti non solo ha offerto cinquant'anni fa una nuova e feconda chiave di lettura del fenomeno amministrativo in essere al momento della sua stampa, ma anche ha indicato le *guidelines* per rendere il sistema dell'ordinamento amministrativo coerente con i valori costituzionali e, soprattutto, con l'idea di fondo che ispira tutto il pensiero del Maestro: un ordinamento giuridico pensato come organizzazione non della sovranità ma della comunità per la realizzazione degli interessi collettivi.

Il potere deve essere posto al centro dell'analisi giuridica non per esaltarne la supremazia ma per rendere tutti partecipi al suo esercizio.

VITO VELLUZZI

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” dell’Università degli Studi di Milano

vito.velluzzi@unimi.it

L’ANALOGIA “OCCULTATA” E L’ANALOGIA “NEGATA”: SPUNTI GIURISPRUDENZIALI PER L’ANALISI DEL RAGIONAMENTO ANALOGICO

“HIDDEN” ANALOGY AND “DENIED” ANALOGY: CASE LAW FOR THE ANALYSIS OF ANALOGICAL REASONING

SINTESI

L’articolo tratta alcuni aspetti dell’analogia giuridica. In particolare muove da due casi evidenziando i problemi posti dal ragionamento giuridico seguito dai giudici.

ABSTRACT

Dealing with doctrine of analogy, the paper point out theoretical problem, moving from concrete case studies taken from Italian and UC case law

INDICE: 1. Un esempio di analogia occultata – 2. Un esempio di analogia negata – 3. Il ragionamento analogico nel diritto: aspetti essenziali – 4. I problemi dell’occultamento e i problemi della negazione.

1. Un esempio di analogia occultata.

In una recente sentenza sull’interpretazione degli atti amministrativi si trova scritto: «*L’interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall’art. 1362 e ss. c.c. per l’interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all’interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento (...) pertanto, la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare (...) esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico*» (Tar Perugia, 15 febbraio 2018, n. 108). La massima parzialmente riprodotta contiene molti aspetti di interesse per ciò che

concerne l'interpretazione degli atti amministrativi, aspetti ormai all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina da tempo (per tutti v. MONTEDURO, 2012, ove si conia la felice ed icastica formula "paradigma della mutuaione" per indicare il ricorso alle disposizioni sull'interpretazione del contratto per interpretare gli atti amministrativi). Le parole citate sopra sono presenti nella motivazione (la massima questa volta non mente) dove i giudici non si preoccupano di aggiungere altro sul punto, e nella medesima direzione vanno parecchie decisioni (tra le tante Cons. Stato, 5 settembre 2011, n. 4980; Cons. Stato, 7 giugno 2012, n. 3385).

In questa sede bisogna riflettere sulla seguente affermazione: l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate per l'interpretazione del contratto in quanto compatibili. Quali sono i presupposti (non svelati e non sviluppati) di questa affermazione? Quali sono le ragioni della scelta delle regole sull'interpretazione del contratto per interpretare gli atti amministrativi? Quali sono i criteri di compatibilità tra queste regole e l'interpretazione degli atti amministrativi? Gli interrogativi sollevati conducono nella direzione dell'analogia giuridica. Infatti, essi indicano l'omissione di ragionamenti e argomenti necessari per giustificare quanto asserito nella sentenza: ragionamenti e argomenti tipici dell'analogia giuridica. Per esser chiari: se gli atti amministrativi non sono contratti, l'utilizzo delle regole dettate per l'interpretazione dei contratti non è, per così dire, diretta o immediata, bensì condizionata da ragioni di compatibilità; le ragioni di compatibilità altro non sono, a parere di chi scrive, che somiglianze reputate rilevanti tra contratti e atti amministrativi, somiglianze che proprio perché rilevanti rendono irrilevanti le differenze. Vista la questione dalla prospettiva delle differenze, e non delle somiglianze, diremmo che laddove rilevano le differenze tra contratto e atto amministrativo, talune disposizioni normative sull'interpretazione del contratto saranno incompatibili, ossia, quanto da esse previsto non potrà valere per gli atti amministrativi.

