

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37599-giusto-processo-e-giurisdizione-amministrativa-le-lacune-del-processo-amministrativo-italiano>

Autore: Giuliano Marzia

Giusto processo e giurisdizione amministrativa: le lacune del processo amministrativo italiano

Giusto processo e giurisdizione amministrativa: le lacune del processo amministrativo italiano

L'art. 6 della CEDU disciplina il diritto ad un equo processo e, stando alla lettera della norma, non sembra essere stato congegnato per applicarsi al di fuori del processo penale e civile; infatti si riferisce all'accusa "penale" ed alle "obbligazioni civili", ciò potrebbe far ritenere che il processo amministrativo rimanga fuori dall'ambito di applicazione dell'equo processo, almeno nei casi in cui si controverrà intorno a meri interessi legittimi¹, e a maggior ragione dovrebbero ritenersi escluse le materie dell'azione amministrativa e del processo amministrativo². Tuttavia la Corte di Strasburgo ha optato per una ricostruzione estensiva dell'ambito applicativo dell'equo processo che si caratterizza per la sua autonomia rispetto ai concetti giuridici tradizionali accolti negli ordinamenti delle Parti contraenti³. Come noto l'interpretazione della Convenzione costituisce prerogativa della Corte di Strasburgo e la medesima ha attribuito alle nozioni di "tribunale", "accusa penale" e di "diritti e obbligazioni di carattere civile", contenute nell'art. 6 CEDU, un significato autonomo, rispetto a quello riconosciuto alle stesse nei singoli Stati membri, al fine dichiarato di evitare facili elusioni della norma sull' "equo processo" e di assicurare ai soggetti interessati l'effettivo godimento delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

La parola "tribunale" è stata assunta in un'accezione sostanziale, avendo riguardo al profilo funzionale, cioè ai poteri esercitati in concreto da un dato soggetto pubblico, tale nozione non fa necessariamente riferimento a un organo giurisdizionale di tipo classico, quel che conta è il profilo funzionale, dovendosi guardare a quali poteri l'organo eserciti in concreto, ciò che veramente rileva è l'effetto della decisione, ovvero la modificazione della realtà giuridica che un certo potere pubblico produce, indipendentemente dalla sua natura⁴. In detta accezione può esser considerato come "tribunale" qualsiasi autorità pubblica che sia chiamata a decidere un' "accusa penale" o che sia idonea ad incidere significativamente e con efficacia vincolante su un "diritto civile". Se quindi le garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU debbano essere assicurate ogni qual volta una posizione soggettiva sia incisa dall'esercizio di un potere, è chiaro che ciò può avvenire sia nel corso di un processo giurisdizionale, sia nell'ambito di un procedimento amministrativo⁵.

La nozione di "diritti e obbligazioni civili" non è stata ricostruita dalla giurisprudenza in modo unitario. La Corte ha preferito un metodo casistico in grado di offrire risposte pragmatiche ai problemi di volta in volta posti alla sua attenzione. Sin dall'inizio è stato chiarito da Strasburgo che ai fini della protezione accordata dall'art. 6 non rilevano solo i procedimenti giurisdizionali in cui si controverte

¹ G. Corso, Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali, in AA.VV., Il giusto processo. Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003, pag. 51 ss.

² G. Colavitti, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, per il quale "Non vi è dubbio, infatti, che il corrispondente logico – giuridico del "giusto processo" nel panorama anglosassone, e cioè il richiamato concetto di due process of law sia principio afferente anche le sfere del diritto sostanziale, oltre che di quello processuale, e indichi proprio un modo di porsi del pubblico potere che non si esaurisce certo nelle dinamiche processualpenalistiche, e pare piuttosto estendersi a tutte le modalità di decisione pubblica che comportano o possono comportare una diminuzione delle sfere giuridiche soggettive dei cittadini"

³ F. Sudre, *L'interpretation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, pag. 93 ss.

⁴ M. Allena, Art. 6 CEDU, procedimento e processo amministrativo, Napoli, 2012, pag. 38 ss.

⁵ F. Fracchia, Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale, Bologna, 2009, in Riv. trim. dir. pubbl., 2010, pag. 1127 ss.

direttamente dei diritti soggettivi tradizionalmente collocati in ambito privatistico, ma anche quei procedimenti in cui si controverte di situazioni decisive per l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive comunque rilevanti per l'ordinamento⁶. La qualificazione di una fattispecie, sulla base del diritto interno, come pubblicistica o amministrativa, non esclude che si sia in presenza di diritti e obbligazioni civili⁷. L'indifferenza CEDU per il nomen iuris dei rapporti intersoggettivi assume, peraltro, particolare importanza nel nostro ordinamento, caratterizzato da un dualismo delle situazioni giuridiche soggettive che il privato vanta nei confronti delle pubbliche autorità. Tale indifferenza comporta che la dicotomia interessi legittimi – diritti soggettivi sia irrilevante, dovendosi considerare la relazione tra l'autorità e gli amministrati su di un piano paritario⁸.

