

2018
n. 2

P.A.
Persona e Amministrazione

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

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore responsabile

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

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Università di Bari "Aldo Moro"; Pierpaolo Forte, Università del Sannio di Benevento; Biagio Giliberti, Università Telematica "Pegaso" di Napoli; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Comitato di redazione

Giuseppina Buia, Università del Salento; Roberto Franco Greco, Università del Salento; Lorian Maccari, Università di Urbino Carlo Bo; Federico Romoli, Università di Pavia; Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

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

Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Aristide Police, Università di Roma "Tor Vergata"; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione
prof. Alberto Clini
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)
Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230
email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli
Telefono: +39 0722 303223
email: sebastiano.miccoli@uniurb.it

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



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

SOMMARIO

I – SEZIONE MONOGRAFICA

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

GIOVANNI SABBATO, La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione.....	p. 297
MICHELE TRIMARCHI, Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note.....	p. 321
EWALD WIEDERIN, Protezione ambientale o ampliamento aeroportuale? Il principio di full Jurisdiction nell'ordinamento austriaco	p. 337

II – STUDI

GIANMARCO POLI, La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge	p. 353
IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Estado social de derecho y daño sacrificial	p. 375

III – OPINIONI E RECENSIONI

LUCIO IANNOTTA, Considerazioni introduttive e a margine di un convegno sulla piena giurisdizione.....	p. 409
GUIDO BEFANI, L'evoluzione pubblicistica del «governo delle banche» tra stato e mercato	p. 429
GLORIA SDANGANELLI, La fondazione teatrale come organismo di diritto pubblico tra regime nazionale e europeo	p. 473
GIUSEPPE TROPEA, Recensione a Nicola Posteraro, Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere.....	p. 493
GIOVANNI SALA, A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni amministrativi.....	p. 507
VITO VELLUZZI, L'analogia “occultata” e l'analogia “negata”: spunti giurisprudenziali per l'analisi del ragionamento analogico	p. 515

LUCIO IANNOTTA
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
Dipartimento di Economia
Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*
lucio.iannotta@studioiannotta.it

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E A MARGINE DI UN CONVEGNO SULLA PIENA GIURISDIZIONE*

INTRODUCTORY THOUGHTS TO A CONFERENCE ON FULL JURISDICTION

SINTESI

L'art. 6 (diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, per come vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, costituisce norma interposta nell'ordinamento nazionale, in virtù dell'art. 117 comma 1 Cost., il quale, tra i limiti alla potestà legislativa di Stato e Regioni, annovera il rispetto (oltre che della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario) degli obblighi internazionali e quindi anche della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955 n. 48. Si rendono in tal modo cogenti per l'ordinamento nazionale le risultanze dell'indagine giurisprudenziale condotta dalla Corte di Strasburgo relativamente a procedimento e processo ed, in primo luogo, il principio del pieno accesso ai fatti sia in fase procedimentale che processuale. L'art. 6 della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, tuttavia, ha inciso in maniera peculiare sui connotati del nostro sistema processuale, che non solo si è evoluto in giudizio di piena cognizione dei fatti ma che ha assunto sempre crescenti connotati di giudizio di accertamento e di condanna.

ABSTRACT

Article 6 (right to a fair trial) of the European Convention on Human Rights, according to the construction of the Court of Strasbourg, is a provision included in the Italian legal system, pursuant to article 117, paragraph 1, of the Italian Constitution. Such article provides not only for the compliance with the Euro-

* Il presente saggio, nonostante la collocazione in Parte Terza in quanto riprende le pur profonde considerazioni dell'Autore a margine di un convegno, è stato sottoposto alla procedura di *double blind peer review* come tutti i lavori pubblicati nelle Parti Prima e Seconda della Rivista.

pean legal system and the relating obligations arising from the same, but also with the international obligations, and therefore also with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, undersigned in Rome on November 4, 1950 and ratified and entered into force by means of law no. 48 of August 4, 1955. Thus, the results of the study of the case law conducted by the Court of Strasbourg on proceedings and process and, first of all, the principle of full access to facts both in procedural and trial phase, become binding for the Italian legal system. Article 6 of the Convention however, as interpreted by the European Court of Human Rights, crucially affected the Italian administrative process, which has not only turned into a judgment of full knowledge of facts but has increasingly taken on the feature of a judgement of ascertainment and condemnation.

PAROLE CHIAVE: interpretazione - accertamento - procedimento - processo - persona
KEYWORDS: interpretation - declaratory - procedure - process - human person

INDICE: 1. L'art. 6 (diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, come norma interposta. L'interpretazione delle norme nazionali conforme alla convenzione. -2. I tratti essenziali dell'interpretazione, da parte della Corte di Strasburgo, dell'art. 6 della Convenzione relativamente al procedimento e al processo. Il pieno accesso ai fatti, fulcro della piena giurisdizione. Rilevanza delle circostanze e della particolarità del caso nella valutazione, da parte della corte edu, di sufficienza dell'estensione e di adeguatezza del controllo da parte dei giudici nazionali. -3. L'interpretazione della legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo conforme all'art. 6 della Convenzione. -4. L'art. 6 della Convenzione nell'interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il modello di giudizio amministrativo italiano quale giudizio di piena cognizione dei fatti, di accertamento e di condanna (oltre che di annullamento) confermato e consolidato nel 2010 dal Codice del processo amministrativo. -5. Doveri del giudice, in ogni decisione, di ricostruire il peculiare e distinto caso concreto portato alla sua cognizione. diritto come riconoscimento giuridico di un bene della vita e svolgimento del processo per attribuzione del bene. Doveri e interesse delle parti di formulare in modo puntuale le richieste fondandole sulla concreta e specifica situazione di fatto.

1. L'art. 6 (diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, come norma interposta. L'interpretazione delle norme nazionali conforme alla convenzione.

Questo lavoro costituisce la rielaborazione delle mie considerazioni, introduttive e a margine del convegno *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, di cui ho presieduto le *Sessioni Seconda - Indicazioni dal passato* e *Terza - Indicazioni dal presente*.

Si tratta quindi di spunti di riflessione, senza pretese di organicità e completezza.

Il convegno ha ruotato intorno alla nozione di *full jurisdiction* elaborata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (in relazione alle

previsioni dell'art. 6 *Diritto a un equo processo* della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) sulla quale si è soffermata la *lectio magistralis* dell'attuale Presidente della Corte Guido Raimondi nella sessione introduttiva del convegno.

La prima considerazione si collega alla scelta fatta dall'Italia, con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, di inserire nel testo novellato dell'art. 117 comma 1 Cost., tra i vincoli alla potestà legislativa di Stato e Regioni, il rispetto (oltre che della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario) degli obblighi internazionali e quindi anche della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955 n. 48.

La Convenzione ha assunto una peculiare rilevanza nell'ordinamento italiano, in quanto le sue disposizioni, viventi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, costituiscono, secondo l'insegnamento contenuto nelle note sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, norme c.d. interposte (tra Costituzione e leggi) che integrano il parametro costituzionale dell'art. 117, comma 1, Cost. e come tali - pur suscettibili anch'esse di verifica di costituzionalità - vincolano il legislatore, senza però prevalere direttamente sulle norme interne. Queste non sono disapplicabili dai giudici nazionali, bensì solo sottoponibili dagli stessi alla Corte Costituzionale per lo scrutinio di costituzionalità.

L'aspetto che, però, a me sembra di immediato rilievo, nell'ambito del dibattito sulla natura e l'estensione dei poteri di cognizione e controllo dei giudici nazionali sui provvedimenti amministrativi, alla luce dell'art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è la c.d. interpretazione conforme, delle norme nazionali, alle disposizioni della Convenzione¹ che rappresenta, in un certo qual modo, il filo conduttore delle successive considerazioni.

Come si legge infatti nelle citate sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, i giudici devono preliminarmente verificare «*se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della Convenzione come interpretate dalla Corte Europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 comma 1 Cost.*» (Corte Cost. n.

¹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 49 ss.; L. IANNOZZI, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, p. 377 e 378; M. ALLENA, *Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius publicum network review*, Dicembre 2014 p. 5 ss..

348/2007) in applicazione del principio generale per il quale «al giudice comune spetta interpretare le norme interne in modo conforme alla disposizione internazionale, come interpretate dalla Corte e beninteso entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme» (Corte Cost. n. 349/2007)².

