

Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, *Placi v. Italy*)

di **Lorenzo Prudeniano** – dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

SOMMARIO: 1. Con la pronuncia *Placi c. Italia* la Corte di Strasburgo torna sui rapporti fra giusto procedimento e giusto processo amministrativo. - 2. Il rilievo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la disciplina dell'attività amministrativa. Incidenza indiretta e best practice amministrative. - 3. L'autonomia interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo. - 3.1. La nozione di tribunale imparziale e indipendente. - 3.2. La nozione di diritti ed obbligazioni civili. - 3.3. La nozione di accusa penale. - 4. Il rapporto fra giusto procedimento e giusto processo ex art. 6, par. 1 CEDU - dal due administrative proceeding alla full jurisdiction. - 5. Conclusioni. Necessità di realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso il giusto procedimento ovvero attraverso il giusto processo fondato sul pieno accesso ai fatti, anche complessi, che costituiscono il presupposto delle decisioni amministrative.

1. Con la pronuncia Placi c. Italia la Corte di Strasburgo torna sui rapporti fra giusto procedimento e giusto processo amministrativo.

La pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Placi v. Italy* (2014)¹ 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, con cui lo Stato italiano è stato condannato all'unanimità per aver violato l'art. 6, par. 1 CEDU, merita di essere brevemente richiamato.

Un giovane era stato chiamato all'età di diciotto anni a prestare il servizio di leva obbligatorio, oggi sospeso. Durante l'espletamento della leva, veniva sottoposto a svariate sanzioni disciplinari di carattere militare, particolarmente afflittive dal punto di vista psico-fisico. Nel 1995 gli venivano diagnosticati alcuni disturbi di carattere psicologico, che lo rendevano incapace di relazionarsi in modo adeguato con i compagni di leva. Preso atto dell'incompatibilità delle sue condizioni psico-fisiche rispetto alla prosecuzione del servizio, veniva congedato. Successive visite mediche specialistiche cui si era sottoposto stabilivano un rapporto di causalità fra servizio di leva, sanzioni inflitte e disturbi della personalità insorti nel suo corso.

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, *Placi v. Italy*.

Su tali basi, presentava una istanza di indennizzo, in forza del D.p.R. n. 686/1957, legge di disciplina dell'equo indennizzo che lo Stato riconosce ai dipendenti pubblici che abbiano riportato una infermità dipendente da causa di servizio², la quale veniva respinta sulla base delle valutazioni tecniche espresse dalle Commissioni mediche ospedaliere nel parere parzialmente vincolante³. Le stesse, pur diagnosticando un disturbo ossessivo-compulsivo in capo all'istante, negavano la sua riconducibilità al servizio militare, rilevandone piuttosto la preesistenza rispetto allo svolgimento delle mansioni pubbliche.

La commissione medica ospedaliera che aveva espresso il giudizio tecnico sulla riconducibilità causale della malattia mentale alla leva, in coerenza con l'art. 11 D.p.R. 11 marzo 1926, n. 416, era integrata anche da ufficiali dell'esercito, legati da rapporto di servizio al Ministero della Difesa⁴.

In seguito al rigetto dell'istanza per l'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 Tar che il Consiglio di Stato si attenevano all'orientamento giurisprudenziale dominante in tema di sindacato delle valutazioni discrezionali di organi tecnici, dichiarandosi incompetenti ad entrare nel merito delle valutazioni compiute dagli esperti della Commissione⁵.

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), 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 quello che qui interessa, 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 della Convenzione. Per la Corte il principio del *due process* è stato violato, in quanto la composizione della Commissione medica ha compromesso *ab origine* l'imparzialità dell'attività

² Sull'indennizzo riconosciuto per l'invalidità derivante da causa di servizio si veda G. FERRARI, *L'invalidità per caso di servizio e l'equo indennizzo nel pubblico impiego*, III edizione, Milano, 2007. L'istituto dell'equo indennizzo è stato abrogato, salvo che per talune specifiche categorie fra cui i militari delle Forze armate, dall'art. 6, co. 1, d.l. 6 dicembre 2011, convertito da l. 22 dicembre 2011, n. 214, perseguendo precipuamente finalità di contenimento della spesa pubblica. In materia si veda ID., *Soppressione della causa di servizio, dell'equo indennizzo e della pensione privilegiata*, in *Foro amm. - CDS*, 2012, p. 1681 ss., il quale esprime peraltro sospetti di illegittimità costituzionale, sotto il profilo dell'art. 3 Cost., relativamente alla mancata soppressione per talune categorie che per il tipo di attività svolta non sarebbero meritevoli di "salvezza".

³ Sulla natura del parere delle commissioni mediche ospedaliere quale atto endoprocedimentale cfr. G. FERRARI, *Soppressione della causa di servizio*, cit., p. 219 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e la liquidazione dell'equo indennizzo*, in *Foro amm. - CDS*, 2011, p. 1951 ss.

⁴ Quando si tratta di verificare la fondatezza dell'istanza di un soggetto appartenente al rango dei militari la Commissione medica è integrata da un numero non superiore a due di ufficiali o funzionari dell'Arma, Corpo o Amministrazione di appartenenza dell'istante.

⁵ L'insindacabilità del parere medico legale delle commissioni mediche ospedaliere è affermata dalla giurisprudenza dominante. In tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 1995, n. 1391; Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; 16 marzo 2004, n. 1341; 15 maggio 2008, n. 2243; Sez. VI, 23 settembre 2009, n. 5664; Sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2683; Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5936. La giurisprudenza peraltro ritiene che ove l'amministrazione competente a riconoscere l'equo indennizzo si attenga alle risultanze dell'attività istruttoria condotta degli organi tecnici, non è tenuta a motivare ulteriormente, giustificandosi invece l'onere di motivazione puntuale solo in caso di discostamento dalle stesse valutazioni tecniche. Sulla necessità della debolezza del sindacato in ordine alle valutazioni tecnico-discrezionali si veda G. FERRARI, *Il procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio*, cit., p. 1972.

istruttoria finalizzata all'accertamento del nesso eziologico fra infermità e servizio di leva, e inoltre il giudice amministrativo si è limitato a prendere atto delle valutazioni operate dalla stessa Commissione rifuggendo dall'addentrarsi nella verifica della esattezza delle valutazioni stesse.

La Corte ritiene che il processo non sia stato equo anche perché non è stata assicurata la parità fra le parti. Da un lato infatti la carenza di imparzialità dell'organo amministrativo deputato all'accertamento dei rapporti di causalità fra disturbi di natura psichica e svolgimento della leva traspare dalla sua riferibilità organica all'Amministrazione competente a riconoscere l'equo indennizzo, ed è confermata dal rilievo attribuito alla relazione tecnica, definita "decisiva" per la risoluzione della controversia. Dall'altro lato il privato è lasciato in una posizione impari, essendo precluso allo stesso organo giurisdizionale di mettere in discussione le valutazioni sindacandole nel merito. In questo senso la Corte pare affermare, traslando l'elaborazione giurisprudenziale dei concetti di imparzialità e di parità delle parti sul piano delle procedure amministrative, che il principio del giusto processo è da dirsi rispettato attraverso la predisposizione di adeguate tutele procedurali ovvero, in alternativa, attraverso il riconoscimento al giudice del potere di accedere pienamente ai fatti accertati e valutati in sede amministrativa.