Insomma, la sentenza costituisce un caso di analogia occultata, ossia di ragionamento analogico nascosto (non presentato come tale) e carente. Nelle parole dei giudici mancano parecchi passaggi argomentativi indispensabili per rispondere agli interrogativi sollevati in precedenza, passaggi caratterizzanti l'analogia giuridica.

Per non cadere nel medesimo difetto della sentenza citata, e del nutrito filone giurisprudenziale con essa coerente, bisogna indicare con puntualità, e non soltanto asserire apoditticamente, quali ragioni fanno di quanto detto dai

giudici un caso di analogia occultata, che cosa venga occultato e quali siano i problemi che l'occultamento porta con sé.

2. Un esempio di analogia negata.

La Corte europea di Giustizia ha stabilito, in una decisione piuttosto recente, che *«l'ambito di applicazione degli articoli da 66 a 74 del regolamento n. 207/2009, relativi ai marchi collettivi dell'Unione europea, è esplicitamente limitato, secondo la formulazione dell'articolo 66, paragrafo 1, di tale regolamento ai marchi così designati all'atto del deposito. Tale delimitazione dell'applicabilità dei citati articoli deve essere rigorosamente rispettata, nei limiti in cui le norme introdotte da questi ultimi, come quelle previste dall'articolo 67 (...) relativamente al regolamento d'uso del marchio, vanno di pari passo, fin dalla domanda di registrazione, con detta designazione esplicita del marchio di cui si chiede la registrazione in quanto marchio collettivo. Un'applicazione per analogia di tali norme ai marchi individuali dell'Unione europea non è, pertanto, proponibile»* (C. giust., 8 giugno 2017, C-869/15).

Senza indugiare sulla sintassi faticosa e sul lessico non sempre rigoroso (vedremo tra poco che per analogia non si applicano le norme, bensì quella parte delle norme costituita dalla conseguenza giuridica), la decisione costituisce un caso di analogia negata. Per i marchi individuali dell'Unione europea non può valere, infatti, quanto è espressamente stabilito per i marchi collettivi dell'Unione europea. Non è la specifica conclusione raggiunta che si intende esaminare, bensì interessa il percorso argomentativo seguito, anzi mancante. La negazione dell'analogia segue, infatti, a una affermazione piuttosto apodittica e si basa su un dato: i marchi individuali non sono marchi collettivi. Tuttavia, quest'ultimo aspetto è un punto di partenza e non può essere, al contempo, la ragione unica e decisiva per la quale a quel punto bisogna arrestarsi. Ciò che va discusso e adeguatamente argomentato è, infatti, se i marchi individuali, pur non essendo marchi collettivi, meritino in tutto o in parte il trattamento giuridico stabilito per i marchi collettivi. Non è un problema che si neghi l'analogia, ma può essere un problema che lo si faccia dando per scontato ciò che va, invece, adeguatamente argomentato: non la mera presenza di differenze, ma la loro rilevanza.

3. Il ragionamento analogico nel diritto: aspetti essenziali.

Per comprendere per quali ragioni, nei casi esposti, occultare e negare l'analogia presenti dei difetti nell'argomentazione, bisogna trattare (sintetica-

mente) degli aspetti salienti del ragionamento analogico giuridico (GOLDING, 2001).

Per mezzo dell'analogia viene attribuita a una fattispecie giuridica non regolata la stessa conseguenza giuridica prevista da una norma che regola una fattispecie simile in maniera rilevante (e quindi dissimile in maniera irrilevante) alla fattispecie non regolata. Bisogna stabilire, quindi, se due classi di casi (due fattispecie astratte) meritino o non meritino il medesimo trattamento giuridico. Si compie, dunque, un ragionamento riguardante sia le somiglianze, sia le differenze tra le classi di casi coinvolte: la rilevanza delle somiglianze determina l'*equiparazione* del trattamento giuridico; la rilevanza delle differenze determina la *non equiparazione* del trattamento giuridico (si usa, in tal caso, l'argomento *a contrario* in senso produttivo: la rilevanza delle differenze impone di negare il medesimo trattamento giuridico e di prevedere il trattamento giuridico opposto; in tema GUASTINI, 2011; CANALE e TUZET, 2010).