2. I tratti essenziali dell'interpretazione, da parte della Corte di Strasburgo, dell'art. 6 della Convenzione relativamente al procedimento e al processo. Il pieno accesso ai fatti, fulcro della piena giurisdizione. Rilevanza delle circostanze e della particolarità del caso nella valutazione, da parte della corte EDU, di sufficienza dell'estensione e di adeguatezza del controllo da parte dei giudici nazionali.

Per verificare i possibili effetti nell'ordinamento italiano dell'interpretazione conforme all'art. 6 par. 1 della Convenzione, ritengo necessario ricordare brevemente i tratti essenziali dell'interpretazione che, dell'art. 6 par. 1, offre la Corte di Strasburgo, avvalendomi della dottrina che si è occupata ampiamente e approfonditamente del tema³ e della *lectio magistralis* del Presidente Guido Raimondi.

L'Art. 6, par. 1 *Diritto a un equo processo* prevede che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.»

² L'interpretazione conforme a Costituzione e, in generale, alle norme di grado superiore, è un canone interpretativo molto accreditato in tutti i sistemi giudiziari. La Corte Costituzionale mostra di non considerarsi detentrica monopolistica dell'interpretazione costituzionale, ritenendo invece che spetti ai giudici il compito di utilizzarla come fonte. Due punti essenziali: a) non c'è separazione tra ordine costituzionale e ordine legislativo né tra gli interpreti del primo e quelli del secondo; b) Corte Costituzionale e giudici sono entrambi interpreti del diritto e i giudici non si possono sottrarre al compito di dare la corretta interpretazione (anche costituzionale) delle disposizioni vigenti. La norma del caso potrà quindi avere un'origine complessa in quanto formata da significati descritti da legge ordinaria e Costituzione. L'obbligo di interpretazione conforme non riguarda solo la conformità a Costituzione ma anche al diritto comunitario e alle norme CEDU nell'interpretazione della Corte di Strasburgo. In questa ottica vanno lette le parole di Giancarlo CORAGGIO, contenute nel discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato (2012) che, a conclusione della sua prolusione, afferma: «Certo l'esperienza quotidiana sembra dar ragione a quell'autorevole storico del diritto che afferma che i giudici non sono "soggetti soltanto alla legge", bensì "alla legge e all'ordinamento", espressione che, pur interpretata in senso riduttivo, riconosce ai giudici il potere e il dovere di ricavare la norma "agendi" dall'ordinamento nel suo complesso, o meglio dal complesso degli ordinamenti.» (in www.giustizia-amministrativa.it, pp. 26-27). Quanto all'interpretazione conforme a Costituzione ritengo che essa possa essere attuata da tutti i soggetti dell'ordinamento e segnatamente dall'Amministrazione salvo che la formulazione della disposizione non la precluda inequivocamente.

³ M. ALFENA, *op. cit.* da p. 1 a p. 36

La disposizione in questione, riguardante, alla lettera, le controversie civili e penali, è divenuta invece, nel tempo, nell'interpretazione offertane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, norma di primario rilievo anche rispetto alle controversie pubblicistiche, avendo i giudici di Strasburgo esteso le nozioni, rispettivamente: di *accusa penale* alle sanzioni amministrative; e di *diritti e doveri di carattere civile* a qualsiasi situazione soggettiva (di natura *lato sensu* patrimoniale e collegata direttamente o indirettamente al lavoro)⁴ interferente con l'adozione di provvedimenti amministrativi, compresi quindi gli interessi legittimi dell'ordinamento italiano. Anche all'espressione *Tribunale* è stato attribuito, dalla Corte Europea, un significato ampio, ricomprendendo in essa, in una visione funzionale di giurisdizione, qualsiasi autorità amministrativa chiamata ad adottare provvedimenti sanzionatori o a incidere autoritariamente su diritti e doveri di natura civile.

La portata dell'art. 6 della Convenzione è stata in tal modo estesa ai procedimenti amministrativi con la conseguenza che questi, per essere conformi alla previsione normativa, dovrebbero avere i caratteri di un procedimento paragiurisdizionale, contraddistinto da: parità delle parti, integralità del contraddittorio, pieno accesso ai fatti e ad atti e documenti, presenza di un'autorità decidente terza e indipendente dal potere esecutivo e dall'esercizio di influenze esterne⁵.

Nella consapevolezza della possibile (e normale) distanza dei procedimenti reali rispetto al tipo ideale sopra delineato, la Corte di Strasburgo, con approccio duttile e in una lettura unitaria di procedimento e processo, ha affermato il principio secondo il quale le garanzie, se non assicurate nel procedimento, devono esserlo nell'ambito del processo⁶.

Il processo, nella lettura che ne offre la Corte Europea, si configura quindi (ancor più ove non lo sia stato il procedimento) come luogo di piena

⁴ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 12 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza europea di Strasburgo sulla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 685 ss., evidenzia l'ampia portata, nella giurisprudenza della Corte EDU, delle nozioni di accusa penale e per essa di sanzioni amministrative e di diritti di carattere civile, sottolineando che «la Corte ... non si è preoccupata di distinguere tra le diverse situazioni giuridiche soggettive ma ha considerato gli interessi meritevoli di tutela indipendentemente se si sia in presenza di diritti soggettivi, interessi legittimi o di interessi meramente procedurali: è rilevante che si sia in presenza di un interesse al bene della vita con risvolti patrimoniali anche indiretti ... Sono stati inclusi dalla Corte europea: i procedimenti autorizzatori e concessori e quelli di secondo grado che li riguardano se incidenti significativamente sull'esercizio di un'attività economica o, comunque, sulla possibilità per il destinatario di produrre reddito (p. 693)» includendo «... casi nei quali il profilo patrimoniale è presente solo in via indiretta... Se si considera che il giudice amministrativo ha giurisdizione generale di legittimità per la tutela di interessi legittimi il cui nucleo fondamentale è costituito dall'interesse materiale al bene della vita, sarà ben rara l'ipotesi in cui non vi sia un risvolto patrimoniale almeno indiretto. Ne consegue la rilevanza dell'art. 6 CEDU per quasi tutte le controversie di cui conosca il giudice amministrativo per l'esteso ambito oggettivo di applicazione sia dell'accusa penale che dei diritti di carattere civile» (p. 694).

⁵ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 21; ma vedi anche G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista*, n. 2/2018.

⁶ M. ALLENA, *op. cit.* p. 22; G. RAIMONDI, *op. cit.*

cognizione della vicenda amministrativa, implicante innanzitutto pieno accesso ai fatti (*primo e irrinunciabile significato del concetto di full jurisdiction*)⁷ e dovere del giudice di esaminare le ragioni sostanziali alla base del provvedimento amministrativo, attraverso un'analisi *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, avvalendosi di consulenti tecnici d'ufficio (in Italia, di verificatori e, se indispensabile, di consulenti, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo: artt. 19, 20 e 64 e ss. c.p.a.) o integrando i collegi (com'è previsto in Italia, istituzionalmente, per il Tribunale Superiore Acque Pubbliche), senza che possano costituire limiti alla completa cognizione dei fatti (anche complessi e opinabili) né la tecnicità delle fattispecie né la discrezionalità, con esclusione quindi di ambiti di conoscenza dei fatti⁸ riservati all'Amministrazione. La sufficienza dell'estensione e dell'adeguatezza del controllo giurisdizionale da parte dei giudici nazionali molto dipende dalle circostanze e dalle particolarità del caso concreto, come ha evidenziato il Presidente della Corte di Strasburgo Guido Raimondi nella sua *lectio magistralis*⁹. Si tratta, a mio avviso, di un profilo di

⁷ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 25; ; G. RAIMONDI, *op. cit.*