Nelle considerazioni che seguono si tenterà di porre in luce il rilievo sempre crescente che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo assegna al procedimento amministrativo, quale luogo di garanzia anticipata dei diritti processuali, ed al giusto processo, quale momento di possibile ricomposizione di "storture" procedurali e di effettiva messa in discussione delle scelte, pur frutto di valutazioni complesse, dell'amministrazione.

Si proverà inoltre a mettere in luce il potenziale contrasto fra i principi affermati dalla Corte di Strasburgo in tema di giusto processo e l'orientamento nettamente dominante nella giurisprudenza interna per cui il sindacato giurisdizionale delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione è "debole", e come tale limitato alla verifica che le valutazioni opinabili, non siano esorbitanti rispetto al margine di opinabilità oggettivo e che la motivazione del provvedimento non sia irragionevole, illogica o carente⁶.

2. Il rilievo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la disciplina dell'attività amministrativa. Incidenza indiretta e best practice amministrative.

L'influenza della Convenzione europea sul diritto amministrativo solo di recente è stata oggetto dell'attenzione degli studiosi⁷.

⁶ Questo orientamento è stato di recente ribadito da Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1103, in cui si afferma che «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini».

⁷ Per la verità la tematica è già da tempo affrontata nell'ambito della letteratura straniera. Si vedano in particolare D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997, p. 214 ss.; P. CRAIG, *The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003, p. 753 ss.; T. PROSSNER, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il controllo giurisdizionale delle decisioni di regolazione nel Regno Unito*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 227 ss.; B. SCHINDLER, *Art. 6 (1) ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland - A Comparative Perspective*, in *Schweizerische zeitschrift für internationales und europäisches recht*, 2006, p. 449 ss. Nella dottrina italiana invece l'interesse per tale tematica è

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non contiene, invero, alcuna specifica disposizione dedicata all'attività amministrativa. Nel solco della tradizione concettuale del costituzionalismo liberale classico essa contempla un catalogo dei diritti incentrato sulle c.d. libertà negative, cioè le libertà che per essere protette non abbisognano dell'intervento dello Stato ed anzi si sono storicamente affermate come libertà "dallo Stato"⁸.

Questa "indifferenza" verso il fenomeno dell'azione amministrativa, unitamente al primato delle libertà negative nel panorama dei diritti presenti nella CEDU ha fatto ritenere per lungo tempo agli studiosi che la materia amministrativa non fosse di significativo interesse per la Convenzione⁹. E, nonostante i lavori preparatori non avessero affrontato esplicitamente la questione del rapporto fra diritti fondamentali protetti dalla CEDU e amministrazione¹⁰, la stessa Commissione presso il Consiglio di Europa ha in un primo momento escluso che la Convenzione si applicasse alla materia amministrativa¹¹.

Tuttavia, se è vero che la Convenzione si occupa prevalentemente delle libertà negative, rispetto alle quali la capacità di conformazione del potere pubblico in Italia è relativamente limitata, è altrettanto vero che le stesse libertà negative sovente possono rilevare all'interno delle fattispecie amministrative, in quanto situazioni giuridiche indirettamente incise dal potere¹².

Si è poi aggiunto che alcuni diritti soggettivi predicati dalla CEDU come fondamentali, fra cui soprattutto il diritto di proprietà, sono ben suscettibili di essere conformati dal potere autoritativo delle pubbliche amministrazioni¹³.

E, del resto, come si è rilevato, ogni convenzione internazionale a tutela dei diritti umani, nel momento in cui riconosce dei diritti fondamentali nei confronti dello Stato, di fatto limita il potere esecutivo e dunque l'amministrazione¹⁴.

relativamente recente; si vedano in particolare G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 25 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007; ID., *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 542 ss.; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1338 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2012, p. 267 ss.; ID., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012.

⁸ Sulla problematicità della distinzione fra libertà positive e libertà negative, diritti civili e sociali, si vedano A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XI, p. 28 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, II, p. 118 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti. Il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, I, p. 345 ss.

⁹ Per la tendenza a sottostimare il valore della CEDU da parte della dottrina in relazione al diritto amministrativo si veda G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit., p. 26.

¹⁰ P. VAN DIJK, G. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, IV edizione, Oxford, 2006, p. 514 rilevano che i lavori preparatori non offrono delle indicazioni inequivoche sul punto. Nello stesso senso S. MIRATE, *The right to be heard*, cit., p. 546, per la quale i lavori preparatori alla Convenzione «non contengono indicazioni su eventuali discussioni in merito, posto che la formula della disposizione convenzionale ricalca sostanzialmente i contenuti dell'art. 10 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e dell'art. 14 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966». Sui lavori preparatori alla Convenzione si veda G. SPERDUTI, *Recherche d'une méthode appropriée aux fins de la détermination de la notion de «droit et obligations de caractère civil» dans la Convention européenne des droit de l'homme*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 767 ss.

¹¹ J. MORRISON, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, The Hague, 1981, p. 115 ss.

¹² G. GRECO, *La Convenzione europea*, cit., p. 27 ss.

¹³ *Ivi*, p. 28.

L'interesse della Convenzione per la "materia amministrativa" è poi rivelato da una serie di atti concernenti l'azione amministrativa sulle buone pratiche adottati dal Consiglio di Europa, come la Risoluzione del Comitato dei ministri n. 31/1977 del 28 settembre 1977 sulla protezione degli individui in relazione ai provvedimenti amministrativi, la Raccomandazione n. 2/1980 dell'11 marzo 1980 sull'uso dei poteri discrezionali da parte delle autorità amministrative, la n. 15/1984 del 31, la n. 16/1987 del 17 settembre 1987 sulle procedure amministrative generali, e più di recente la n. 9/2001 del 5 settembre 2001 sulle A.D.R. in materia amministrativa e la n. 7/2007 del 20 giugno 2007 sulla buona amministrazione¹⁵.

Questi documenti fanno parte del sistema del *soft law* e pertanto non costituiscono fonte di specifici obblighi giuridici nei confronti degli Stati¹⁶ ma raccomandazioni aventi ad oggetto *best practices* amministrative. Tuttavia esse consentono di ritenere la sussistenza di una intima connessione fra una buona amministrazione, che sia trasparente e partecipata, ma soprattutto effettivamente soggetta al sindacato del giudice, e il godimento dei diritti di libertà enunciati dalle Carte dei diritti. In questa ottica la buona amministrazione è servente rispetto allo statuto costituzionale del cittadino, inteso come centro attivo di godimento di diritti e libertà nei confronti dello Stato inteso come potere e del procedimento come forma di esercizio di tale potere.

3. *L'autonomia interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

La norma sull'equo processo di cui all'art. 6 CEDU non è stata congegnata per applicarsi al di fuori del processo civile e penale. Infatti la lettera dell'articolo si riferisce all'accusa "penale" ed alle obbligazioni "civili", ciò che potrebbe far ritenere che il processo amministrativo rimanga fuori dall'ambito di applicazione dell'equo processo, almeno nei casi in cui si controverta intorno a meri interessi legittimi¹⁷. Dovrebbero a maggior ragione ritenersi escluse le materie dell'azione amministrativa e del procedimento amministrativo¹⁸.