Quanto alla nozione di “accusa penale”, essa è interpretata estensivamente dai giudici di Strasburgo, fino a farvi rientrare una varia tipologia di procedimenti amministrativi a carattere sanzionatorio. La Corte ha indicato alcuni criteri in base ai quali si sarebbe in presenza di un’accusa penale⁹, è innanzi tutto necessario che la sanzione abbia un carattere prevalentemente retributivo (cioè punitivo) e preventivo, in secondo luogo è necessario che la sanzione non sia irrogabile solo nei confronti di una collettività ben individuata, altrimenti si tratterebbe di una mera sanzione disciplinare, è altresì necessario che la sanzione sia particolarmente severa e laddove abbia natura patrimoniale che sia significativa sotto il profilo economico¹⁰. In virtù dell’ampiezza dei citati criteri individuati dalla giurisprudenza di Strasburgo, è possibile ricomprendere nella nozione europea di sanzione penale, gran parte, se non tutte, le sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento¹¹.

Una volta definito l’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU, occorre dare conto di quali conseguenze derivino dall’applicazione delle regole dell’ “equo processo” ai procedimenti amministrativi incidenti su “diritti di carattere civile”, in quanto diversamente da ciò che è accaduto nella materia “penale”, ove la Corte dei diritti dell’uomo ha esteso alla gran parte dei procedimenti amministrativi sanzionatori le garanzie di difesa originariamente previste per la sola fase processuale, qui la giurisprudenza di Strasburgo non ha individuato uno specifico principio che imponga di concentrare le garanzie di cui all’art. 6 CEDU nella fase procedimentale. Dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo emerge anzi un’ampia disponibilità a consentire sempre la compensazione ex post, in sede processuale e tramite una “full

⁶ L. Prudenzano, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pag. 9; Risulta altresì emblematica in tal senso la sentenza *Michael Ringeisen v. Austria*, Corte europea diritti dell’uomo 16 luglio 1971, 2614/65, par. 94

⁷ In via esemplificativa sono state considerate determinative di diritti e obbligazioni civili decisioni delle amministrazioni pubbliche in materia di: autorizzazione all’esercizio di una professione sanitaria (Corte europea diritti dell’uomo, 28 giugno 1979, ricorso n. 6232/73, *Konig v. Germany*, par. 90); assistenza sanitaria ai minori (Corte europea diritti dell’uomo, 24 febbraio 1995, ricorso n. 16424/90, *Mc.Michael v. United Kingdom*); ammissione o riammissione in ordini professionali (Corte europea diritti dell’uomo, 16 maggio 1984, ricorso n. 8950/80, *H. v. Belgium*); trasferimento dei sacerdoti (Corte europea diritti dell’uomo, 23 settembre 2008, ricorso n. 48907/99, *Ahtinen v. Finland*)

⁸ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Milano, 1975, pag. 813 ss.

⁹ Corte europea diritti dell’uomo, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel v. Holland*

¹⁰ 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, pag. 917 ss.

¹¹ F. Goisis, *Garanzie procedurali e convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pag. 1343

jurisdiction”, delle garanzie che non siano state assicurate nel corso del procedimento amministrativo, e ciò a causa della presunzione assoluta di minore afflittività, dei procedimenti determinativi di “diritti di carattere civile”, rispetto a quelli sanzionatori¹². Come si deduce dalla stessa giurisprudenza della Corte¹³ se fin dalla fase decisoria sono state attuate serie ed adeguate garanzie procedurali a favore dell’interessato, è da ritenersi sufficiente un sindacato del giudice limitato alla verifica della non manifesta irragionevolezza del provvedimento contestato¹⁴. Quando invece l’esigenza di imparzialità ed indipendenza del soggetto competente alle determinazioni dei diritti e delle obbligazioni civili non sia stata adeguatamente soddisfatta perché l’autorità amministrativa decidente non ha offerto garanzie assimilabili a quelle di una istanza giurisdizionale, tale mancanza strutturale può esser in via successiva controbilanciata dal riconoscimento del diritto ad esperire un ricorso in via giurisdizionale davanti ad un giudice effettivamente indipendente ed autorizzato ad accedere pienamente ai fatti controversi¹⁵.

Chiariti questi profili introduttivi in merito all’incidenza dell’art. 6 CEDU nell’ambito del diritto amministrativo, occorre concentrarsi sul grado di attuazione dei principi dell’equo procedimento – processo nella legge n. 241 del 1990 al fine di valutare alcuni istituti di garanzia da essa disciplinati, la cui corretta operatività risulta essenziale nell’ottica dell’esigenza di adeguare il nostro ordinamento ai principi convenzionali europei. Passando quindi ad esaminare più nel dettaglio la legge generale sul procedimento amministrativo, occorre segnalare una serie di profili sui quali appaiono necessari adeguamenti ai dettami della CEDU.

Viene in rilievo innanzi tutto la disciplina di comunicazione di avvio del procedimento, di cui agli artt. 7 e 8 della legge 241 del 1990. In base alla medesima l’amministrazione ha l’obbligo di dare notizia del procedimento non solo ai destinatari diretti del provvedimento, ma a tutti coloro ai quali quest’ultimo potrebbe arrecare un pregiudizio, purché siano individuati o facilmente individuabili. Nonostante l’ampio ventaglio dei soggetti ai quali la comunicazione è diretta questa tende di per se a configurarsi come una mera informativa del fatto che un procedimento è stato iniziato da una determinata amministrazione, senza che siano forniti al cittadino gli strumenti conoscitivi per partecipare attivamente allo stesso¹⁶. Invece tendendo conto dell’impostazione della Corte europea dei diritti dell’uomo, che consente di assoggettare pienamente il processo - procedimento amministrativo ai principi dell’ “equo processo” , la comunicazione dell’avvio del procedimento dovrebbe essere un atto ben più completo, idoneo ad esplicare non solo le ragioni di fatto e di diritto poste a base del provvedimento, ma anche a fornire la relativa documentazione¹⁷. Sotto tal profilo quindi, la legge italiana sul procedimento amministrativo non sembra in linea con il principio dell’ “adversarial procedure” inteso come onere per l’autorità procedente di attivarsi proprio per porre le parti in condizione di conoscere effettivamente, fin dall’inizio, tutte le circostanze utili a predisporre la loro difesa e ad influenzare la decisione. Peraltro accade spesso a tutt’oggi, che la giurisprudenza interpreti in maniera molto estensiva la possibilità