La definizione di analogia giuridica proposta richiede alcune precisazioni.

Se si invoca l'analogia v'è una lacuna, ciò vuol dire che rispetto al caso specifico, a quella che abitualmente viene denominata fattispecie concreta, l'interprete non è in grado di ricondurre il caso stesso nell'ambito di una classe (la fattispecie astratta) regolata espressamente (considerare le lacune un presupposto dell'analogia dipende, anche e non soltanto, dalla prospettiva filosofico giuridica che si assume, per una posizione differente da quella qui seguita v. i testi raccolti da CARLIZZI e OMAGGIO, 2016).

Bisogna avere ben presente, inoltre, che laddove “ragiona per analogia” l'interprete compie la comparazione tra classi di casi omogenee per grado di generalità, e non tra una fattispecie concreta e una astratta. Per esempio, si discute se il diritto al risarcimento dovuto alla revoca senza giusta causa dell'amministratore di una società per opera dell'assemblea, previsto dall'art. 2383 c.c., spetti pure in caso di revoca delle deleghe dell'amministratore da parte del consiglio di amministrazione. Ciò che è posto a confronto qui, non è il caso particolare dell'amministratore delegato Tizio che ha subito la revoca delle deleghe da parte del consiglio, e la classe di casi riguardanti la revoca senza giusta causa dell'amministratore da parte dell'assemblea, bensì si confrontano due classi di casi omogenee per grado di generalità: la revoca delle deleghe senza giusta causa per opera del consiglio di amministrazione e la revoca senza giusta causa dell'amministratore da parte dell'assemblea. Se all'amministratore delegato Tizio spetti, o non spetti, il risarcimento laddove la revoca delle deleghe sia avvenuta senza giusta causa, è la conseguenza dell'essere il caso dell'amministratore Tizio un'istanza della classe di casi “revoca senza giusta

causa delle deleghe dell'amministratore delegato da parte del consiglio di amministrazione" (il caso, privo di precedenti in termini, è affrontato e deciso da Cass. civ., 15 aprile 2016, n. 7587).

Va sottolineato che la definizione di analogia proposta lega il ragionamento analogico all'eguaglianza. Soffermiamoci rapidamente sul punto. L'eguaglianza consiste nell'eguale trattamento di situazioni eguali e nel diverso trattamento di situazioni che eguali non sono. Analogia, similitudine ed eguaglianza sono connesse. Qual è, allora, il rapporto fra l'eguaglianza e i termini analogo e simile? Se si afferma « x e y sono eguali» lo si fa al fine di mettere in luce ciò che x e y hanno in comune; se si afferma che x e y sono diversi si sottolinea ciò che non hanno in comune. Se si sostiene che « x e y sono simili o analoghi», l'analogia rivolge l'attenzione sia su ciò che accomuna x e y , sia sulle reciproche differenze. Se si mette in relazione « x e y sono simili o analoghi» con gli altri due enunciati si ottiene che: « x e y sono eguali» si converte in « x e y non sono proprio eguali ma comunque simili»; mentre « x e y sono diversi» si converte nell'enunciato « x e y pur essendo diversi ciò nonostante sono simili». Simile e analogo richiamano, dunque, sia gli elementi di somiglianza sia di quelli di differenza fra le classi esaminate (si tratta delle limpide considerazioni di GIANFORMAGGIO, 2008, su cui v. le interessanti riflessioni di GAZZOLO, 2018).