¹⁴ M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, p. 33 ss., secondo il quale spesso nelle Carte dei diritti fondamentali, come nel caso della CEDU, vi è una implicita limitazione e controllo dell'azione amministrativa pur nell'assenza di disposizioni espresse in materia. Nello stesso senso si veda L. MARTIN-RETORTILLO, *Due riflessioni sulla carta. Relazione presentata al convegno «La Encrucijada Constitucional de la Union europea» svoltosi a Madrid il 6 novembre 2001*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, p. 628.

¹⁵ Diversi fra gli atti richiamati, adottati fino al 1997, sono riportati nel volume edito dal Consiglio di Europa *The Administration and You - a Handbook. Principles of Administrative Law with Regard to Relations Between the Administrative Authorities and Private Individuals*, Strasbourg, 1997.

¹⁶ Su quello che viene enfaticamente denominato *soft law* si vedano F. SNYDER, "Soft law" e prassi istituzionale della Comunità europea, in *Soc. dir.*, 1993, p. 79 ss.; K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft law in International Governance*, in J. GOLDSTEIN, M. KAHLER, R. KEOHANE, A.M. SLAUGHTER (a cura di), *Legalization and World Politics*, Ithaca 2000; H.C.H. HOFMANN, *Negotiated and Non-negotiated Administrative Rule-making: The Example of EC Competition Policy*, in *Common market law review*, 2006, p. 153 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004; D.M. TRUBEK, P. COTTRELL, M. NANCE, *Soft Law, Hard Law and Eu Integration*, in G. DE BÜRCA, J. SCOTT (a cura di), *Law and New Governance in the EU and in the USA*, Oxford, 2006, p. 65 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2010.

¹⁷ 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, p. 51 ss. Si veda il nuovo codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che prevede all'art. 2 che il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo "previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione". Come ha notato F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 2, si è in presenza di una "pasticciata" formulazione della norma, che disgiunge i principi di parità delle parti e del contraddittorio dal giusto processo (essi invece costituendone corollari). Va peraltro rilevato che la formulazione attuale dell'articolo 2 trae origine dalla espunzione, forse eccessivamente timida, del riferimento ad alcuni specifici principi inerenti al giusto

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 contraenti¹⁹. Come è noto l'interpretazione della Convenzione costituisce prerogativa della Corte di Strasburgo e funge da "antidoto" alla possibilità che gli Stati impieghino le proprie categorie giuridiche tradizionali per effettuare distinzioni fondate sulla forma che abbiano l'effetto di impedire la sostanza, cioè l'applicazione in modo generalizzato delle garanzie predisposte dalla Convenzione²⁰. Il principio di autonomia impone che le espressioni e i concetti giuridici cui la Convenzione si riferisce siano interpretati alla luce degli obiettivi della CEDU e non alla luce degli ordinamenti giuridici nazionali²¹.

La stessa Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 348/2007, ha enfatizzato la "*funzione interpretativa eminente che gli Stati hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia... poiché le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea*".

Ciò non vuol dire che l'interesse degli Stati membri al rispetto delle proprie specificità risulta pretermesso da tale riserva in favore della giurisprudenza europea: la Corte ha infatti sviluppato la dottrina del margine di apprezzamento, che consiste nel riconoscimento agli Stati di uno spazio, più o meno ampio, di libertà entro il quale è consentito limitare, derogare o comunque interferire con la libertà garantita dalla CEDU²², senza tuttavia poter introdurre una limitazione

processo così come affermato nella giurisprudenza CEDU, "pieno accesso agli atti" e soprattutto, "piena conoscenza dei fatti".

¹⁸ Nel diritto interno il recepimento del principio dell'equo processo nell'art. 111 Cost. ha offerto alla dottrina l'occasione per sostenere che la garanzia accordata da tale articolo possa trovare applicazione nella fase procedimentale, invocando la concezione per cui il processo si può realizzare nel procedimento amministrativo e l'amministrazione può essere effettuata nelle forme contenziose. Sul punto significativi sono i rilievi di G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, cit., 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». Si veda inoltre L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss. L'Autrice ripercorre il corso della storia medievale in cui l'amministrazione era in fondo parte della giurisdizione, per sottolineare la comune origine concettuale, e la stessa plausibilità dell'accostamento del procedimento amministrativo al procedimento giurisdizionale.

¹⁹ Sulla interpretazione autonoma della Convenzione si veda F. SUDRE (a cura di), *L'interpretation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, particolarmente ID., *Le recours aux «notions autonomes»*, ivi, p. 93 ss., che definisce l'interpretazione autonoma «*notion conventionnelle dotée par le juge européen d'une définition de nature matérielle, différente de celle retenue par le droit interne de l'Etat défendeur, afin de réaliser l'applicabilité d'un droit qui participe du principe de la prééminence du droit*».

²⁰ Questa esigenza "funzionale" allo scopo della Convenzione è avvertita da Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 ottobre 1964, ricorso n. 1931/63, *X. v. Austria*. Non ci si può ovviamente nascondere che l'assunzione di questa prerogativa di creazione del diritto in via giurisprudenziale pone una serie di problemi in ordine alla necessità di limitare il *law-making power* della Corte. Ne discorre G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts. How to Interpret the ECHR*, in *Eur. journ. int. law*, 2004, p. 278 ss. e più di recente ID., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.

²¹ Nella giurisprudenza si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 1997, ricorso n. 21522/93, *Georgiadis v. Greece*.

²² La dottrina del margine di apprezzamento trova suo primo esplicito riconoscimento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in sede di applicazione dell'articolo 15 CEDU, il quale prevede la possibilità per gli Stati di sospendere la garanzia di alcuni diritti garantiti dalla CEDU quando ciò si dimostri necessario per far fronte a situazioni di guerra o di altro pericolo che minacci la vita della nazione. La prima occasione in cui ricorre l'espressione "*margin of appreciation*" è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 maggio 1956, ricorso n. 176/56, *Greece v. United Kingdom*. Una rassegna dei precedenti giurisprudenziali sul margine di apprezzamento, fino al 2002, si trova in

di carattere generale, automatica e indiscriminata ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione²³.

Oggetto di interpretazione “autonoma” sono in particolare le nozioni di “tribunale imparziale e indipendente”, “diritti ed obbligazioni civili” e “accusa penale”.

3.1. La nozione di tribunale imparziale e indipendente.

Il tribunale, inteso come organo della giurisdizione, deve essere imparziale e indipendente. La coppia di aggettivi non si risolve in un endiadi: la Corte accoglie due nozioni differenti, pur se connesse, di imparzialità e di indipendenza.

Il carattere imparziale della giurisdizione si fonda sull'assenza di "pregiudizi o preconcetti" da parte del giudice-persona fisica. Tale assenza di pregiudizi o preconcetti è declinata in senso soggettivo ed oggettivo. L'imparzialità dell'organo giudicante va accertata mediante una verifica che si fonda su un doppio approccio, all'un tempo soggettivo ed oggettivo²⁴. Da un lato, in senso soggettivo, nessun componente del tribunale deve avere pregiudizi personali verso gli imputati o comunque verso le parti; l'assenza di simili pregiudizi si presume salvo prova contraria²⁵. Dall'altro, in senso oggettivo, la giurisdizione è imparziale nella misura in cui si possa escludere ogni legittimo dubbio, anche apparente e non dipendente dalla condotta personale dei giudici²⁶.