¹² M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 237 ss.

¹³ Corte europea diritti dell’ uomo, 22 novembre 1995, ricorso n. 19178/91, Bryan v. United Kingdom, par. 47

¹⁴ L. Prudenzano, Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, op. cit., pag. 13

¹⁵ Corte europea diritti dell’ uomo, 28 maggio 2002, ricorso n. 35605/97, Kingsley v. United Kingdom

¹⁶ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 249

¹⁷ Ibidem

prevista dall'art. 7, comma 1, della legge in esame, di omettere la comunicazione di avvio ove esistano particolari esigenze di celerità del procedimento¹⁸. Inoltre è da sempre presente in giurisprudenza l'orientamento secondo il quale, a fronte di procedimenti volti all'emanazione di atti vincolati, la comunicazione non sarebbe necessaria¹⁹, come a dire che il cittadino partecipando al procedimento non fosse in grado di influire utilmente nella ricostruzione dei fatti oggetto della fattispecie, restando detta ricostruzione completamente rimessa al monopolio dell'Amministrazione²⁰. Questi orientamenti giurisprudenziali sono alla base della riforma del 2005, con la quale è stata introdotta nell'ambito della legge 241 del 1990 la previsione della non annullabilità dell'atto amministrativo emanato in assenza di comunicazione di avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto esser diverso da quello in concreto adottato (art. 21 octies) e tale disposizione è stata di frequente interpretata nel senso della irrilevanza della comunicazione di avvio del procedimento nel caso di atti vincolati²¹. Anche la regola dell'art. 21 octies appare così, in evidente contrasto con l'insegnamento CEDU per il quale la violazione del principio del contraddittorio è sempre rilevante, indipendentemente dalla correttezza dell'esito procedimentale e dalla rilevanza dello stesso per le concrete difese del cittadino²². La questione della effettiva messa a disposizione della documentazione rilevante per la decisione coinvolge anche il diritto di accesso esercitabile all'interno del procedimento amministrativo (accesso endoprocedimentale²³). Ai sensi dell'art. 25, comma 2, della legge 241 del 1990 l'accesso non è immediato ed assoluto ma necessita della presentazione di un'istanza motivata rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente²⁴. Spetta dunque all'amministrazione il potere di negare, restringere o differire detta facoltà, restando per cui di nuovo ben lontani dall'ottica CEDU in base alla quale, il fascicolo del procedimento dovrebbe esser messo nella disponibilità dell'interessato in modo automatico²⁵.

Altre lacune, che necessiterebbero di esser colmate ed adeguate alla disciplina convenzionale, emergono altresì dalla disciplina dei poteri e delle facoltà che la legge n. 241 del 1990 attribuisce alla parte privata. In primo luogo l'attività istruttoria è

¹⁸ M. Brocca, *La legge n. 241 del 1990 e l'amministrazione dell'emergenza*, in A. Sandulli e G. Piperata (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, 2011, pag. 79 ss.

¹⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4446, in www.giustizia-amministrativa.it, che ritiene “infondate le argomentazioni attinenti alla violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto nella specie si discute dell'applicazione vincolata di una disposizione di legge”

²⁰ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 250 – 251; A. Zito, *Spunti di riflessione su alcune questioni “vecchie” e “nuove” in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in F. Manganaro e A.R. Tassone (a cura di), *La partecipazione negli enti locali. Problemi e prospettive*, Torino, 2002, pag. 41 ss.

²¹ Consiglio di Stato Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4101; Consiglio di Stato Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3807, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it

²² Corte europea diritti dell'uomo, 15 gennaio 2009, caso 8927/02, Sharomov v. Russia, ove viene chiarito che anche la mancata messa a disposizione di documenti palesemente inutili è comunque ragione di violazione dell'art. 6 CEDU

²³ M. Occhiena, voce Accesso agli atti amministrativi, in Diz. di dir. pubblico, diretto da S. Cassese, Milano, I, 2006, pag. 57 ss.; M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 253

²⁴ A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in Giorn. dir. amm., 2007, pag. 669 ss.