⁸ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 23 ss. e G. RAIMONDI, *op. cit.*. Secondo Miriam Allena la giurisdizione deve essere piena nel senso di sostitutiva. La sostituzione sarebbe la regola; con rare eccezioni, strettamente connesse con il principio democratico e con altri obiettivi e invincibili ostacoli (p. 23). Secondo Raimondi invece, il controllo ex art. 6 della Convenzione richiede che il giudice nazionale sia dotato di competenze e poteri adeguati per poter conoscere tutte le questioni di fatto e di diritto sollevate dando risposta specifica ed esaustiva a tutti i motivi di ricorso; mentre non sarebbe richiesto che debba potersi sostituire alla P.A.. Per E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza...*, *cit.*, ...*al giudice, a qualunque giudice, non possono essere posti limiti al potere di cognizione della questione sottoposta al suo esame perché è essenziale all'idea stessa di giurisdizione, e nemmeno al giudice amministrativo, anche per l'espressa previsione costituzionale discendente dagli artt. 24 e 113 Cost. ... l'esame del diritto positivo ... evidenzia che l'estensione al merito comporta ... una sola differenza e riguarda i poteri decisorio del giudice che solo nei casi di giurisdizione di merito adotta un nuovo atto ovvero modifica o riforma quello impugnato, mentre nessuna diversità tra legittimità e merito vi è nei poteri cognitivi e istruttori anche in relazione ai mezzi istruttori di cui si può avvalere il giudice ...* (pag. 705). E dunque il diritto positivo del nostro Paese non consente di distinguere la cognizione estesa al merito da quella esercitata in sede di legittimità. E allora di fronte alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ritiene essenziale la *full jurisdiction* per compensare la violazione dell'art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo, si deve ritenere che al giudice amministrativo non sia preclusa la cognizione piena dell'azione amministrativa, non limitata né dalla discrezionalità tecnica per fatti opinabili o per applicazione di scienze umanistiche o, comunque, che non portino ad una soluzione univoca, né dalla discrezionalità amministrativa pura perché nel procedimento l'autorità decidente opera senza limitazioni e, in caso di procedimento condotto e concluso in violazione delle regole di garanzia previste, è necessario assicurare *ex post*, nel processo, tali garanzie (p. 706).

⁹ È importante ricordare alcuni passaggi dell'articolo di G. RAIMONDI, *op. cit.*, a proposito della sufficienza dell'estensione e dell'adeguatezza del controllo giurisdizionale da parte dei giudici nazionali. «[...] La risposta alla domanda se un controllo giurisdizionale di sufficiente estensione abbia avuto luogo dipenderà dalle circostanze, mi rendo conto che è una risposta non del tutto soddisfacente perché molto dipenderà effettivamente dalle particolarità del singolo caso. La Corte (di Strasburgo) deve esaminare la questione sollevata dal ricorrente con il ricorso con il quale essa è stata adita e deve determinare se nelle circostanze del caso il controllo sia stato adeguato. Una categoria (di situazioni) riguarda i casi nei quali le giurisdizioni nazionali non sono state in grado ovvero hanno rifiutato di esaminare una questione centrale della lite

estremo rilievo per poter verificare la rispondenza della giurisprudenza interna alle previsioni dell'art. 6 vivente nella giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'Uomo¹⁰.

3. L'interpretazione della legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo conforme all'art. 6 della Convenzione.

L'interpretazione, conforme all'art. 6 della Convenzione vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, delle norme sul procedimento amministrativo, contenute nella legge 7 agosto 1990 n. 241 come modificata e integrata dalle leggi successive, non consente di pervenire ad un modello di procedimento assimilabile a quello paragiurisdizionale delineato dalla giurisprudenza della Corte Europea, ostandovi il dato testuale che individua l'autorità istruttoria e decidente nella "parte" pubblica amministrazione (non terza), ancorché retta dai principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza¹¹.

perchè queste giurisdizioni si consideravano vincolate dalle constatazioni di fatto e di diritto già compiute dalle autorità amministrative ed era impedito loro di procedere ad un esame indipendente di queste questioni. Questa situazione conduce all'affermazione della violazione dell'art. 6, come è avvenuto in un caso del 1996 contro i Paesi Bassi. Un altro caso di ricorso (contro il Regno Unito) costituisce una variante particolare di questa categoria. Si tratta di un caso che riguardava la decisione sulla spettanza di un sussidio abitativo che era sottoposto a controllo giurisdizionale resa da un organo che non solo era privo di indipendenza rispetto al potere esecutivo ma aveva in più un legame diretto con una delle parti litiganti e cioè con la pubblica amministrazione. In questa situazione la Corte ha considerato che la necessaria indipendenza di giudizio relativamente all'accertamento di un fatto essenziale rischiava di essere intaccata in modo tale da non poter essere correttamente esaminata o rettificata nel quadro del controllo giurisdizionale. Tenuto conto del fatto che il Tribunale adito non era competente per assumere nuove prove e quindi era impedito dallo statuire su una questione di fatto che era cruciale per la soluzione della lite, la Corte ha concluso nel senso che l'art. 6 era stato violato perchè la questione centrale della lite non era stata decisa da un Tribunale indipendente. In altre parole, in questo caso l'assenza di indipendenza rispetto ad una delle parti litiganti nella fase amministrativa si univa al mancato riesame in sede di ricorso giurisdizionale di una decisiva questione di fatto. Un'altra categoria comprende i casi nei quali il Tribunale non abbia goduto della pienezza della giurisdizione secondo la legislazione nazionale ma abbia tuttavia esaminato punto per punto gli argomenti sollevati dal ricorrente nei motivi di ricorso senza doversi dichiarare incompetente a rispondere alle constatazioni di fatto e di diritto dell'autorità amministrativa. In questi casi la Corte ha ritenuto sufficiente l'intensità del controllo esercitato dalle giurisdizioni interne sulla discrezionalità esercitata dalla pubblica amministrazione».

¹⁰ v. infra parr. 4 e 5.

¹¹ Resta il fatto che un procedimento nel quale l'Autorità amministrativa decidente è parte (né terzo, né indipendente) non è un procedimento conforme all'art. 6 par. 1 della Convenzione come vivente nell'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia, e quindi la relativa disciplina legislativa si pone in potenziale violazione dell'art. 117 1° c. Cost. e per esso della norma interposta di cui all'accordo internazionale Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La potenziale incostituzionalità della legge sul procedimento per la mancanza di terzietà e indipendenza dell'Autorità (amministrativa) decidente non sembra poter diventare attuale (almeno allo stato) alla luce della stessa giurisprudenza della Corte laddove consente, nella visione unitaria di procedimento e processo, che le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione siano assicurate nel processo. Sulla possibilità per la P.A. di dare un'interpretazione e un'applicazione, conformi a

L'interpretazione conforme agli altri principi elaborati della Corte Europea di Strasburgo - pieno accesso ai fatti, integralità del contraddittorio, dovere dell'autorità decidente di esaminare punto per punto le ragioni di fatto e di diritto rilevanti - porta però alla doverosa lettura, in chiave garantistica, delle forme e degli strumenti previsti dalla legge 241: chiara individuazione dell'oggetto del procedimento fin dalla comunicazione d'avvio, piena garanzia dei diritti di partecipazione, obbligo di completa e adeguata valutazione delle memorie degli amministrati nei procedimenti d'ufficio, effettiva considerazione dei contenuti delle osservazioni ai motivi ostativi nei procedimenti a istanza di parte, con valorizzazione quindi della dimensione di imparzialità insita nella funzione amministrativa, insieme con quelle di economicità e di efficacia (art. 97 Cost. e art. 1 legge 241/1990).

Legge sul procedimento, quindi, quale vera legge sull'istruttoria (come "pensata" da Mario Nigro che ne fu ispiratore ed anche Presidente della Commissione parlamentare che la elaborò), legge che ha portato il fatto sul piano della legittimità¹²; e procedimento come sede di vera (ri)costruzione dei fatti e di vero esame delle ragioni degli interessati e non invece procedimento per così dire simulato, di formalistico e apparente confronto dell'Amministrazione con gli interessati, rispetto a decisioni già prese, assunte come definitive e immodificabili in ogni loro aspetto.

Ritengo che l'interpretazione e l'applicazione delle norme sul procedimento amministrativo conformi all'art. 6 della Convenzione come vivente nella giurisprudenza della Corte, possano e debbano essere praticate direttamente dalla pubblica amministrazione (come dal resto da qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento tenuto all'osservanza della Costituzione e delle leggi ex art. 54 Cost.). Tuttavia è dal giudice amministrativo (in tradizionale collaborazione con la dottrina) che, più autorevolmente, debbono pervenire indicazioni in tal senso: sia *ex post*, censurando, in sentenza, procedimenti che non si siano ispirati a tali principi; sia e forse ancor di più *ex ante* rispetto alla produzione degli effetti materiali, in sede cautelare, rimettendo l'affare all'Autorità amministrativa, ai fini di una istruttoria completa e partecipata in possibile applicazione dell'art.

Costituzione, delle norme di riferimento e di sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento, oggi, per così dire, rafforzata, dal riconoscimento all'Amministrazione decidente, da parte della Corte di Strasburgo, della funzione di Tribunale, v. L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di) *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 38 ss. spec. p. 45 ss.