Se l'imparzialità, particolarmente quella oggettiva, si definisce sulla base di elementi interni alla controversia, l'indipendenza si valuta sulla base di elementi esterni alla controversia. Con riferimento alla disciplina di legge che regola i rapporti fra soggetto giudicante e altri organi

Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002. Sul margine di apprezzamento in generale si vedano F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 703 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 158 ss.; V. SCARABBA, in *Il ruolo delle Corti costituzionali nella giurisprudenza della Corte EDU: considerazioni sulla dottrina del margine di apprezzamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*. Atti del Seminario, Ferrara, 9 marzo 2007, Torino, 2007 (e-book); J. GARCIA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, p. 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; G. REPETTO (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Cambridge, 2013, p. 137 ss.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 novembre 2010, ricorso n. 34848/07, *O'Donoghue and others v. United Kingdom*, paragrafo 89.

²⁴ Sulla distinzione fra imparzialità soggettiva ed oggettiva si vedano Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982, ricorso n. 8692/79, *Piersack v. Belgium*, spec. paragrafo 30; 10 febbraio 2004, ricorso n. 53971/00, *D.P. v. France*; 26 aprile 2011, ricorso n. 31351/06, *Steulet v. Switzerland*; 31 maggio 2011, ricorso n. 59000/08, *Kontalexis v. Greece*.

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 ottobre 1982, ricorsi nn. 6878/75; 7238/75, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*.

²⁶ Si vedano, fra gli altri, Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 maggio 1998, ricorsi nn. 21257/93; 21258/93; 21259/93; 21260/93, *Gautrin and others v. France*; 15 dicembre 2005, ricorso n. 73797/01, *Kyprianou v. Cyprus*.

pubblici, compreso l'esecutivo, ai modi di accesso alla funzione giurisdizionale e alle garanzie di inamovibilità di coloro che fanno parte dell'ordine giudiziario²⁷.

Peraltro, il fatto che il giudice sia nominato da un soggetto riconducibile all'esecutivo non comporta di per sé una violazione dell'art. 6 perfino quando è lo stesso soggetto che ha effettuato la nomina ad avere la legittimazione passiva in giudizio, se sono offerte garanzie per il nominato in giudizio²⁸. La necessità dell'indipendenza si applica, in modo estensivo, anche ai periti e agli esperti nominati dal giudice, i quali debbono offrire i caratteri di indipendenza richiesti per l'organo giudicante, specialmente nei casi in cui la decisione del giudice si fonda essenzialmente sulle loro conclusioni. L'indipendenza non viene peraltro meno in virtù della mera appartenenza organica del perito nominato dall'amministrazione interessata dalla causa. In proposito, si è ritenuto che la riconducibilità dell'esperto all'amministrazione interessata alla controversia non comporta per ciò solo la violazione del principio del giusto processo, ma costituisce semplice indizio che va riscontrato sulla scorta di ulteriori circostanze di carattere oggettivo²⁹.

Peraltro, in presenza di talune disposizioni di carattere organizzativo che consentono il cumulo di funzioni giudicanti e di altro tipo (ad esempio di consulenza amministrativa) anche con riferimento alla medesima materia, la distinzione fra imparzialità (oggettiva) e indipendenza si fa concettualmente sfumata. Ad esempio nel caso in cui i giudici amministrativi svolgano attività amministrativa e contestualmente giurisdizionale la Corte ravvisa una violazione del principio del giusto processo³⁰.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 1971, 2614/65, *Ringeisen v. Austria*; 18 novembre 1970, ricorsi nn. 2832/66; 2835/66; 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*.

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 agosto 2005, ricorso n. 23695/02, *Clarke v. United Kingdom*.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 1991, ricorsi nn. 11170/84 12876/87 13468/87, *Brandstetter v. Austria*; nello stesso senso si veda pure la sentenza *Michael Ringeisen v. Austria*, cit., paragrafo 94: in base ad una lettura della disposizione di cui al paragrafo 1 dell'art. 6 CEDU nelle sue varie traduzioni linguistiche la Corte ritiene che «For Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case ("contestation") it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, which is the view of the majority of the Commission and of the Government. The wording of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), is far wider; the French expression "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text "determination of ... civil rights and obligations", confirms this interpretation».

³⁰ In tal senso si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, ricorso n. 14570/89, *Procola v. Luxembourg*, ove si è ritenuto che lo svolgimento da parte dei consiglieri del Consiglio di Stato del Lussemburgo di "advisory tasks" e "judicial tasks" lascia trasparire in maniera inequivocabile un difetto di imparzialità del tribunale. Si veda tuttavia Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 maggio 2003, ricorsi nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99, *Kleyn v. Netherlands*, in *Foro it.*, 2004, p. 565 ss., con nota di F. ROMBOLI, in cui la Corte non si dimostra altrettanto netta ma si limita ad affermare che il contestuale svolgimento di funzioni di tipo *advisory* e *judicial* da parte dei membri del *Dutch Raad Von State* può far sorgere problemi di compatibilità con l'art. 6 in talune circostanze, ma anche che tali perplessità possono essere superate sulla base di meccanismi che consentano l'avvicendamento delle persone dei giudici interessate nella controversia. Su tale ambiguità della Corte si veda J. SOEHARNO, *The Integrity of the Judge: A Philosophical Inquiry*, Farnham, 2009, p. 133. Sulla giurisprudenza convenzionale in materia di cumuli di funzioni giurisdizionali si vedano nella nostra dottrina S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 260 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 20 ss.; M. MENGOZZI, *The ECHR's Influence on the Italian Regulation of the Administrative Trial. The Right to an Independent and Impartial Tribunal*, in G. REPETTO, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, cit., p. 90 ss. La questione è particolarmente delicata nel caso del Consiglio di Stato italiano, nell'ambito del quale è consentito il cumulo di funzioni amministrative e giudiziarie, avallato peraltro dalla recente sentenza della Corte costituzionale 21 ottobre 2011, n. 273.

3.2. La nozione di diritti ed obbligazioni civili.

La nozione di diritti e obbligazioni civili³¹ non è stata ricostruita dalla giurisprudenza in modo unitario. La Corte ha evitato in proposito un approccio dogmatico ma ha preferito un metodo casistico in grado di offrire risposte pragmatiche ai problemi di volta in volta posti alla sua attenzione³².

Sin dalle primissime pronunce sulla questione si è chiarito che ai fini della protezione accordata dall'art. 6 non rilevano solo i procedimenti giurisdizionali in cui si controverte direttamente dei diritti soggettivi tradizionalmente collocati nell'orbita privatistica, ma anche quei procedimenti in cui si controverte di situazioni "decisive" per l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive comunque rilevanti per l'ordinamento³³. Anche situazioni giuridiche che riguardano l'esercizio del potere amministrativo da parte delle autorità pubbliche sono ricomprese, a determinate condizioni, nell'ambito di diritti e obbligazioni civili. Ciò sembrerebbe, fra l'altro, una conseguenza della eterogeneità delle figure soggettive che descrivono nei vari ordinamenti degli Stati membri le relazioni fra lo Stato e il cittadino, fra il potere e i destinatari del potere³⁴.