Quanto si è appena detto mostra che ragionare in termini di simile e analogo richiede di argomentare sia intorno alle somiglianze, sia intorno alle differenze tra le classi di casi raffrontate. Un giudizio di rilevanza delle somiglianze concluderà per l'irrilevanza delle differenze e quindi per l'attribuzione del medesimo trattamento giuridico alle classi di casi coinvolte (analogia); oppure si potrà avere un giudizio di rilevanza delle differenze e quindi una conclusione che nega il medesimo trattamento giuridico alle classi di casi coinvolte (argomento *a contrario* produttivo, di cui si è già parlato). Ne consegue che sia l'argomento analogico, sia l'argomento *a contrario* si fondano sull'eguaglianza come nucleo concettuale (v. TARELLO, 1980, p. 350: «*In questa esplicazione, l'argomento a simili si presenta come una regola sulla produzione giuridica e precisamente come una regola che impone la produzione di norme che abbiano l'effetto di ottenere per il secondo termine dell'analogia la disciplina che una norma preesistente impone al primo termine dell'analogia*»). In sintesi: l'argomento analogico è correlato all'accertamento della rilevanza delle somiglianze da cui consegue l'irrilevanza delle differenze, mentre l'argomento *a contrario* è correlato al giudizio di rilevanza delle differenze che rende irrilevanti le somiglianze (v. ancora GIANFORMAGGIO, 2008).

A questo punto del discorso bisogna chiedersi: quando si è di fronte a somiglianze rilevanti (e quindi a differenze irrilevanti) e quando si è di fronte a differenze rilevanti (e quindi a somiglianze irrilevanti)? In ambito giuridico si sostiene, in maniera pressoché pacifica, che il criterio da utilizzare per sciogliere l'interrogativo sia la *ratio* teleologicamente orientata. Si individua, cioè, la *ratio* (teleologicamente orientata) della disposizione normativa che regola una classe di casi e in base a essa si stabilisce se sussistono somiglianze rilevanti tra la classe di casi regolata e quella non regolata. Se si stabilisce che le somiglianze sono rilevanti, allora le due classi meritano lo stesso trattamento giuridico: quello stabilito dalla norma originata dall'interpretazione teleologica della disposizione normativa. È per mezzo della *ratio* teleologicamente orientata, quindi, che si valuta la rilevanza delle somiglianze e l'irrelevanza delle differenze.

Il richiamo della *ratio* teleologicamente orientata evoca la problematicità della nozione ripetutamente affermata (si perdoni il rinvio a VELLUZZI, 2013). In questo scritto preme sottolineare che il riferimento alla *ratio* teleologicamente orientata pone in rilievo un aspetto fondamentale dell'analogia giuridica, ossia che l'analogia giuridica ha natura valutativa: la correttezza dei ragionamenti analogico giuridici non può prescindere da come si individua e si utilizza il criterio di valutazione della rilevanza delle somiglianze e delle differenze. La *ratio* (intesa in senso teleologico) non è la proprietà che le fattispecie hanno in comune, bensì è il criterio che rende rilevante (o irrilevante) una certa somiglianza tra le fattispecie. Quando i giuristi e i giudici dichiarano esistente un'analogia tra classi di casi e si esprimono in termini di condivisione della *ratio*, di stessa o medesima *ratio*, bisogna aver presente che usano formule un po' imprecise (v. per esempio, Trib. Trento, 3 marzo 2016, n. 207, laddove parla di «*analogia di ratio legis*»).