¹² A. PUBUSA, *Note sull'eccesso di potere alla luce della legge 241 del 1990*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, II, 1993. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

55 comma 12 c.p.a., per il quale il giudice amministrativo adotta «*su istanza di parte i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio*», nella prospettiva della continuità tra procedimento e processo, che emerge dalla giurisprudenza della Corte Europea¹³.

Ma è comunque dal processo e nel processo che debbono essere, ancor oggi, principalmente realizzate le esigenze sottostanti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, interpretativa dell'art. 6 della Convenzione.

4. L'art. 6 della Convenzione nell'interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il modello di giudizio amministrativo italiano quale giudizio di piena cognizione dei fatti, di accertamento e di condanna (oltre che di annullamento) confermato e consolidato nel 2010 dal Codice del processo amministrativo.

Il Codice del processo amministrativo approvato dal d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e successivi decreti correttivi ha confermato e consolidato un modello di giudizio amministrativo (già emerso, in giurisprudenza e in dottrina¹⁴, fin dagli

¹³ Come segnalato da tempo dalla dottrina: F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo, I: per la tutela cautelare*, Napoli, ESI, 1989, pp. 289 e 290, ove si parla di «*procedimento aperto*» anche «*(muovendo dal processo al procedimento) non costituendo sbarramento all'introduzione delle garanzie non attuate il c.d. atto terminale o finale*». v. anche in precedenza pure di F. PUGLIESE *Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 3/1988, p. 385 ss., che va letto, secondo lo stesso PUGLIESE insieme con L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)* e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, che li richiama, commentandoli, nello stesso numero della Rivista alle pagine, rispettivamente, 325 ss. e 319 ss.

¹⁴ Già nella prima metà degli anni '90 del secolo scorso il modello di giudizio amministrativo, di piena conoscenza dei fatti, di accertamento e in certo qual modo di condanna, si era sufficientemente affermato in seno al tradizionale giudizio di impugnazione (nel quadro costituzionale rappresentato, tra gli altri, dagli artt. 24, 100 c.1, 103, 113 Cost. correlati con i principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3, 4 e 5 Cost., prima dell'introduzione, nell'art. 111 Cost., con la legge costituzionale 23.11.1999 n. 2, dei principi del giusto processo, del contraddittorio, della parità delle parti) grazie alle acquisizioni dottrinali e/o giurisprudenziali relative: «*a) alla portata accertativa, ordinatoria (ripristinativa e conformativa) e preclusiva della decisione di annullamento; b) all'ammissibilità, su un piano generale, di azioni di condanna nel processo amministrativo; c) al riconoscimento del carattere sostanziale, personale, pretensivo, relazionale e finale dell'interesse legittimo; d) alla individuazione, all'interno del ricorso di impugnazione, di azioni non solo costitutive ma anche accertative e di condanna; e) all'ammissibilità di dispositivi diversificati, già emersi in sede cautelare sub specie di ordini di ammissione con riserva, rinvii per riesame, sostituzioni, statuizioni positive, quale proiezione di domande di presa in considerazione, di valutazione, di non attribuzione a terzi, di soddisfazione; f) all'insopprimibile ed irreversibile tendenza dell'ordinamento italiano - anche sotto la spinta dell'ordinamento europeo e delle relazioni con gli altri ordinamenti statali - verso l'effettività della tutela in tutte le fasi del giudizio, quale garanzia del raggiungimento in tempi brevi del risultato sostanziale conseguibile, vale a dire la conservazione, la difesa, l'acquisizione, il potenziamento, la valorizzazione ecc. della res in indicium deducta; g) all'individuazione dell'obiettivo ultimo del ricorso non nell'annullamento, bensì nell'effetto conformativo, nell'adempimento, nell'obbligo di presa in consi-*

inizi degli anni '90 del secolo scorso e, negli anni successivi, nella legislazione)¹⁵ quale giudizio (che assicuri una tutela piena ed effettiva ed attui i principi del giusto processo)¹⁶: di piena cognizione dei fatti, con attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori¹⁷; di accertamento della fondatezza della pretesa¹⁸ e di condanna¹⁹ non solo al risarcimento danni ma anche al rilascio del provvedimento richiesto, con attribuzione al giudice amministrativo di poteri - compreso il tradizionale potere di annullamento - adeguati a un controllo di *full jurisdiction*²⁰.

Il fatto che il giudice amministrativo, non solo in presenza di attività vincolata ma anche «...quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità...», possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa (art. 31, c. 1 lett. c c.p.a.) ed anche condannare l'Amministrazione al rilascio del provvedi-

*derazione e valutazione adeguata e completa dell'interesse a un bene della vita in funzione della sua realizzazione e, ancora, nello stesso bene della vita». Così L. IANNOTTA, La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1998, p. 304 ss.. «Emblematica di questa evoluzione appare una decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato (19 gennaio 1995 n. 40) nella quale espressamente si afferma l'incoerenza, rispetto al dettato costituzionale e alle esigenze di effettività della tutela, delle interpretazioni che negano l'attinenza diretta a beni della vita della sentenza che riconosca o neghi la possibilità di conseguirli; identificando con tali beni la situazione fatta valere in giudizio e la vera domanda che il ricorrente pone al giudice e giungendo a riconoscere portata di sostanziale accoglimento della domanda del ricorrente e forza vincolante rispetto alla futura azione amministrativa ad una sentenza che, sul piano formale, aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso». (L. IANNOTTA, *ibidem*, p. 303 e 304).*

¹⁵ Del resto è la stessa legge «delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo» - art. 44 l. 18 giugno 2009 n. 69 - che collega l'adeguamento della legislazione alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, delle SS.UU. della Cassazione e del Consiglio di Stato.

¹⁶ Artt. 1 e 2 c.p.a e art. 111, 1° c. Cost..

¹⁷ Ammissione di prove testimoniali; verificazioni, consulenze d'ufficio, ecc.. In particolare il giudice può farsi assistere da uno o più verificatori o, eccezionalmente da uno o più consulenti per il compimento di singoli atti o per tutto il processo (artt. 63 e ss. c.p.a. e artt. 19 e ss. c.p.a.). Sulla centralità del fatto nel giudizio amministrativo, cfr. fin dagli anni '70 del secolo scorso G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in Onore di A. Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 296 ss.; *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988; *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, 2002. Di recente, N. DI MODUGNO, *Il processo amministrativo come processo di accertamento*, in corso di pubblicazione in *Studi in memoria di Giuseppe Abbamonte*.

¹⁸ L'accertamento della fondatezza della pretesa è consentito in presenza non solo di attività vincolata ma anche di attività discrezionale quando non residuino margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che solo l'Amministrazione possa compiere: art. 31, c. 3 c.p.a. relativo al silenzio ma con portata generale.

¹⁹ V. l'art. 34 c. 1 lett. c c.p.a. che pone, alla condanna al rilascio del provvedimento, i limiti di cui all'art. 31 c. 3, fermo restando che l'azione di adempimento può essere esercitata insieme con altre azioni - di annullamento o avverso il silenzio - e che il giudice non può pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati (tra i quali non rientrano però i poteri sollecitati con istanza e rimasti inerti) né su atti divenuti inoppugnabili (art. 34 comma 2 c.p.c.).

²⁰ Si vedano anche le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23.3.2011 n. 3; 29.07.2011 n. 15; 07.04.2012 n. 4 e 15.01.2013 n. 2

mento richiesto (art. 34 c. 1 lett. c c.p.a.) sia nel giudizio sul silenzio che nel giudizio di impugnazione, significa che la tutela finale delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio è compatibile con la discrezionalità.

La circostanza poi che il Codice del processo amministrativo preveda, solo a proposito della giurisdizione di merito, che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione, attraverso l'adozione, la modifica o la riforma dell'atto (art. 7 c. 6 c.p.a.), non contrasta con la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, non solo perché, da quanto emerge dalla lettura della giurisprudenza offerta dal Presidente Raimondi, nella sua *lectio magistralis*, la pienezza della giurisdizione non sembra implicare necessariamente la sostituzione del giudice all'Amministrazione; ma anche per il fatto che i poteri di accertamento della fondatezza della pretesa e di condanna al rilascio del provvedimento, rientranti nella giurisdizione generale di legittimità, appaiono sicuramente adeguati a realizzare la pienezza di tutela ed ancor più ove si tenga conto dei poteri attribuiti al giudice amministrativo ai fini dell'esecuzione delle proprie sentenze.