Il concetto di "determinazione" di diritti ed obbligazioni civili è stato inoltre riferito non solo alla decisione di una controversia in senso proprio (il che avrebbe identificato l'atto di determinazione con la sentenza), ma anche ad ogni atto in grado di precisare od influenzare il contenuto della situazione giuridica coinvolta. Sono state ritenute "determinative" di diritti civili ed obbligazioni decisioni amministrative relative all'assoggettamento di una impresa alla procedura fallimentare, alla approvazione amministrativa di un contratto di compravendita fra privati, alla costituzione di diritti reali o servitù su beni privati, alla determinazione in via amministrativa di prezzi e tariffe, alla ammissione di programmi di edilizia popolare³⁵. Sono

³¹ Per la letteratura dedicata alla nozione di *civil rights and obligations* si vedano G. SPERDUTI, *Recherche d'une methode appropriée aux fins de la détermination de la notion de "droits et obligations de caractère civil" dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 761 ss.; P. VAN DIJK, *The Interpretation of Civil Rights and Obligations" by the European Court of Human Rights - One More Step to Take*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: the European Dimension: Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Berlin, 1990, p. 131 ss.

³² D. HARRIS, *The Scope of the Right to a Fair Trial Guarantee in Non-Criminal Cases in the ECHR*, in J. MORISON, K. MCEVOY, G. ANTHONY (a cura di), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, 2007, p. 57 pone in luce come l'approccio *case by case* adottato dalla Corte europea possa in qualche modo incidere negativamente sulla certezza del diritto e sulla possibilità per gli Stati parte e per gli stessi cittadini di conoscere rispettivamente i propri obblighi convenzionali e i propri diritti. Nello stesso senso si veda F. JACOBS, R.C.A. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, V edizione, Oxford, 2010, p. 253.

³³ Emblematica in tal senso, ancora una volta, la sentenza *Michael Ringeisen v. Austria*, cit., paragrafo 94: in base ad una lettura della disposizione di cui al paragrafo 1 dell'art. 6 CEDU nelle sue varie traduzioni linguistiche la Corte ritiene che «For Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case ("contestation") it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, which is the view of the majority of the Commission and of the Government. The wording of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), is far wider; the French expression "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text "determination of ... civil rights and obligations", confirms this interpretation».

³⁴ P. CRAIG, *The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights*, cit., p. 753. Con riferimento alle tipologie di situazioni giuridiche soggettive che la Corte riconosce nella propria giurisprudenza si può vedere V. COLCELLI, *Situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 291 ss.

³⁵ Per la casistica giurisprudenziale sulle controversie in cui viene in rilievo la natura di "determinazioni di diritti ed obbligazioni civili" con riguardo alla attività autorizzatoria e di regolazione amministrativa si vedano F. GOISIS, *Garanzie procedurali e convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1345 ss.; M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti*

inoltre ricondotti nell'ambito delle determinazioni di diritti ed obbligazioni, piuttosto che in quello di accuse penali, gli atti amministrativi con cui sono irrogate le sanzioni disciplinari³⁶. Diversamente, gli atti dal contenuto non "decisivo" per diritti ed obbligazioni civili, come ad esempio le decisioni interlocutori e gli atti endoprocedimentali privi di lesività diretta, non ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 6³⁷.

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 civili³⁸. In proposito, sono state considerate determinative di diritti e obbligazioni civili decisioni delle amministrazioni pubbliche in materia di autorizzazione all'esercizio di una professione sanitaria³⁹, assistenza sanitaria di minori⁴⁰, ammissione o riammissione in ordini professionali⁴¹, trasferimento di sacerdoti⁴², modifiche dello stato civile⁴³, licenza di trasporto urbano su percorsi interurbani a favore di tassisti⁴⁴, espropriazione per pubblica utilità a favore di soggetti pubblici⁴⁵, licenza di somministrare alcolici⁴⁶, prestazioni assistenziali a favore dei disabili pur in assenza di contribuzione⁴⁷, concessione di alloggi popolari⁴⁸.

dell'uomo e delle libertà fondamentali, in *www.giustamm.it*, 2011; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit., p. 602 ss.

³⁶ Sentenza *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, cit., con riferimento ad una sanzione disciplinare a carico di un medico comminata dall'ordine dei medici di Bruges. Si veda il paragrafo 49: «Unlike certain other disciplinary sanctions that might have been imposed on the applicants (warning, censure and reprimand - see paragraph 32 above), the suspension of which they complained undoubtedly constituted a direct and material interference with the right to continue to exercise the medical profession. The fact that the suspension was temporary did not prevent its impairing that right (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Golder judgment, p. 13, par. 26); in the "contestations" (disputes) contemplated by Article 6 par. 1 (art. 6-1) the actual existence of a "civil" right may, of course, be at stake but so may the scope of such a right or the manner in which the beneficiary may avail himself thereof».

³⁷ Sul punto si veda P. CANE, *Administrative Law*, V edizione, Oxford, 2011, p. 92, per il quale «The requirement of determination is analogous to the common law principle that preliminary decisions do not attract the fair hearing rule». L'Autore rileva che scontando il rapporto stretto con il diritto angloamericano, il criterio discrezionale fondato sulla natura non definitiva dell'atto «is unclear and depends to some extent on the effect of the decision, not just the timing».

³⁸ Sentenza *Michael Ringeisen v. Austria*, cit., paragrafo 94: «The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence. In the present case, when Ringeisen purchased property from the Roth couple, he had a right to have the contract for sale which they had made with him approved if he fulfilled, as he claimed to do, the conditions laid down in the Act. Although it was applying rules of administrative law, the Regional Commission's decision was to be decisive for the relations in civil law ("de caractère civil") between Ringeisen and the Roth couple. This is enough to make it necessary for the Court to decide whether or not the proceedings in this case complied with the requirements of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), of the Convention».

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1978, ricorso n. 6232/73, *Konig v. Germany*, paragrafo 90: «If the case concerns a dispute between an individual and a public authority, whether the latter had acted as a private person or in its sovereign capacity is therefore not conclusive. Accordingly, in ascertaining whether a case ("contestation") concerns the determination of a civil right, only the character of the right at issue is relevant».

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 1995, ricorso n. 16424/90, *McMichael v. United Kingdom*.

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo 16 maggio 1984, ricorso n. 8950/80, *H. v. Belgium*; 13 febbraio 2003, ricorso n. 49636/99, *Chevrol v. France*.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 2008, ricorso n. 48907/99, *Ahtinen v. Finland*.

⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 giugno 2003, ricorso n. 63056/00, *Mustafa v. France*.

⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 ottobre 1987, ricorso n. 10426/83, *Pudas v. Suède*.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 1982, ricorso n. 7151/75, *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, 27 ottobre 1987, ricorso n. 10930/84, *Bodén v. Sweden*; 28 marzo 2000, ricorso n. 38042/97, *Zanatta v. France*.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 luglio 1989, ricorso n. 10873/84, *Tre Traktorer AB v. Sweden*.