Per ciò che concerne il ruolo della *ratio* (teleologicamente orientata) nel ragionamento analogico giuridico va sottolineato, inoltre, che nell'analogia giuridica la comparazione avviene tra classi di casi omogenee per grado di generalità: come si individua la classe di casi regolata da comparare con la classe di casi non regolata? Per mostrare l'importanza dell'interrogativo si può far ricorso a un esempio (la questione è stata decisa da Cass. civ., 12 agosto 1991, n. 8772). Riguardo ad un accadimento qualificabile in termini di legittima difesa putativa, situazione non espressamente regolata nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale, bisogna stabilire qual è la fattispecie (astratta) con la quale istituire una comparazione: la legittima difesa di cui all'art. 2044 c.c. o lo stato di necessità di cui all'art. 2045 c.c.? La questione comporta differenze sul piano delle conseguenze giuridiche: se si ritiene fondata l'analogia tra legittima difesa

putativa e legittima difesa non è dovuto l'indennizzo; se, invece, si ritiene appropriata l'analogia tra la legittima difesa putativa e lo stato di necessità, l'indennizzo è dovuto. I giudici di legittimità hanno escluso che nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale si possa regolare la legittima difesa putativa alla stregua di quanto stabilito per la legittima difesa solo guardando alla condivisione del *nomen* "legittima difesa". L'esame delle due classi di casi conduce i giudici di legittimità a ritenere irrilevanti le somiglianze e rilevanti le differenze tra la legittima difesa putativa e la legittima difesa: di conseguenza l'analogia viene negata. I giudici hanno sostenuto, invece, la rilevanza delle somiglianze tra legittima difesa putativa e stato di necessità. A tal proposito scrive la Corte di Cassazione: «È tempo, adesso, di appurare quale altra disposizione possa ritenersi contemplare, regolandone gli effetti civili, il fatto dannoso commesso in stato di c.d. legittima difesa putativa. Questo fatto è per definizione carente del requisito soggettivo di colpevolezza previsto nell'art. 2043 cod. civ., perché quello stato esclude sia il dolo che la colpa del danneggiante. Tuttavia, siffatta carenza non lo relega nel limbo dell'irrilevanza, impedendone, in particolare, la sussumibilità nella disciplina della responsabilità civile da fatto commesso in stato di necessità (art. 2045 cod. civ.). L'operazione, affidata all'analogia, implica una duplice, positiva constatazione: quella della compatibilità della natura della norma ospite (l'art. 2045 cit.) e quella, caratteriologica, della presenza, nella fattispecie concreta attratta, dell'estremo essenziale, di identificazione della fattispecie astratta attrattiva».

Il brano citato è di ausilio per comprendere che la valutazione delle somiglianze e delle differenze, della loro rilevanza o irrilevanza, connota il ragionamento analogico giuridico sin dalla scelta della classe di casi da comparare. Questo aspetto non entra in gioco, quindi, soltanto dopo che si è operata la scelta tra le classi di casi da porre a confronto. Così ragionando il nodo cruciale da sciogliere riguarda il criterio col quale la valutazione è compiuta: si torna, di nuovo, alla *ratio* (intesa in senso teleologico).

Quel che si è detto sin qui riguardo all'analogia giuridica, comporta che le controversie relative ai ragionamenti analogici coinvolgono in ambito giuridico vari aspetti, tra i quali: a) l'individuazione della *ratio* teleologicamente orientata; b) la scelta della classe di casi regolata; c) l'uso della *ratio* teleologicamente orientata per selezionare e valutare (rilevanti o irrilevanti) le somiglianze (e le differenze) tra le classi di casi coinvolte.

Il ragionamento analogico in ambito giuridico è, dunque, articolato e complesso, coinvolge molteplici passaggi ciascuno dei quali contribuisce a fondare la conclusione del ragionamento stesso.

4. I problemi dell'occultamento e i problemi della negazione.

Dobbiamo tirare le somme del breve cammino compiuto intorno all'analogia giuridica. Più in particolare si tratta di mettere in rilievo quali sono i problemi legati all'analogia occultata e al modo in cui l'analogia viene negata.