Né può legittimare l'esistenza di ambiti conoscitivi riservati all'Amministrazione la disposizione contenuta nell'ultima parte del c. 3 dell'art. 31 c.p.a. che individua tra i presupposti della pronuncia sulla fondatezza della pretesa (ed anche della condanna al rilascio del provvedimento: art. 34 c. 1 lett. c c.p.a.) la circostanza che «*non sono necessari adempimenti istruttori che devono essere compiuti dall'Amministrazione.*»

La disposizione sembra innanzitutto riferirsi a casi nei quali non sia stata acquisita, nell'ambito del giudizio, la prova necessaria a dimostrare la fondatezza della pretesa²¹. Essa inoltre, in assenza di dati testuali ostativi, «*va letta in conformità con*» la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (che esclude la configurabilità di ambiti di conoscenza riservati all'Amministrazione e sanziona le decisioni che si considerano vincolate agli accertamenti di fatto compiuti dall'Amministrazione) e «*in coordinamento*» con le disposizioni del Codice del processo amministrativo sull'istruttoria. A tal proposito va ricordato che le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 17.2.2012 n. 2312, pur censurando, nel caso esaminato, un presunto sconfinamento del giudice amministrativo di legittimità nel merito amministrativo, riconoscono tuttavia che è «*indiscutibile la piena inclusione, nella potestà di esercitare il sindacato sull'eccesso di pote-*

²¹ V. C.d.S., VI, n. 736/2016 del 23.02.2016. La previsione in esame è forse riferibile anche a casi eccezionali correlati con problemi di sicurezza: v. l. 3 agosto 2007 n. 124 *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*.

re, della scelta di accertare pienamente i fatti, la cognizione del giudice amministrativo essendo in tal guisa completa sotto il profilo del pieno controllo dei fatti»²². L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 15.01.2013 ha ritenuto che «sempre più l'azione davanti al giudice amministrativo (è) qualificabile come avente ad oggetto direttamente il fatto, senza doversi limitare all'esame tramite il prisma dell'atto (recuperando) un lontano indirizzo giurisprudenziale (poi abbandonato in ossequio al modello giuridico idealistico, che per lunghi anni ha prevalso nel nostro ordinamento), secondo il quale si riteneva possibile un immediato e diretto accesso al fatto nei casi in cui la pretesa al bene della vita non dovesse essere filtrata da una valutazione discrezionale rimessa alla esclusiva competenza della p.A.»²³.

Pertanto la conformità ai principi, enunciati dalla Corte di Strasburgo, sull'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, va valutata prioritariamente rispetto all'applicazione delle norme processuali da parte del giudice amministrativo, nelle sue decisioni, più che rispetto alle stesse norme in sé considerate²⁴.

²² A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo, II L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1962, già rilevava che (spec. p. 448) «Appare pertanto assai chiaramente come le diverse figure di illegittimità, raggruppabili - secondo l'insegnamento della giurisprudenza - sotto il comune profilo del vizio del giudizio di apprezzamento discrezionale, vale a dire dal punto di vista del vizio della funzione, rappresentano tutte ipotesi nelle quali l'oggetto dell'accertamento e del giudicato non è tanto l'annullamento dell'atto, quanto piuttosto il rapporto che in relazione a determinati fatti si è stabilito tra l'amministrazione ed il privato.» Per G. ABBAMONTE, *In tema di presupposti di costituzionalità della giustizia amministrativa*, Vol. I, *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma, Poligrafico, 1989, p. 307 ss., spec. p. 315 e p. 316. «Dall'art. 3 Cost. deriva il potere - dovere del giudice della funzione pubblica di acquisire i fatti al processo, perchè la norma costituzionale impegna lo Stato a realizzare l'eguaglianza di fatto tra i cittadini... che deve essere verificata nei contenuti degli atti, nei fini perseguiti, nei risultati raggiunti. Acquisizione dei fatti che assume decisivo rilievo nel sindacato di legittimità nella sua attuale estensione ai presupposti ed agli effetti dei provvedimenti che, perciò, sono utilmente sottoposti ai giudici se e in quanto chi deve risolvere la controversia ne conosca i termini reali.» Con affermazione di carattere generale (anche se con applicazione alle norme costituzionali economiche) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, rilevava, a proposito degli artt. 1, 2, 3 e 4 della Costituzione che essi «statuiscono in ordine alla spettanza del potere politico, al dovere di solidarietà tra i consociati, all'eguaglianza giuridica e sostanziale, formando il nucleo vitale intorno al quale si sviluppa l'intero ordinamento costituzionale» (p. 85), affermazione che deve inglobare anche l'art. 5, ancor più dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e la dimensione più accentuatamente locale della funzione amministrativa ex art. 118 Cost..

²³ La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013 cita C.d.S., IV, 13 giugno 1902 (con nota di F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili, secondo criteri tecnici*) relativa a un caso di sindacato sull'esistenza dell'urgenza (dei suoi presupposti) in *Giurisprudenza Italiana*, 1902, Terza Parte, 275 ss.; v. anche Cass. SS.UU. 20.01.2014 n. 1013.

²⁴ Peraltro, ove i giudici individuassero nelle leggi previsioni radicalmente ostative all'interpretazione (conforme) che si è qui proposta, sarebbe ipotizzabile la loro rimessione alla Corte Costituzionale, per contrasto con l'art. 117, 1 c. Cost. e, per esso, della norma interposta di cui all'art. 6 Convenzione EDU (e cioè di un accordo internazionale) come vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

5. Dovere del giudice, in ogni decisione, di ricostruire il peculiare e distinto caso concreto portato alla sua cognizione. diritto come riconoscimento giuridico di un bene della vita e svolgimento del processo per attribuzione del bene. Dovere e interesse delle parti di formulare in modo puntuale le richieste fondandole sulla concreta e specifica situazione di fatto.

Alla luce dell'art. 6 vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il giudice amministrativo non può astenersi o addirittura rifiutarsi di verificare e valutare, punto per punto, gli accertamenti e le valutazioni, anche tecniche, effettuate dall'Amministrazione, ritenendole ad essa riservate²⁵. E, ancor prima, il giudice non potrà esimersi dal ricostruire, nelle circostanze e nelle peculiarità che lo contraddistinguono, il caso concreto portato alla sua cognizione.

La valutazione della Corte di Strasburgo circa l'estensione e l'adeguatezza del controllo effettuato dal giudice amministrativo dipende infatti in larghissima parte proprio dai tratti peculiari del caso concreto, come evidenziato nella *lectio magistralis* del Presidente Raimondi.

In tal modo, nella complessa problematica relativa al sindacato giudiziario sull'attività amministrativa, sulla sua estensione e i suoi limiti, risulta che l'elemento immancabile e irrinunciabile e quindi più rilevante è la singola vicenda oggetto della cognizione, nella sua individualità, singolarità e peculiarità, che assurge al rango di autonomo e centrale elemento del processo e, ancor prima, dell'ordinamento²⁶.

Come ho in altra occasione evidenziato, «*il procedimento decisionale deve tendere alla identificazione degli esatti termini del rapporto*» (C. Mortati); «*nei suoi dettagli*» (V. Spagnuolo Vigorita); «*nelle sue sfumature*» (F. Pugliese); «*nelle conseguenze che ne derivano*» (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli); «*nei beni e nelle persone coinvolte; nel risultato, fatto di beni attribuiti, sottratti, valorizzati, potenziati, sviluppati*» (L. Iannotta). La mancata puntuale concreta e dettagliata identificazione dell'oggetto della decisione «*rende impossibile o comunque esposta all'errore l'interpretazione delle norme di riferimento, che è finalizzata ovviamente all'applicazione ad una*

²⁵ Cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Guffrè, 1998: «*l'affermazione del principio della pienezza e della effettività della tutela, infatti, comporta che non possano ritenersi esclusi dalla verifica giurisdizionale tutti quei giudizi che non impingono nell'unica scelta riservata all'amministrazione, che è quella di opportunità/inopportunità. Tutti gli altri giudizi devono essere ripercorsi dal giudice, quale che esso sia*» (p. 115).

²⁶ L. IANNOITTA, *Giuridicità del caso concreto*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2013, pp. 613 ss., spec. p. 621.

realtà delimitata e circoscritta (art. 12 delle Norme sull'interpretazione delle leggi: "nell'applicare la legge ...")»²⁷.