²⁵ E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in Dir. pubbl., 2005, pag. 573 ss.

condotta con un metodo inquisitorio, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b, il responsabile del procedimento accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento della stessa. Risulta di tal che evidente come la parte privata non abbia in questo modo alcuna facoltà di esser interpellata in merito, del resto ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. b, nella fase istruttoria, i soggetti legittimati a parteciparvi possono soltanto limitarsi a presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento; è evidente invece che forme di partecipazione informali, improntate all'oralità potrebbero consentire di istaurare un vero e proprio dialogo tra amministrazione e privati su un piano di parità²⁶. Sempre in tema di poteri e facoltà attribuibili alla parte privata, l'art. 17 della legge 241 disciplina le valutazioni tecniche, prevedendo che queste siano compiute esclusivamente da organi amministrativi che, ove ritardino oltre determinati termini, possono essere sostituiti da altri organi dell'amministrazione o da altri enti pubblici dotati di qualificazione tecnica equipollente o da istituti universitari. Si tratta di un consulente tecnico che non opera in alcun modo in contraddittorio con il cittadino o con i suoi consulenti²⁷. Per realizzare un pieno contraddittorio nella formazione della prova, occorrerebbe, in conformità a quanto statuito dalla Corte di Strasburgo²⁸ accordare a ciascuna parte la facoltà di nominare un proprio consulente tecnico che possa collaborare, in posizione paritaria, con il consulente nominato d'ufficio dall'amministrazione²⁹.

Dal punto di vista organizzatorio, l'esigenza di parità delle parti pone anche il problema della realizzazione di una distinzione sul piano procedimentale, tra l'organo istruttorio e quello competente all'adozione del provvedimento finale, infatti secondo i giudici di Strasburgo³⁰, la vicinanza che di norma sussiste nelle amministrazioni, tra chi istruisce la pratica e chi assume la decisione, pregiudica la posizione di terzietà rispetto alle parti che dovrebbe essere propria del decisore³¹. Anche sotto questo profilo la situazione italiana non appare per nulla soddisfacente, poiché ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 241 viene sancito che il dirigente dell'unità organizzativa possa attribuire anche ad un altro dipendente addetto all'unità, la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inherente il singolo procedimento, nonché dell'adozione del provvedimento finale; suscita ancor più perplessità tale disposizione se letta in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 6, comma 1, lett. e della medesima legge, secondo il quale *"L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del*

²⁶ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 248 ss.; vedi anche lo Schema di disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro nel 1984, al cui art. 5, lett. d, prevedeva la possibilità, per i partecipanti al procedimento di chiedere di essere ascoltati dall'autorità competente su fatti rilevanti ai fini della decisione

²⁷ Si veda lo Schema di disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro (art. 5, comma 1, lett. b), ove era prevista la possibilità per l'interessato di presenziare, direttamente o tramite un proprio rappresentante, alle ispezioni e agli accertamenti volti a verificare fatti rilevanti ai fini della decisione

²⁸ Corte europea diritti dell'uomo, 18 marzo 1997, caso 21497/93, Mantovanelli v. France, ove viene riconosciuto in violazione dell'art. 6 CEDU il procedimento giudiziale avanti ai giudici amministrativi francesi per responsabilità di una struttura ospedaliera pubblica in relazione alla circostanza che il consulente tecnico d'ufficio non aveva posto il consulente della controparte in condizione di realizzare un pieno contraddittorio paritario nello svolgimento della consulenza stessa

²⁹ La necessità di un riequilibrio della posizione delle parti del procedimento in relazione alla ricostruzione dei fatti complessi è stata affermata dal Tar Lombardia, vedi Tar Lombardia, sez. I, 11 novembre 2003, n. 4982, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁰ Corte europea diritti dell'uomo, 7 giugno 2001, caso n. 39594/98, Kress v. France, poi ribadita dalla Grand Chamber, 12 aprile 2006, caso n. 58675/00

³¹ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 259

procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”.

E' stato osservato come la disciplina nazionale sul procedimento amministrativo non sia del tutto in linea con gli obblighi CEDU, occorre adesso chiedersi se sia possibile, nel nostro ordinamento, attuare nel corso del processo quella compensazione ex post che è una condizione necessaria affinché il sistema possa nel complesso ritenersi conforme al canone dell' "equo processo" nella determinazione dei "diritti di carattere civile", sarà altresì necessario, passare poi ad analizzare quale sia l'effettiva disponibilità nonché la profondità, da parte del giudice amministrativo, del sindacato dei presupposti delle scelte amministrative. Per fare ciò, sarà opportuno, in via preliminare, dar conto del classico tema della profondità del sindacato giurisdizionale su quella che viene definita "discrezionalità tecnica".

Secondo un'opinione sostanzialmente unanime, un problema di limiti al sindacato del giudice amministrativo si pone solo relativamente alle valutazioni "opinabili"³², ovvero quelle che sono suscettibili di giungere ad una pluralità di esiti, tutti apparentemente corretti sul piano tecnico e compatibili con il dato normativo³³, ci si chiede allora, in questi casi, a chi spetti l'ultima parola in ordine alla scelta di una determinata soluzione, ovvero se ciò competa all'amministrazione o al giudice. In passato dottrina e giurisprudenza amministrative³⁴ hanno sostenuto la tesi della riserva all'amministrazione e della conseguente insindacabilità delle valutazioni di carattere tecnico complesso, quindi opinabili; e così queste, dal punto di vista processuale, hanno finito per essere equiparate alle valutazioni discrezionali, ovvero comportanti una scelta di interessi, o sono state ritenute non conoscibili dal giudice in quanto riconducibili al merito amministrativo³⁵. Su tale questione però, storicamente sono state proposte una serie di ricostruzioni dottrinarie diversificate; a partire da un'importante monografia di Giannini³⁶ si è operata una distinzione tra la discrezionalità tecnica ed amministrativa, in quanto essendo la discrezionalità amministrativa una valutazione comparativa di interessi, sarebbe impossibile equipararla alla discrezionalità tecnica, nella quale manca in ogni caso una vera e propria ponderazione di interessi. Conseguentemente in presenza di valutazioni tecniche, vi sarebbe una maggiore intensità del controllo giurisdizionale, in quanto la norma giuridica assorbirebbe la regola tecnica e quindi la violazione di quest'ultima si risolverebbe in una violazione di legge³⁷. Tale tesi è stata però oggetto di critica, già a partire dagli anni Sessanta, da più parti della dottrina³⁸, la quale pur riconoscendo alla tecnica la capacità di limitare e di condizionare l'ampiezza del