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 febbraio 1993, ricorso n. 13023/87, *Salesi v. Italy*. Va sottolineato come la giurisprudenza *Salesi* rappresenti una evoluzione del concetto di diritti e obbligazioni civili: fino a tale pronuncia la

Sono invece state escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 6 le decisioni concernenti l'espulsione degli stranieri dal territorio nazionale⁴⁹, il diritto di sedere in una assemblea elettiva nazionale⁵⁰ o locale⁵¹, il riconoscimento del diritto di asilo⁵², pur appartenendo tradizionalmente la disciplina di tali materie al dominio del diritto pubblico.

L'indifferenza della CEDU per il *nomen iuris* dei rapporti intersoggettivi assume un rilievo particolare nel nostro ordinamento che conosce un dualismo delle situazioni giuridiche soggettive che il privato vanta nei confronti delle pubbliche autorità. Tale indifferenza infatti comporta che la tradizionale dicotomia interessi legittimi - diritti soggettivi sia semplicemente irrilevante⁵³, dovendosi considerare la relazione fra l'autorità e gli amministrati su un piano paritario⁵⁴.

3.3. La nozione di accusa penale.

Quanto alla nozione di accusa penale, essa è interpretata in senso piuttosto estensivo dai giudici di Strasburgo, fino a farvi rientrare una varia tipologia di procedimenti amministrativi a carattere sanzionatorio.

materia della assistenza sociale era sostanzialmente esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 6, par. 1 CEDU, non provenendo in mancanza di contribuzione da un rapporto *lato sensu* contrattuale, che consentisse l'accostamento ad un rapporto assicurativo di matrice privatistica (in tale senso si vedano ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 1986, ricorso n. 8562/79, *Feldbrugge v. Netherlands*; 29 maggio 1986, ricorso n. 9384/81, *Deumeland v. Germany*). Per la Corte costituiscono elementi decisivi ai fini dell'inquadramento quale diritto civile della posizione dell'interessato la qualificazione interna della sua posizione quale diritto azionabile davanti ad un giudice civile, nonché il fatto che l'essenza di tale diritto è comunque dipendente da un provvedimento amministrativo.

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 Novembre 2006, ricorso n. 60860/00, *Tsfayo v. United Kingdom*.

⁴⁹ La Corte ha negato che i procedimenti amministrativi interni volti alla limitazione della libertà di ingresso nel territorio nazionale siano "coperti" dalla garanzia dell'art. 6, par. 1 CEDU, ritenendo che la adozione di uno specifico Protocollo Addizionale alla Convenzione (il Protocollo VII), che prevede peraltro specifiche garanzie procedurali in caso di espulsione, dimostra che la relazione fra lo Stato e l'espulso non è qualificabile in termini di *civil rights and obligations*. In tal senso si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, ricorso n. 39652/98, *Maaouia v. France*.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 marzo 2006, ricorso n. 58278/00, *Zdanoka v Latvia*.

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 gennaio 2000, ricorso n. 51501/99, *Cherepkov v. Russia*.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maaouia v. France*, cit.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, ricorso n. 33804/96, *Mennitto v. Italy*, paragrafo 27; su tale pronuncia si vedano D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto all'equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1335 ss., e M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, 2001 p. 144 ss.

⁵⁴ Sul punto è doveroso richiamare il sempre attuale insegnamento di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Milano, 1975, p. 813 ss., che ricorda come con l'avvento della Costituzione formale, ma anche di quella materiale, si impone un ripensamento della antica concezione dei rapporti fra amministrati e amministrazione per cui l'esigenza fondamentale era quella di garantire la tendenziale indipendenza dell'amministrazione in virtù della logica della separazione dei poteri. Per Benvenuti «È vero che la Costituzione distingue tra diritti ed interessi [...] ma ciò non toglie che, quanto meno, la Costituzione abbia fatto venir meno quel principio da cui si faceva derivare l'essenza stessa dell'amministrare e cioè il principio della esclusiva attribuzione del potere amministrativo all'amministrazione e della sua insindacabilità da parte del giudice ordinario». La Costituzione, avendo incentrato la questione non più sulla indipendenza della amministrazione sul potere giudiziario, ma sulla tutela del cittadino, contiene una forza eversiva che supera le categorie dogmatiche. Ne deriva che al cittadino spetta una «posizione di sostanziale diritto soggettivo nei confronti della amministrazione e che perciò solo [il cittadino] ha diritto alla tutela giurisdizionale ma ha diritto di averla dove essa sia [...] più efficace e più piena».

A partire dalla celebre pronuncia *Engel v. Holland* del 1976⁵⁵ la Corte ha individuato alcuni criteri discretivi in base ai quali individuare i casi in cui si è in presenza di una “accusa penale”. Occorre in primo luogo che la sanzione abbia una carattere prevalentemente retributivo (cioè punitivo) e preventivo, cioè miri a punire il colpevole in proporzione alla gravità del fatto commesso e a prevenire la commissione di nuovi reati da parte della collettività e del colpevole. In secondo luogo è necessario che la sanzione non sia irrogabile solo nei confronti di una collettività ben individuata (come ad esempio gli appartenenti ad un ordine professionale), altrimenti si tratterebbe di una mera sanzione disciplinare. È altresì necessario che la sanzione sia particolarmente severa, e laddove essa abbia natura patrimoniale, significativa sotto il profilo dell'esborso economico richiesto al destinatario⁵⁶.

Come è stato rimarcato, l'ampiezza dei criteri (applicati talvolta anche in modo alternativo e non necessariamente cumulativo⁵⁷) individuati dalla giurisprudenza europea consente di attrarre nell'orbita della nozione europea di sanzione penale gran parte, se non la totalità, delle sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento⁵⁸. Si pensi ad esempio a quelle previste dalla L. n. 689/1981, nonché quelle contenute nel c.d. codice della strada⁵⁹, quelle irrogate dalle autorità amministrative indipendenti in base alle rispettive normative di settore⁶⁰. Analoghe considerazioni valgono per svariate forme di confisca previste dall'ordinamento

⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel v. Holland*.

⁵⁶ Si veda nello stesso senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, ove la Corte prende posizione sulla natura giuridica di un illecito amministrativo scaturente dalla depenalizzazione di un reato in materia stradale facendo leva sulla natura e sullo scopo della sanzione. Sul caso si veda 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, p. 917 ss.

⁵⁷ Lo ricorda S. MIRATE, *The right to be heard*, cit., p. 550.

⁵⁸ Sul punto, ampiamente, F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea*, cit., p. 1343.

⁵⁹ In proposito è interessante rilevare come la Corte costituzionale abbia ormai accolto una nozione “europea” di confisca del veicolo a partire dalla pronuncia del 27 febbraio 2009, n. 56, in *Foro it.*, 2010, p. 807 ss., e soprattutto con la recente pronuncia del 4 giugno 2010, n. 196, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2320 ss., con nota di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*.