La rilevanza giuridica del caso concreto risulta rafforzata dalle (e al tempo stesso si salda con le) acquisizioni della dottrina costituzionalista che, muovendo dalla distinzione tra disposizione (la proposizione scritta) e norma (il significato ricavato attraverso l'interpretazione: un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto europeo e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo), vede la funzione dell'interpretazione giuridica nella individuazione della norma del caso, della regola sotto la quale il caso particolare è sussumibile. In tale prospettiva grava sull'interprete il compito di ricostruire ogni singolo caso concreto ed elaborare la regola giuridica che ad esso va applicata²⁸.

Siffatta interpretazione appare quindi attività propria della giurisdizione e non comporta alcuna sostituzione del giudice all'Amministrazione, se correttamente effettuata, come del resto confermano le norme (art. 31 c. 3 e art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a.) che consentono al giudice di accertare la fondatezza della pretesa, anche a fronte di poteri discrezionali (ovviamente ove ne ricorrano i presupposti) ed anche di ordinare all'Amministrazione il rilascio del provvedimento richiesto, senza travalicamento dei limiti del sindacato di legittimità, come risulta, a contrario, dalla previsione dell'art. 7 c. 6 che parla di sostituzione, sub specie di adozione, modifica o riforma di provvedimento, solo a proposito della giurisdizione di merito.

In questa prospettiva, appaiono di estrema attualità le considerazioni sulla domanda giudiziaria di Augusto Cerino Canova²⁹ che, muovendo dall'intuizione antichissima dei tre elementi identificatori della domanda (*oggetto, petitum e causa petendi*) aderisce in modo originale alla concezione per la quale «il diritto è riconoscimento giuridico di un bene della vita ed il processo si svolge per l'attribuzione di tale bene» ed afferma, tra l'altro che «la specificazione del diritto fatto valere richiede ... la sua individualizzazione. Il termine ... esprime l'esigenza... di rendere individuale il diritto, cioè peculiare e distinto da ogni altro ... L'individualizzazione del diritto e della domanda attraverso

²⁷ L. IANNOITA, *Principio di legalità*, cit., p. 44. Rileva F.G. COCA, *Sul trattamento...*, cit., che «La conoscenza dei fatti è elemento essenziale di qualsiasi giudizio, soprattutto del giudizio di legittimità: non è possibile applicare la legge senza che il giudice accerti in modo autonomo se esistono i presupposti di fatto per l'applicazione della legge» (p. 122).

²⁸ Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 3 ss.. V. anche M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità; la regola del caso*, in C. PINELLI (a cura di) *Amministrazione e legalità...* cit., p. 181 e ss

²⁹ Cfr. A. CERINO CANOVA in *Commentario del codice di procedura civile*, E. ALLORIO (a cura di), Torino, Giappichelli, 1980, *Libro Secondo del processo di cognizione*, p. 3 ss., spec. p. 143, p. 173 e p. 177.

so il contenuto ed i soggetti si giustifica...con l'unicità ed irripetibilità della situazione sostanziale»³⁰.

Quelle parole, riferibili oggi anche al giudizio amministrativo³¹, confermano il dato reale che ogni vicenda processuale è diversa dalle altre, come diversa è dalle altre ognuna delle situazioni giuridiche soggettive, tutelabili nel giudizio amministrativo (e, ancor prima nel procedimento-processo) qualificabili come interessi legittimi³² o diritti interferenti (immediatamente o mediatamente) con l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo³³ parafrasando la formula utilizzata dal Legislatore (art. 7 c. 1 C.p.a.) per definire l'ambito e l'estensione della giurisdizione amministrativa.

Data l'ontologica incompiutezza delle norme - o meglio, delle disposizioni - pubblicistiche sia sul fronte dell'Amministrazione sia sul fronte degli amministrati, per la variabilità e molteplicità delle vicende amministrative e delle persone che ne sono protagoniste e quindi per la peculiarità di ciascuna vi-

³⁰ Il pensiero di A. CERINO CANOVA ben si salda con il valore fondamentale della persona umana il cui pieno sviluppo rappresenta, nel disegno costituzionale, l'obiettivo fondamentale della Repubblica, impegnata costituzionalmente a realizzarlo e, in funzione di esso, non solo a riconoscere ma anche a garantire i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e ad assicurare l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale, rimuovendo gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono tale pieno sviluppo. Repubblica quindi improntata ad efficacia dell'azione e ad effettività della tutela che vede al centro non l'individuo egocentrico ed isolato ma la persona (cfr. B. GILIBERTI, *Il merito*, cit., p. 285 ss.), libera e solidale, nella sua unicità e peculiarità. È intorno a questo nucleo vitale, DNA dell'ordinamento costituzionale (e già DNA della giustizia amministrativa: L. IANNOTTA, *Principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano e autonomie territoriali*, in *Diritto e Processo Amministrativo* 2007, p. 329 ss., spec. p. 332) che la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno contribuito a costruire il modello di giudizio amministrativo di piena cognizione dei fatti, di accertamento e di condanna.

³¹ Con le sue attuali caratteristiche: v. retro par. 4.

³² L'assoluta maggioranza della dottrina italiana già dagli anni '60 - '70 del secolo scorso riconosceva la natura sostanziale dell'interesse legittimo e la sua preesistenza come situazione giuridicamente rilevante all'adozione del provvedimento amministrativo: così R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1977 p. 93 ove si ricorda il pensiero di: M.S. GIANNINI, M. NIGRO, G. MIELE, E. CANNADA BARTOLI, P. VIRGA, M. LA VALLE; L. BIGLIARI GERI, F.G. SCOCA; ALBERTO ROMANO. In presenza delle poche frammentarie disposizioni dell'epoca G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto...* cit. p. 299 affermava nel 1975 (ma già nel 1972) che «La questione che forma oggetto del giudizio amministrativo concerne la fondatezza o meno dell'istanza del ricorrente volta ad ottenere la tutela dell'interesse legittimo.» V. negli anni successivi, G. ABBAMONTE - R. LASCHIENA, *Giustizia Amministrativa*, Padova, Cedam, 2001 (1^a edizione 1997) Capitolo I, sub Par. 17, *Il problema delle situazioni soggettive*, p. 162 ss. Per una completa ricostruzione delle problematiche relative all'interesse legittimo si deve far riferimento oggi a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

³³ L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2007, p. 935 ss. ove prospetto la trasformazione dell'interesse legittimo in diritto (amministrativo). Già in precedenza L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit. e *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2006 p. 354 ss..

cenda e delle situazioni soggettive che vi si confrontano³⁴, la fattispecie normativa non può che essere completata in sede di applicazione delle disposizioni, solo dopo che sia stato ricostruito completamente il fatto, ricorrendo ai principi integrativi delle fattispecie non compiutamente definite (ragionevolezza³⁵, proporzionalità, adeguatezza, giustizia sostanziale, correttezza e buona fede)³⁶

³⁴ Nessun interesse legittimo è uguale all'altro. Ciò vale soprattutto (ma non solo) quando sono in gioco diritti o libertà fondamentali protetti come interessi legittimi. Si pensi ai casi: dell'agente di polizia che chiede l'avvicinamento alla famiglia per gravi ragioni, non tipizzate dalla legge di riferimento che contiene una disposizione del tutto generica (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011 n. 1428); della donna che, in contrasto con la disposizione che impone di occupare stabilmente l'alloggio di edilizia residenziale pubblica, se ne allontana per assistere il padre residente in altro Comune (Corte Cost. 3.2.1994 n. 19); del malato grave che chiede la somministrazione gratuita di un farmaco vitale, già riconosciuto non tossico e potenzialmente efficace e la ottiene sebbene la procedure di valutazione manchi ancora di alcuni passaggi (TAR Lombardia, Milano, III, ord.za 22.5.2008 n. 791); della madre casalinga extracomunitaria che chiede e ottiene il ricongiungimento in Italia col figlio minore, a fronte di una disposizione apparentemente restrittiva che sembra riferirsi ai soli lavoratori dipendenti o autonomi (Corte Cost. 19.1.1995 n. 28); della società che propone al Comune inerte un progetto di pianificazione di un'area diventata priva di destinazione urbanistica per decorso dei termini di legge: progetto meritevole di considerazione, valutazione e approvazione in quanto concreto, attuabile e rispettoso degli altri beni, neutralizzando l'applicazione delle disposizioni restrittive relative a zone prive di destinazione (C.d.S., IV, n. 461/1987). In una prospettiva generale v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato...*, cit. p. 372, ove si legge che *...l'opera creativa alla quale è chiamato il giudice amministrativo ha molto a che fare con la libertà delle persone concrete che non vogliono indossare maschere uniformi perché non vogliono confrontarsi con un potere senza volto; e che al contrario intendono conservare la propria peculiarità*; e L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, ESI, 1989, spec. p. 269 ss. ove si delinea una classificazione degli interessi legittimi (anche) in relazione al bene della vita che ne forma oggetto, a seconda che si tratti di un bene proprio (che si aspira a conservare e/o valorizzare) o di un bene altrui (che si aspira a non far attribuire o a sottrarre) o di un bene dell'Amministrazione (alla cui attribuzione si aspiri singolarmente o in concorrenza con altri), con conseguente diversa caratterizzazione delle azioni proponibili a loro rispettiva tutela; e ove si evidenzia, spec. p. 181 ss., l'autoconformazione degli interessi legittimi nei rapporti con l'esercizio di poteri pianificatori e puntuali in materia edilizia-urbanistica.