³² M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 268

³³ Per una critica a tale impostazione, F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in Dir. amm., 2008, pag. 791 ss., il quale ritiene che la norma opinabile sia in realtà "suscettibile di un'interpretazione univoca e oggettiva"

³⁴ A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, pag. 42 ss.

³⁵ F. Cintoli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, pag. 93 ss.

³⁶ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939, pag. 74 ss.

³⁷ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pag. 54 ss.

³⁸ V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, pag. 116 ss.; Vedi anche F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, op. cit. pag. 829 secondo il quale nei casi di discrezionalità tecnica, il presupposto per l'esercizio del potere sarebbe costituito non dagli accertamenti tecnici, ma dalla stessa valutazione del dato tecnico da parte dell'amministrazione, appartenendo così la discrezionalità tecnica alla sfera del merito amministrativo inteso come scelta riservata all'amministrazione

potere discrezionale rendendo più intenso il sindacato del giudice sosteneva che in presenza di una scelta tecnica opinabile, questa doveva pur sempre essere condotta alla luce dell'interesse pubblico e si finiva così per sconfinare comunque nella discrezionalità amministrativa, senza possibilità alcuna di distinguere. Pur se con queste eccezioni, a tutt'oggi, la dottrina più recente³⁹ tende a riconoscere la piena autonomia concettuale delle valutazioni tecniche rispetto alla discrezionalità amministrativa, fondando tale tesi sul fatto che la discrezionalità tecnica, al contrario di quella amministrativa, non implichi in realtà valutazioni di opportunità o scelte di interessi, ma riguardi solo l'accertamento di fatti sia pure complessi. In relazione al tema considerato, anche le posizioni giurisprudenziali sono assai diversificate e contraddittorie: da una parte infatti sopravvive la tradizionale visione per la quale la discrezionalità tecnica coinciderebbe con un ambito non sindacabile delle scelte amministrative, ossia con il merito amministrativo; dall'altra parte⁴⁰ sussiste al contrario l'idea che la discrezionalità tecnica, in quanto non coinvolgerebbe valutazioni in senso proprio discrezionali, ossia attinenti all'interesse pubblico, potrebbe ben essere sindacata dal giudice anche nei suoi profili "intrinseci", sembra peraltro doversi menzionare anche la tendenza giurisprudenziale volta ad equiparare, tout court, le questioni di carattere tecnico complesse, alla discrezionalità amministrativa, così precludendo un pieno accesso ai fatti rilevanti, ove tecnicamente complessi. Tuttavia al di là delle intense quanto talvolta frammentarie e divergenti discussioni sul tema della discrezionalità tecnica, è assolutamente significativo rilevare che il giudice di Strasburgo non ammette, in linea di principio, che il sindacato sugli atti amministrativi frutto di valutazioni tecniche complesse, e quindi opinabili, possa essere in qualche modo limitato. Non vi è ragione per inibire al giudice l'accesso ai fatti alla base delle decisioni allo stesso modo dell'amministrazione⁴¹. In virtù di quanto sostenuto va però da ultimo rilevata la sussistenza di ampio consenso, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla spettanza in via esclusiva alla pubblica amministrazione, salvo i casi di giurisdizione di merito, delle scelte di interessi. Si tratta ora di verificare questo assunto alla luce dell'art. 6 CEDU e del principio di "full jurisdiction" che da esso fa discendere la Corte europea dei diritti dell'uomo. Occorre chiedersi se tale disposizione, non imponga un certo ridimensionamento dell'azione amministrativa discrezionale così come tradizionalmente intesa nel nostro ordinamento. Su questo profilo è necessario rilevare che l'argomento sul quale tradizionalmente è stata fondata l'impossibilità per

³⁹ Nell'ambito del suddetto filone di pensiero si distinguono però posizioni più inclini ad affermare la piena sindacabilità di tutte le valutazioni tecniche, anche opinabili; vedi sul punto F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, pag. 1046; e orientamenti più cauti, i quali ammettono una parziale sottrazione al sindacato giudiziario dell'intrinseco delle scelte opinabili, nei limiti in cui tale intrinseco risulti aperto a esiti o soluzioni equivalenti, e quindi opinabili; vedi sul punto F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, pag. 247 ss.

⁴⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, pag. 9 ss.