L'esempio riguardante l'interpretazione degli atti amministrativi mostra che nella sentenza sono occultate, non esplicitate le premesse indispensabili per comprendere la conclusione: quali sono le somiglianze tra interpretazione del contratto e interpretazione degli atti amministrativi? Quali sono rilevanti e in base a quale criterio? Quali regole di interpretazione del contratto, sono, dunque, mutuabili? Il laconico riferimento a ragioni di compatibilità è poco più che allusivo. Il ragionamento conclude che le somiglianze ci sono e quindi alcune regole stabilite per l'interpretazione del contratto possono (debbono?) essere mutate per interpretare gli atti amministrativi, ma non aggiunge altro. Con una battuta si potrebbe dire che la conclusione è analogica, il ragionamento compiuto per giungervi è invece carente, forse addirittura assente.

L'esempio tratto dalla giurisprudenza europea mostra che se si accetta l'eguaglianza come nucleo concettuale dell'analogia e dell'argomento *a contrario* produttivo, pure l'uso dell'argomento *a contrario* produttivo richiede che si valutino le somiglianze e le differenze tra le classi di casi coinvolte, non basta, dunque constatare che una classe è regolata, l'altra non lo è, e per questo non merita il trattamento giuridico espressamente previsto. Stabilire ciò che una classe di casi non regolata "merita" o "non merita" comporta che si compiano considerazioni sugli elementi che accomunano e differenziano quella classe e un'altra classe di casi regolata, non basta, cioè, che una differenza vi sia o più differenze vi siano.

I due esempi sommariamente esaminati costituiscono una goccia nel mare della giurisprudenza italiana ed europea sull'analogia; sono stati utili, però, per mettere in luce che i passaggi argomentativi necessari per comprendere l'affermazione o la negazione di una analogia giuridica sono talvolta incompleti o addirittura omessi. Ma il mare è fatto di tante gocce e ogni goccia ha la sua importanza, ogni singolo ragionamento analogico contribuisce, quindi, ad accrescere o a svilire il ruolo dell'applicazione analogica del diritto. È stato ben scritto, infatti, che per poter comprendere lo specifico significato dell'applicazione analogica del diritto «è necessario fissare due punti: 1) in ogni applicazione analogica di diritto, i casi da trattare in modo eguale debbono essere riconosciuti come "giuridicamente" eguali, cioè come casi che sono eguali da un punto di vista giuridico, e non solo morale o meramente soggettivo; 2) prima facie tuttavia, tali casi non sono affatto "giu-

ridicamente eguali”; dal punto di vista del diritto vigente, infatti, essi sono decisamente diversi, in quanto solo uno è già stato giuridicamente regolato (...) questi due punti possono facilmente essere ritenuti incompatibili. E lo sarebbero, in effetti, se il diritto dovesse essere concepito come un sistema (...) fisso, chiuso, statico, semplice effetto di ciò che è stato deciso nel passato (...) Ma non è così (...) e i casi che si presentano non sono solo o eguali a o diversi da quelli già decisi: possono essere anche (detti) simili. Ed è appunto quando ci si trova nella situazione della “incompatibilità” appena ravvisata che i casi sono (detti) simili, ed il diritto evolve, ma in continuità con il passato.

Così, la giustificazione del ragionamento per analogia nell'applicazione del diritto sta proprio nella ricomposizione dell'incompatibilità di cui sopra» (GIANFORMAGGIO, 2008, p. 160).

Se questo è il compito dell'analogia giuridica nel sistema del diritto, le decisioni da cui abbiamo preso spunto non forniscono, per quel che si è detto, un buon servizio alla causa, non consentono di considerare i ragionamenti adeguatamente giustificati e in grado di ricomporre l'incompatibilità appena menzionata.

Riferimenti

CANALE D. - TUZET G., 2010, *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario*, *Ars Interpretandi*, XV, pp. 189-205.

CARLIZZI G. - OMAGGIO V., 2016, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, Ets.

GAZZOLO T., 2018, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, Giappichelli.

GIANFORMAGGIO L., 2008, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli.

GOLDING M.P., 2001, *Legal Reasoning*, New York, Broadview Press.

GUASTINI R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

MONTEDURO M., 2012, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam.

TARELLO G., 1980, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.

VELLUZZI V., 2013, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Ets.