

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 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 resolutions.

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 Píra 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 Compte, 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 “contestations” (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 respects».

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* realizzati (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 distinzione 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 precludere 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 giudiziaria». 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.

Peraltro, 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 *RFDA*, 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, *Plaçi 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 reports».

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 coesenziale 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 Priea 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, *Chevroil 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. TINIÈRE, *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-head 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 *Plaçi* 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.

FIRENZO 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