⁴¹ Corte europea dir. dell'uomo, 21 ottobre 2003, ricorso n. 29010/95, *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, in cui si afferma il diritto del giudice di accertare, al limite sostituendosi all'amministrazione, i presupposti a carattere tecnico per l'assoggettamento di un'impresa ad una procedura fallimentare disposta per via amministrativa; si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2008, ricorso n. 72034/01, *Druzstevnì zálozna Pria and Others v. Czech Republic*, ove si ribadisce la necessità che a fronte di decisioni discrezionali delle autorità di vigilanza bancaria che conducano alla procedura fallimentare, il "judicial review" deve essere effettivo, il giudice dovendo compiere una verifica punto su punto sugli elementi oggetto di valutazione da parte delle autorità, senza poter declinare la propria giurisdizione per impossibilità di sostituirsi all'amministrazione

il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale è il principio della separazione dei poteri inteso quale portato del principio democratico⁴². Lo stesso principio della separazione dei poteri è stato poi posto alla base dell'argomento secondo il quale, una generalizzazione della giurisdizione di merito sarebbe incompatibile con il carattere di assoluta neutralità che la Carta costituzionale riserva alla funzione giurisdizionale⁴³, infatti il sindacato di opportunità trasformerebbe il giudice in un amministratore. A questi rilievi è stato tuttavia opposto che, una giurisdizione di merito che esaminasse autonomamente i fatti e la congruità dell'azione discrezionale non invaderebbe la funzione amministrativa nella misura in cui si mantenesse nell'ambito del processo giurisdizionale e del principio dispositivo che lo governa, cioè nei limiti delle domande ed allegazioni delle parti⁴⁴. Del resto la stessa Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi più volte sull'esistenza o meno di una riserva di amministrazione nei riguardi del potere legislativo, ha chiarito che un tale principio non esiste nel nostro ordinamento, anche nei confronti del potere giurisdizionale⁴⁵. Per altro nell'ambito del diritto amministrativo, non vi è dubbio che la giurisdizione di merito, in passato ritenuta una sorta di retaggio storico destinato ad un progressivo superamento⁴⁶, appare invece recentemente interessata da sviluppi innovativi, infatti da un lato il codice del processo amministrativo ha ampliato le materie di cognizione giurisdizionale estesa al merito (ricomprendendovi le sanzioni amministrative devolute al giudice amministrativo) e dall'altro, come è stato già fatto osservare nelle pagine precedenti di questo lavoro⁴⁷, individuando nella legislazione recente, ipotesi nelle quali sono stati attribuiti al giudice amministrativo poteri cognitori che, seppur non espressamente qualificati come "di merito", sembrano per molti, riconducibili a quel modello. Appare altresì di particolare rilievo una recente impostazione dottrinaria secondo la quale, alla base della discrezionalità amministrativa vi sarebbe il necessario riconoscimento del principio di sovranità popolare e dunque di democrazia, in virtù di detta impostazione quindi la scelta discrezionale potrà essere riservata all'amministrazione solo se e nella misura in cui si tratti effettivamente di una valutazione di carattere politico⁴⁸. In base a questa teorica, nel sistema odierno, caratterizzato dalla separazione degli apparati amministrativi dai poteri politicamente responsabili, la politicità della scelta sarebbe ravvisabile esclusivamente nella c.d.

⁴² G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001; AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del XIX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22 – 23 ottobre 2004, Padova, 2008

⁴³ M. Nigro, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, pag. 859 ss.

⁴⁴ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 305; così anche U. Pototschnig, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, pag. 499 ss., oggi in *Scritti scelti*, Padova, 1993, pag. 3 ss., il quale precisa che entro i limiti segnati dal petitorum e dalla causa petendi fatti valere dal ricorrente "il sindacato di merito è possibile ed opportuno anche nei confronti dell'atto largamente discrezionale, in quanto non diventa mai esplicazione di funzione amministrativa, ma resta sempre e soltanto cognizione, per opera del giudice, del rapporto giuridico controverso tra le parti"

⁴⁵ Corte Cost., 21 marzo 1989, n. 143, in *Foro it.*, 1991, I, pag. 1970 e ss., nella quale la Consulta ha negato l'esistenza a favore dell'amministrazione di una riserva di funzione amministrativa sostenendo che la stessa "non solo non può essere desunta dalle norme che attribuiscono agli organi regionali le *funzioni amministrative* [...], ma è anche contraddetta da varie norme costituzionali, che, ai fini di maggior tutela e garanzia dei diritti degli interessati, riservano il concreto provvedere ad autorità non amministrative e, in particolare, a quelle giudiziali" (punto 2 del Considerato in diritto)

⁴⁶ U. Pototschnig, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, op. cit., pag. 4

⁴⁷ Vedi supra

⁴⁸ E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, pag. 53 ss.

alta amministrazione, trattandosi così di ipotesi assai marginali, quali quelle rappresentate da alcuni atti di nomina di alti funzionari, dalle scelte urbanistiche e pianificatorie, dai provvedimenti di concessione della cittadinanza o di espulsione degli stranieri per ragioni di sicurezza nazionale, viceversa tutte le altre scelte comportanti una ponderazione di interessi, ma effettuate da organi burocratici, dovrebbero essere pienamente sindacabili⁴⁹. Secondo la teorica presa in esame, la giurisprudenza sull' art. 6 CEDU si muoverebbe proprio in tal senso, ovvero verso una estensione degli spazi di sindacato giurisdizionale sull'esercizio dell'attività amministrativa, anche discrezionale. Tale giurisprudenza sembra altresì riconoscere che l'intrinseco della scelta amministrativa possa, a determinate condizioni, non esser ripetibile nemmeno in sede di "full jurisdiction", ma trattandosi di un'eccezione alla regola, tende poi a releggere gli spazi di insindacabilità assoluta alle sole scelte amministrative più democraticamente rilevanti perché investenti le questioni fondamentali di governo della comunità ovvero perché coinvolgenti profili di regolazione di macro-organizzazione⁵⁰.