³⁵ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1983, p. 371 ss.

³⁶ Nel 1984 in L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della P.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, ESI, 1984, pp. 275 e 276, rilevavo che il giudice, una volta acquisiti i fatti, va «a raffrontarli con la fattispecie astratta, integrata in base ai principi tratti dall'esperienza amministrativa. I principi di giustizia sostanziale, della ragionevolezza dell'agire amministrativo, di correttezza e buona fede (anche come tutela dell'affidamento) vengono quindi a porsi come necessari punti di riferimento ai fini della ricostruzione del modo in cui il potere avrebbe dovuto essere esercitato legittimamente.» v. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, Napoli, Jovene, 1950; E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, pp. 293 ss.; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Roma, 1947, vol. XXII, p. 308 ss.. E a proposito di chi sosteneva l'impossibilità di fondare il vizio sul principio di «non contraddizione» fra modello astratto e fattispecie concreta «semplicemente perché il modello non c'è» (cfr. F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, pp. 1469 ss., spec. p. 1506) replicavo che «all'incompiutezza del modello normativo sopperisce il richiamo ai principi generali cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, ricostruiti non già in astratto ma in riferimento alla realtà amministrativa in generale nonché all'attività quale si manifesta nei diversi e distinti settori dell'apparato pubblico.»

rilevanti rispetto al caso concreto, compresi i principi e le regole tecniche tratti dall'esperienza amministrativa, generale e di settore, e che quindi la stessa Amministrazione è tenuta ad applicare³⁷.

Valga in proposito il richiamo alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione secondo la quale «il giudice ... non potrà esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice disponga oggi di ampi mezzi istruttori compreso lo strumento della consulenza tecnica» (Cass. SS.UU., 20.01.2014 n. 1013): ben più quindi della mera verifica dell'insostenibilità tecnica e cioè della inattendibilità della soluzione prescelta dall'Amministrazione³⁸.

La cognizione piena del rapporto, nell'ambito del giudizio, rappresenta pertanto la regola³⁹, anche se l'intensità del sindacato dipenderà, in concreto, dal materiale disponibile⁴⁰.

³⁷ Sulla problematica B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, spec. p. 300 e dottrina ivi citata il quale ricorda che «la teorica ... che evidenzia come il punto in comune tra le figure in esame potesse essere costituito, a tutto concedere, dalla sussistenza in entrambe di incertezze applicative, dal momento che la discrezionalità tecnica non chiama in causa alcuna valutazione comparativa degli interessi in senso proprio (momento che, viceversa, costituisce connotato qualificante della discrezionalità pura). Tale distinzione serve a fondare il rilievo per cui, mentre la valutazione comparativa implica lo svolgimento di valutazioni riservate, le regole tecniche sono inglobate nella norma giuridica attributiva del potere sicché la loro inosservanza o non corretta applicazione si risolverebbe in null'altro che in un'ipotesi di violazione di legge.» V. anche L. IANNOITA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2005, p. 1 ss. spec. p. 35 ove si legge «La giuridicità delle cose e delle persone coinvolte nell'attività amministrativa emerge sotto un duplice profilo: come dovere dell'amministrazione e come diritto delle persone. Sotto il primo profilo assumono rilievo tutte le norme tecniche, economiche ma anche giuridiche incidenti sui caratteri, sui requisiti, sulle qualità della res, costituente oggetto principale dell'azione amministrativa: opera, servizio, iniziativa, complesso di interventi, persona di un esperto, professionista, ecc. e che concorrono alla conformazione del progetto di risultato, della cosa, della persona dell'attività che alla fine del processo decisionale sarà concretamente individuata e che l'attività esecutiva inserirà nel mondo reale, perfezionandola durante la sua esecuzione...».

³⁸ Come restrittivamente ritenuto da Consiglio di Stato, VI, 4 luglio 2012 n. 3901. B. GILIBERTI, *Il merito...*, cit., p. 325 che richiama A. TRAVI, secondo il quale «un ordinamento che privilegia la soluzione peggiore solo perché essa proviene dall'Amministrazione condanna un Paese al declino perché rinuncia a ricercare e premiare la soluzione tecnica migliore...» e quindi «...tutti i casi in cui la valutazione di ordine tecnico non sia convincente il giudice deve poterla disattendere».

³⁹ Cfr. L. IANNOITA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi...*, cit., dove rilevavo che «la trasformazione del giudizio generale di legittimità può e deve procedere ... prendendo atto della effettiva posizione riconosciuta al singolo nei confronti della p.A. e del rapporto giuridico in cui il primo viene a porsi nei confronti della seconda, in virtù della titolarità dell'interesse legittimo. La piena cognizione di questo rapporto postula il completo raffronto tra la vicenda concreta e la fattispecie astratta e quindi, da un punto di vista generale, impone come necessario l'esercizio dei poteri istruttori. Solo una volta conosciuto il fatto sarà possibile confrontarlo con le previsioni normative, integrando - ove giuridicamente possibile - le parti indefinite alla luce dei principi generali e di chiusura sin individuati. Il processo amministrativo in tal modo corrisponderà in pieno alle caratteristiche sostanziali dell'interesse legittimo e, pur nell'unicità dell'impostazione, assumerà caratteristiche concrete diverse a seconda delle caratteristiche degli interessi, dei poteri su questi incidenti, delle norme che tutelano gli uni e disciplinano gli altri» (p. 273).

⁴⁰ Cfr. B. GILIBERTI, *Il merito...*, cit., p. 325.

Alla luce del principio della domanda è evidente che tutto questo passa attraverso le richieste delle parti, fondate sulla concreta situazione di fatto ed articolate in punti⁴¹ in modo tale che il giudice non possa esimersi dall'esaminarle, come sancito, anche sotto questo profilo, dalla giurispru-