⁶⁰ Si pensi alla recente qualificazione della natura penale di una sanzione in materia *antitrust* irrogata dalla Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *Menarini Diagnostics v. Italy*, in cui si riconosce che una grave sanzione di tipo pecuniario ben può rappresentare, per la sua severità, una vera e propria “pena”, ed avere conseguentemente una funzione non soltanto dissuasiva, ma anche repressiva. Su questa sentenza si vedano S. GOBBATO, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle “Autorità amministrative indipendenti”: un problema solo italiano?*, in *www.diritticomparati.it*; A.E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 Cedu*, in *Rivista AIC*, 2011; M. ABENHAÏM, *Quel droit au juge en matière de cartelles?*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2012, p. 117 ss. Allo stesso modo è stato di recente sostenuto dalla dottrina che anche i procedimenti sanzionatori governati dalla Consob sarebbero suscettibili nell'ambito dell'art. 6, par. 1 CEDU. In tal senso W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 228 ss.; R. VILLATA, F. GOISIS, *Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali e procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in L. DE ANGELIS, N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario: commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2005, p. 543; M. GOLA, *Principi del procedimento amministrativo e provvedimenti delle Authorities finanziarie*, in F. GALGANO, F. ROVERSI MONACO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LII, Padova, 2009, p. 475 ss. Si veda la recentissima sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens et al. v. Italy*, in cui si riconosce che una sanzione amministrativa pecuniaria di importo considerevole irrogata dalla Consob è da ascrivere al *genus* delle sanzioni penali, con conseguente assoggettamento all'art. 6 CEDU. La Corte, peraltro, ritiene applicabile il principio del *ne bis in idem* sicché a fronte dell'irrogazione da parte della autorità indipendente della “pena”, il procedimento penale per il medesimo fatto non può essere avviato e se avviato deve arrestarsi per evitare di giudicare, ed eventualmente sanzionare penalmente la stessa persona per il medesimo fatto storico.

interno, come si è di recente affermato anche nella giurisprudenza costituzionale⁶¹. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto, quali misure autenticamente penali, le sanzioni applicate dalla *Commission bancaire* francese con riferimento alla violazione della disciplina della vigilanza bancaria⁶², le sanzioni emesse dall'amministrazione italiana per eccesso di velocità⁶³, per trasgressione delle regole conformative del permesso di costruire⁶⁴, in materia doganale⁶⁵ e tributaria⁶⁶. Va peraltro rilevato che siffatta nozione "allargata" di sanzione penale coincide in larga misura con quella che vi dà la Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Commissione europea nell'ambito dei procedimenti *antitrust* volti alla salvaguardia della concorrenza nel mercato⁶⁷.

4. Il rapporto fra giusto procedimento e giusto processo - dal due administrative proceeding alla full jurisdiction.

L'art. 6, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, prescrive la garanzia del giusto processo cumulativamente, o quantomeno alternativamente, nella fase procedimentale e nella successiva fase giurisdizionale volta alla contestazione dell'atto applicativo di sanzioni di natura penale ovvero determinativo di diritti ed obbligazioni civili⁶⁸. I due momenti della determinazione del diritto e dell'obbligazione civile, da una parte, e del controllo giurisdizionale della decisione amministrativa, dall'altra, rappresentano i due poli temporali entro i quali deve essere garantito il destinatario del potere pubblico. Così, è possibile che le decisioni amministrative siano assunte senza il previo rispetto del contraddittorio con l'interessato, senza che per ciò solo sia da ritenersi violato il principio del *due process*.

Infatti, nell'ipotesi in cui sin dalla fase decisoria si siano 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 contestato⁶⁹.

⁶¹ Si veda in proposito la celebre sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 febbraio 1995, ricorso n. 17440/90, *Welch v. United Kingdom*, paragrafo 30, in cui si è riconosciuta la natura penale di una confisca sulla base della sua funzione, non soltanto preventiva ma anche punitiva: «However it cannot be excluded that legislation which confers such broad powers of confiscation on the courts also pursues the aim of punishing the offender. Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment».

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, ricorso n. 5242/04, *Dubus v. France*.

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 novembre 1999, ricorso n. 35260/97, *Varuzza v. Italy*.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 febbraio 2004, ricorso n. 54039/00, *Morscher v. Austria*.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 agosto 2008, ricorso n. 7460/03, *Nadtochiy v. Ukraine*; 30 giugno 2011, ricorso n. 25041/07, *Messier v. France*.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 luglio 2001, ricorso n. 44759/98, *Ferrazzini v. Italy*; 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussila v. Finland*.

⁶⁷ Per questa giurisprudenza della Corte di giustizia si veda J. SCHWARZE, *Judicial Review of European Administrative Procedure*, in *Law and Contemporary Problems*, 2004, p. 85 ss. Peraltro la stessa Commissione europea attualmente non contesta affatto la natura intrinsecamente penale delle sanzioni da essa irrogate, quanto piuttosto la loro riconducibilità al "core" delle sanzioni criminali, per il quale la Corte non tollera alcuna pretermissione in punto di *fair proceeding*, piuttosto che alle *minor offence*, rispetto alle quali la Corte europea spesso si dimostra più propensa a tollerare garanzie procedurali meno ampie. Sul punto di veda F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della Pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 689 ss.

⁶⁸ Sentenza *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit.

⁶⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, ricorso n. 19178/91, *Bryan v. United Kingdom*, paragrafo 47: «Such an approach by an appeal tribunal on questions of fact can reasonably be expected in specialised areas of the law such as the one at issue, particularly where the facts have already been established in the course of a quasi judicial

Analogamente, quando 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 essere 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 controversi⁷⁰.

È significativo rilevare che il giudice di Strasburgo non ammette, in linea di principio, che il sindacato sugli atti amministrativi frutto di valutazioni tecniche complesse 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'amministrazione⁷¹. Non sono altresì ammissibili limitazioni legislative che impediscano ai giudici di esercitare tutti i poteri intesi a valutare la correttezza della decisione amministrativa, anche mediante il ricorso a esperti indipendenti⁷².

Si è tuttavia precisato che la fissazione di limiti al sindacato giurisdizionale è legittima laddove vengano in rilievo scelte connotate da discrezionalità politico-amministrativa. In tali ipotesi non è opportuna la sostituzione da parte del giudice dell'amministrazione decidente, ciò potendo ingenerare il rischio di una "rottura" col principio della responsabilità politica dell'amministrazione per le decisioni politico-amministrative, ma è sufficiente un *quasi-judicial review* ad opera di una diversa amministrazione⁷³. In tale ordine di idee le decisioni frutto di discrezionalità politico-amministrativa possono essere contestate nel merito esclusivamente facendo valere la responsabilità politica degli organi di indirizzo posti al vertice delle amministrazioni.

procedures governed by many of the safeguards of article 6(1)». In quel caso il Commissario governativo, deputato ad accertare l'abusività di talune opere urbanistiche, aveva seguito un procedimento di carattere *quasi-judicial* che offriva adeguate garanzie di contraddittorio all'interessato, ciò che rendeva a parere della Corte sovrabbondante un sindacato particolarmente penetrante da parte del giudice. Si vedano anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 ottobre 1986, ricorso n. 9118/80, *Agosi v. United Kingdom*; 5 maggio 1995, ricorso n. 18465/91, *Air Canada v. United Kingdom*.

⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 maggio 2002, ricorso n. 35605/97, *Kingsley v. United Kingdom*.

⁷¹ Corte europea dei diritti 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 una 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, *Druzstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, paragrafo 111: «In a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts». Nella pronuncia *Druzstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic* 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.

⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Druzstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., paragrafo 111.