Proprio in virtù delle argomentazioni sostenute, per comprendere meglio il tema in esame, appare opportuno trattare una pronuncia recentissima della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso Placì v. Italia (2014)⁵¹ che si occupa del rapporto fra il principio del giusto processo sancito dall'art. 6, par. 1 CEDU, le garanzie del giusto procedimento amministrativo e il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico-discrezionali delle amministrazioni pubbliche. Il caso che ha originato la decisione merita di esser brevemente richiamato. Un giovane era stato chiamato all'età di diciotto anni a prestare il servizio militare di leva obbligatorio (oggi sospeso). Durante l'espletamento della leva, veniva sottoposto a sanzioni disciplinari di carattere militari particolarmente afflittive dal punto di vista psico-fisico. Nel 1995 gli venivano diagnosticati alcuni disturbi di carattere psicologico, che lo rendevano incapace di relazionarsi adeguatamente con i compagni di leva. Preso atto dell'incompatibilità delle sue condizioni psico-fisiche con la prosecuzione della leva, veniva congedato. Successive visite mediche specialistiche cui si era sottoposto stabilivano un nesso di causalità tra servizio di leva, sanzioni inflitte e disturbi della personalità insorti durante la leva. Su tali basi, presentava istanza di indennizzo ai sensi del d.p.r. n. 686/1957⁵², la quale veniva respinta sulla base delle valutazioni tecniche espresse dalle Commissioni mediche ospedaliere nel parere parzialmente vincolante. Le stesse, pur diagnosticando un disturbo ossessivo - compulsivo in capo all'istante, negavano la sua riconducibilità al servizio militare, rilevandone la preesistenza rispetto allo svolgimento della leva. In seguito al rigetto dell'istanza per indennizzo, il ricorrente si rivolgeva in primo grado al Tribunale amministrativo regionale competente e poi al Consiglio di Stato, chiedendo l'annullamento del provvedimento negativo. Nel rigettare il ricorso sia il T.A.R. che il Consiglio di Stato si attenevano all'orientamento giurisprudenziale dominante in tema di sindacato delle valutazioni discrezionali degli organi tecnici, dichiarandosi incompetenti ad entrare nel merito delle valutazioni compiute dagli esperti della Commissione. Esauriti i mezzi di ricorso interni, l'istante si rivolgeva alla Corte europea di Strasburgo per far accertare l'esistenza di una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3),

⁴⁹ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 312

⁵⁰ Ibidem, pag. 314

⁵¹ Corte europea dir. dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placì v. Italia

⁵² Legge di disciplina dell'equo indennizzo che lo Stato riconosce ai dipendenti pubblici che abbiano riportato un'infermità dipendente da causa di servizio

del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la violazione del principio del giusto processo (art. 6, par. 1). Nella pronuncia la Corte riconosce la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, che assorbe quella relativa al diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché del “due process of law”. Per ciò che interessa ai fini di questo lavoro, la Corte accerta la violazione del principio del giusto processo facendo leva sul concetto di imparzialità del giudice cui fa riferimento l’art. 6, par. 1 CEDU. Per la Corte il principio del “due process of law” è stato violato, in quanto la composizione della Commissione medica⁵³ ha compromesso ab origine l’imparzialità dell’attività istruttoria finalizzata all’accertamento del nesso causale fra infermità e servizio di leva, ed inoltre il giudice amministrativo si è limitato a prendere atto delle valutazioni operate dalla stessa Commissione rifuggendo dall’addentrarsi nella verifica dell’esattezza delle stesse valutazioni. La Corte ritiene altresì che il processo non sia stato equo anche perché non è stata assicurata la parità tra le parti. Da un lato in fatti la carenza di imparzialità dell’organo amministrativo deputato all’accertamento del nesso eziologico tra disturbi psichici e svolgimento della leva è confermato dalla sua riferibilità all’Amministrazione competente a riconoscere l’equo indennizzo, nonché dal rilievo attribuito alla relazione tecnica, definita “decisiva” per la risoluzione della controversia. D’altro lato, lo stesso privato viene posto in una posizione impari, essendo precluso allo stesso organo giurisdizionale di mettere in discussione le valutazioni sindacandole nel merito. In tal senso la Corte pare affermare che il principio del giusto processo può ritenersi rispettato attraverso la predisposizione di adeguate tutele procedurali oppure, alternativamente, attraverso il riconoscimento al giudice del potere di accedere pienamente ai fatti accertati e valutati in sede amministrativa.