⁴¹ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza...*, cit., p. 707, che, nella prospettiva di un sindacato sostitutivo (non emergente però come indefettibile dalla giurisprudenza CEDU: v. retro nota 12), afferma che «gli avvocati dovrebbero impostare i ricorsi senza limitarsi a dedurre il vizio di eccesso di potere in senso, per così dire, classico attraverso un sindacato indiretto sul contenuto del provvedimento che, secondo autorevole dottrina, comporta un'indagine che impinge nel merito, pur se formalmente si sostenga che riguardi la legittimità. Nel ricorso occorre stimolare il giudice ad un sindacato pieno, senza infingimenti, proponendo una diversa ricostruzione del fatto, inteso nella sua realtà e nei suoi eventuali profili tecnici, ritenuta corretta, ed una soluzione rispettosa delle situazioni giuridiche soggettive, indicando l'assetto degli interessi che appaia più consono e in linea con la concreta fattispecie, in applicazione della norma, mettendo da parte il timore di esprimere considerazioni e rilievi di merito.» Nella prospettiva della piena giurisdizione, non implicante necessariamente sostituzione e non postulante neanche l'istituzionale ricorso alla consulenza tecnica (v. C.d.S., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 61 Pres. Catalozzi, Est. Baccarini che, pur riconoscendo l'esperibilità della consulenza tecnica nel giudizio amministrativo, ha accertato l'illegittimità della decisione tecnica, nel caso concreto esaminato, senza disporre alcuna consulenza tecnica) sembra più utile la segmentazione della vicenda nelle sue componenti essenziali e la sua traduzione in punti definiti suscettibili di agevole verifica. V. L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della Legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, p. 357 ss., ove di legge (p. 393 e p. 384) «...una volta ricostruito il fatto, nelle sue componenti essenziali (fattuali e normative), il giudice amministrativo potrà valutarlo nella medesima prospettiva dell'Amministrazione e cioè del potere che è stato esercitato o che si sarebbe dovuto esercitare, alla stregua delle norme che la stessa Amministrazione avrebbe dovuto applicare e non ha applicato o ha falsamente applicato o ha violato, comprese le norme tecniche, quantomeno quelle costituenti principi fondamentali della disciplina (tecnica) coinvolta e massime di comune esperienza. E ciò nella consapevolezza che qualsiasi decisione, anche tecnica, pur opinabile, non è mai opinabile in tutta la sua estensione, bensì solo in alcune delle sue componenti: che altrimenti non si tratterebbe di decisione né tantomeno tecnica, bensì di mero arbitrio. Ne consegue che, se si scompone la decisione tecnica nelle parti che la compongono e se ne individuano le componenti non opinabili, in quanto definibili e valutabili alla luce dei principi elementari delle scienze e delle tecniche e delle massime di esperienza rilevanti nel caso concreto, da un lato si potrà più facilmente scoprire dove si annidano gli errori, dall'altro si ricondurrà l'opinabilità in margini molto ridotti, facendola risultare normalmente residuale, soprattutto se agganciata al fatto compiutamente ricostruito. Ridotto in tal modo il margine di opinabilità, in molti casi sarà possibile definire in giudizio la giusta decisione (anche tecnica) adeguata al caso concreto attraverso l'applicazione al fatto dei principi fondamentali della disciplina e delle massime di esperienza, censurando la decisione adottata dall'Amministrazione ove contrastante con quella che essa avrebbe dovuto oggettivamente adottare. In molti altri casi la decisione in concreto assunta dall'Amministrazione (la parte residuale rimasta opinabile) sarà comunque più facilmente sindacabile sotto i profili tipici del sindacato sulla discrezionalità, vale a dire l'illogicità manifesta, il palese travisamento dei fatti, l'irrazionalità e la contraddittorietà.» Si veda ad es. Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 82/2011 del 24 agosto 2011 che, a proposito di provvedimenti - che avevano autorizzato la copertura di parte di un torrente, per realizzarvi un parcheggio, qualificato amovibile dall'Amministrazione e avevano escluso perciò pericoli per la pubblica incolumità - ha annullato i provvedimenti impugnati avendo accertato «che la copertura consisteva in ben 125 piastre di calcestruzzo di mq. 4 per cm 15 di spessore, pesanti ciascuna kg. 1500, per un peso complessivo di tonnellate 187,5: il tutto sostenuto da un'intelaiatura di travi principali vincolate sopra i muri d'argine e travi secondarie ancorate a quelle principali, con correlativa impossibilità di definire l'opera come "amovibile", nonostante ogni più intenso sforzo di fantasia». V anche T.S.A.P. n. 63/2018 del 16.4.2018. La presenza nei collegi T.S.A.P. anche di un giudice tecnico rende agevole e immediata la verifica dei fatti tecnici rappresentati dalle parti, senza necessità di disporre consulenza tecniche o verificazioni.

denza della Corte di Strasburgo.

Se sono quelli descritti i vincoli gravanti sul giudice amministrativo, in base all'art. 6 Cedu vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo⁴², le sentenze, che non ricostruiscono la vicenda della quale hanno giudicato, non consentendo di far capire quale sia il fatto oggetto della decisione, si troverebbero in contrasto con l'art. 6 Cedu, pertanto impugnabili, dopo il loro passaggio in giudicato, innanzi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Ma, ancor prima, esse sembrano impugnabili innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ricorso ex art. 360 c. 1 n. 1 c.p.c. per motivi attinenti alla giurisdizione, dal momento che la mancata necessaria individuazione e ricostruzione della vicenda concreta (nonostante i poteri istruttori a tal uopo attribuiti al giudice amministrativo) e il mancato esercizio dei poteri istruttori potrebbero essere qualificati come diniego di giurisdizione⁴³.

⁴² La prospettiva dell'art. 6 della Convenzione EDU vivente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo consente di valutare la razionalità (giustizia ed efficacia) del sistema amministrativo italiano nelle sue componenti procedurali e processuali sia nel loro insieme sia (soprattutto) rispetto ad ogni singola decisione amministrativa e giurisdizionale per così dire dall'esterno e dall'alto, secondo la *logica* del Teorema di Gödel. Si tratta del Teorema formulato dal matematico K.F. GÖDEL, Brno, 28 aprile 1906 - Princeton 14 gennaio 1978, che dimostra la necessità di ricorrere a procedimenti di verifica esterni al sistema e più forti per provare la non contraddittorietà delle proposizioni del medesimo sistema non derivabili né deducibili in base al sistema dato. In sintesi, per provare la contraddittorietà di un sistema logico-matematico bisogna uscire dal sistema stesso. Per ipotesi di applicazione al diritto amministrativo cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in E.d.D., vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 1 ss., spec. p. 3; e L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in D.P.A. 2005, pp. 50 e 51.

⁴³ Cfr. Cass. SS.UU. 23.12.2008 n. 30254. In una recente sentenza (n. 161/2018 del 15.01.2018) il Consiglio di Stato, Sezione IV, ha confermato il rigetto di un ricorso in materia di mancata ammissione alla prova orale dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato richiamando il consolidato orientamento della Sezione (confermato dall'Adunanza Plenaria n. 7/2017) in forza del quale: a) il potere di valutazione delle Commissioni sarebbe espressione di ampia e qualificata discrezionalità tecnica, con la limitazione del sindacato di legittimità solo al travisamento dei fatti e all'illogicità manifesta percepibili *ab externo e ictu oculi* dalla sola lettura degli atti; b) ai fini della motivazione il voto numerico è pienamente sufficiente. Nella sentenza manca la ricostruzione del caso sottoposto all'esame del giudice amministrativo nelle sue circostanze e peculiarità che ne facevano un caso unico. Ed invero: A) in presenza di una traccia che prospettava un caso di annullamento d'ufficio di un permesso di costruire per difformità delle opere realizzate rispetto a quelle assentite e B) che evidenziava nel provvedimento di annullamento d'ufficio carenze di tipo procedimentale (mancato esame delle osservazioni presentate dal titolare del permesso) e motivazionale (mancata enunciazione dell'interesse pubblico all'annullamento), il candidato aveva individuato nel suo elaborato (ricorso al TAR) – senza farsi fuorviare dai “suggerimenti” della traccia – quale motivo prioritario di illegittimità l'inapplicabilità dell'annullamento d'ufficio a un caso di difformità costruttiva per la quale il T.U. sull'edilizia prevede distinte e diverse sanzioni e diversi e distinti procedimenti di sanatoria; II) la Commissione si era data dei criteri di valutazione tra i quali “capacità di indi-

viduare la soluzione specifica" (non si trattava quindi di valutazione espressa con solo voto numerico); la Commissione nella scheda allegata al verbale di correzione, aveva motivato il voto (26 non sufficiente) attribuito all'elaborato considerando in particolare insufficiente la «capacità di individuare la soluzione specifica»; III) Essendo la soluzione proposta dal candidato sicuramente valida e rispondente a principi fondamentali e, al tempo stesso, elementari della materia giuridico-edilizia, la Commissione era incorsa in manifesta illogicità e in palese travisamento dei fatti (traccia, elaborato del candidato e soluzione da questo proposta); IV) il giudizio di insufficienza attribuito dalla Commissione alla capacità del ricorrente di individuare la soluzione specifica del caso avrebbe dovuto quindi essere annullato dal giudice e, alla stregua degli stessi principi individuati in sentenza, potenzialmente sostituiti con un giudizio di (almeno) sufficienza con accertamento della fondatezza della pretesa e condanna al rilascio del provvedimento di ammissione, ricorrendone gli altri presupposti. La lettura critica del caso qui esaminato conferma i rischi dell'applicazione estensiva dello *stare decisis* che, lungi dall'assicurare certezza, finisce per favorire l'ingiustizia. Cfr. E. FOLLIERI, *Lo stare decisis nel processo accertativo*, in *Giust.amm.*, n. 10/2014.