Alla luce di quanto detto, può esser rilevato che l’art. 6 CEDU nella sua veste di norma di tutela dell’ “equo processo” nella determinazione di “diritti di carattere civile” trovi applicazione laddove una qualsiasi autorità pubblica proceda alla determinazione di una posizione soggettiva nell’ambito di un conflitto di interessi rilevante per l’ordinamento, l’idoneità di detta previsione a coinvolgere un numero sempre maggiore di procedimenti amministrativi, produce conseguenze di elevata rilevanza sia sul piano sostanziale che processuale. Non si tratta soltanto di mettere in rilievo che la norma di cui all’art. 6 CEDU costituisce oggi un punto di riferimento di fondamentale importanza per valutare se, negli ordinamenti dei vari Stati nazionali sia stata assicurata una tutela effettiva delle posizioni giuridiche coinvolte dall’esercizio dell’azione amministrativa⁵⁴. Nelle fattispecie rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU la soddisfazione della pretesa ad un “equo processo” dovrebbe avvenire anche in sede procedimentale, in quanto è attraverso il potere amministrativo che i “diritti civili” vengono nella visione CEDU ad essere determinati. Tutto ciò implica che molti istituti del diritto amministrativo sostanziale dovrebbero evolvere nel senso della realizzazione di un’ “adversarial procedure” che veda l’amministrazione ed il privato cittadino in posizione di parità fin dal momento di apertura del procedimento amministrativo⁵⁵. Anche laddove tali garanzie non siano soddisfacenti nella fase decisoria, il principio non può dirsi ancora violato se, al di fuori del procedimento, e precisamente nel processo, sia

⁵³ La Commissione medica in virtù dell’art. 11 d.p.r. 11 marzo 1962, n. 416, era integrata anche da ufficiali dell’esercito, legati da rapporto di servizio al Ministero della Difesa

⁵⁴ Vedi anche Corte europea di Giustizia, Grande Sezione, 19 settembre 2006, C – 506/04, Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg

⁵⁵ M. Allena, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, op. cit., pag. 324

consentito l'accesso ad un giudice imparziale e indipendente dotato di piena giurisdizione sui fatti, anche complessi, posti in discussione. Il mancato rispetto quindi delle garanzie dell' "equo processo" nella fase procedimentale può ripercuotersi, con effetti dirompenti, nella fase processuale, fino a rivoluzionare l'impostazione tradizionale dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, fondata sul principio di separazione dei poteri. L'idea sottesa a tali argomentazioni è quella inerente al concetto di "full jurisdiction", ovvero alla possibilità di avere un giudice che si sostituisce all'amministrazione, laddove questa non abbia correttamente esercitato il potere fin dall'inizio ad essa conferito. È altresì importantissimo, osservare come parte della dottrina abbia rilevato una certa corrispondenza di tale approccio rispetto a quello tipico degli ordinamenti di Common law, per i quali "the question is put in terms of whether review or appeal from a decision can 'cure' lack of procedural fairness in the making of the original decision"⁵⁶. Possiamo concludere ritenendo che la giurisprudenza di Strasburgo abbia lanciato una vera e propria sfida agli Stati parti della Convenzione, i quali sono tenuti, in forza dell'art. 46 CEDU a porre tutto quanto si renda necessario per adeguarsi alla portata delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se questo può portare a mettere in discussione orientamenti consolidati che in base al principio della salvaguardia delle prerogative dell'autorità amministrativa in ordine alla valutazione dei fatti complessi, limitano la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo⁵⁷. Stenta tuttavia a penetrare nel nostro ordinamento un modello di "judicial review" delle decisioni amministrative in grado di rispondere alle esigenze di giustizia sostanziali delle quali la Corte di Strasburgo si fa interprete e questo può essere dimostrato da un recente orientamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁵⁸. Anche lo stesso Consiglio di Stato, è riluttante ad assumere una posizione di rottura rispetto alla tradizionale tesi dell'intangibilità delle scelte di discrezionalità tecnica, dovendosi registrare accanto ad orientamenti coraggiosi, che ammettono un vero e proprio sindacato diretto⁵⁹, pronunce ancora orientate a privilegiare una concezione "debole"⁶⁰ del sindacato sulla c.d. "discrezionalità tecnica"⁶¹. I Supremi giudici sembrano assumere come incontestabile l'esistenza di un margine di apprezzamento riservato all'amministrazione, al cospetto del quale non sarebbe consentito all'autorità giudiziaria di entrare nel merito delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione, senza esplicitare però la fonte di tale margine⁶². Appare doveroso ribadire che tale atteggiamento di cautela serbato dalle supreme giurisdizioni di fronte al pieno recepimento delle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza

⁵⁶ P. Cane, *Administrative Law*, V edizione, Oxford, 2011, pag. 92

⁵⁷ B. Schindler, Art. 6 (1) ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland – A Comparative Perspective, in *Schweizerische zeitschrift fur internationals und europaisches recht*, 2006, pag. 450 ss.

⁵⁸ Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Giur. it.*, 2013, pag. 692 ss., ivi la Corte nel dilatare l'ambito dell'eccesso di potere giurisdizionale delle pronunce dei giudici speciali previsto dall'art. 111 Cost., ritiene viziata da eccesso di potere la decisione del giudice amministrativo che si pronunci per la non condivisibilità della decisione amministrativa, ritenendo che il sindacato del giudice debba limitarsi al vaglio della mera non pretestuosità della valutazione compiuta dalla pubblica amministrazione

⁵⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 luglio 2012, n. 3974; Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3901

⁶⁰ L. Prudenzano, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pag. 15

⁶¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893; Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 giugno 2012, n. 3622; Consiglio di Stato, Sez. III, 18 giugno 2012, n. 3550

⁶² M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pag. 1606 ss.

della Corte europea sul sindacato pieno ed effettivo delle decisioni amministrative appare oggi non più sostenibile, se si prende sul serio la partecipazione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.