⁷³ Sul punto si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tsfayo v. United Kingdom*, cit. La Corte afferma in questa occasione esplicitamente che: «When the decision turned upon questions of policy or "expediency", it was not necessary for the appellate court to be able to substitute its own opinion for that of the decision-maker; that would be contrary to the principle of democratic accountability». Sul punto si veda anche Corte europea 21 settembre 1993, ricorso n. 12235/86, *Zumbotel v. Austria*, spec. paragrafo 32, in cui si afferma che il sindacato sulla decisione di espropriare un'area per pubblica utilità non consente al giudice di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico, costituendo la stessa valutazione prerogativa riservata all'amministrazione "on the grounds of policy or expediency". Questo approccio volto a bilanciare l'esigenza del rispetto degli equilibri dei pubblici poteri con l'effettività del diritto ad una corte è stato definito pragmatico da J. GARCÍA ROCA, J.M. VIDAL ZAPATERO, *The Right to an Independent and Impartial Tribunal (art. 6.1 ECHR): A Specific Minimum Standards Guarantee Rather than a Rule of Justice*, in J. GARCÍA ROCA, P. SANTOLAYA (a cura di), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2012, p. 219 ss.

Distinguendo le questioni di mero fatto, pur se complesse e soggette a leggi inesatte, dalle questioni di pura opportunità, la Corte ha precisato che esclusivamente nel secondo caso è giustificato un *restraint* dell'autorità giurisdizionale.

Peraltro occorre sottolineare come l'esistenza di un autentico margine di discrezionalità politico-amministrativa è raramente riconosciuta dalla Corte, specialmente nei casi dubbi, come quelli in cui vengono in rilievo interessi connessi alla sicurezza nazionale. Tale interpretazione restrittiva dimostra che la regola rimane quella del sindacato pieno, la limitazione di tale sindacato costituendo piuttosto l'eccezione⁷⁴.

5. Conclusioni. Necessità di realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso il giusto procedimento ovvero attraverso il giusto processo fondato sul pieno accesso ai fatti, anche complessi, che costituiscono il presupposto delle decisioni amministrative.

Dagli orientamenti della Corte europea, così come dalla pronuncia in commento, si ricava che la riconducibilità di una decisione al dominio del diritto pubblico e amministrativo non comporta di sé la esclusione dall'applicazione del principio del giusto processo. Questo principio, nell'ambito dei procedimenti amministrativi, può dirsi osservata in presenza di procedure *quasi-judicial* che costituiscano presidio anticipato di imparzialità, contraddittorio e partecipazione degli interessati.

Ma anche laddove tali garanzie non siano soddisfacenti nella fase decisoria, il principio non può ancora dirsi violato se, al di fuori del procedimento, e precisamente nel processo, sia consentito l'accesso ad un giudice imparziale e indipendente dotato di piena giurisdizione sui fatti, anche complessi, posti in discussione.

L'approccio che la Corte europea dei diritti dell'uomo impiega con riferimento all'equo processo nelle procedure amministrative si può definire come un approccio integrato per cui il "farsi dell'atto" nel procedimento e il "contestare l'atto" nel processo costituiscono fasi complementari rispetto all'esigenza di restituire un giusto processo o, se si vuole, una giusta amministrazione, laddove questa incida in modo decisivo su diritti ed obbligazioni civili ovvero applichi delle sanzioni che per il loro carattere siano assimilabili a quelle criminali. Si è da taluno rilevata 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*"⁷⁵.

Sembra rievocarsi, seppure in un contesto profondamente diverso e caratterizzato dalla necessità di governare le differenti concezioni del potere amministrativo e di quello giudiziario che si rinvergono negli Stati europei, quella impostazione teorica che intravede nelle radici comuni nelle funzioni pubbliche dell'*administratio* e della *iurisdictio* una legittimazione teorica alla processualizzazione della funzione amministrativa⁷⁶.

Come è stato rilevato da autorevole dottrina, vi è una profonda comunanza fra procedimento e processo, dovuta al fatto dell'essere entrambi "procedure" e quindi "forme della funzione" che consentono al potere pubblico di farsi atto, e pertanto è in tali forme che va rintracciata la garanzia del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere, amministrativo e giurisdizionale⁷⁷.

⁷⁴ Lo rileva M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit., p. 632, la quale cita Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 1998, ricorsi nn. 20390/92, 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. United Kingdom*.

⁷⁵ P. CANE, *Administrative law*, cit., p. 92.

⁷⁶ Su questa "contiguità" concettuale si vedano le riflessioni di L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Analogia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012, p. 167 ss.

⁷⁷ Fondamentali rimangono gli insegnamenti di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1950, p. 1 ss.; nonché di G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, p. 5 ss.

L'elaborazione giurisprudenziale lancia una vera e propria sfida agli Stati parte della Convenzione, i quali sono tenuti, in forza dell'art. 43 CEDU a porre in essere tutto quanto si renda necessario per adeguarsi alla portata delle pronunce della Corte di Strasburgo, 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 di fatti complessi, limitano la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo⁷⁸.

Per quanto le supreme istanze giurisdizionali si professino consapevoli delle acquisizioni della giurisprudenza sovranazionale, stenta a penetrare nel nostro ordinamento un modello di *judicial review* delle decisioni amministrative in grado di rispondere alle esigenze di giustizia sostanziale delle quali la Corte di Strasburgo si fa interprete. Ciò è dimostrato da un recente orientamento delle Sezioni unite della Corte di cassazione che, dilatando l'ambito dell'eccesso di potere giurisdizionale delle pronunce dei giudici speciali previsto dall'art. 111 Cost., ritiene viziata di eccesso di potere la decisione del giudice amministrativo che si pronuncia per la non condivisibilità della decisione amministrativa, ritenendo che il sindacato del giudice debba limitarsi al vaglio (si direbbe, *ab externo*) della mera non pretestuosità della valutazione compiuta dalla pubblica amministrazione⁷⁹. Anche lo stesso Consiglio di Stato, per la verità, è riluttante ad assumere una posizione di rottura rispetto alla tradizionale tesi dell'intangibilità delle scelte di discrezionalità tecnica, dovendosi registrare orientamenti coraggiosi, che ammettono un vero e proprio sindacato diretto⁸⁰, e pronunce ancora orientate a privilegiare una concezione "debole" del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica⁸¹. I supremi giudici sembrano tuttora 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 invero esplicitare la fonte di legittimazione di tale margine⁸².

Tradizionalmente, a favore dell'intangibilità del c.d. merito amministrativo sono state proposte giustificazioni che spaziano dal dogma della separazione dei poteri al principio di sovranità popolare che abilita invero solo soggetti legittimati sia pur indirettamente dal meccanismo della rappresentanza politica ad assumere scelte in ordine al perseguimento dell'interesse pubblico.

⁷⁸ Sul punto si veda l'analisi di B. SCHINDLER, *Art. 6 (1) ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland – A Comparative Perspective*, cit., p. 450 ss., il quale ricostruisce il fecondo dibattito presso le corti inglesi e svizzere sulla garanzia della *full jurisdiction*, e sulla distinzione fra *findings of facts*, *evaluation of facts*, *questions of policy and expediency*.

⁷⁹ Il riferimento è a Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Giur. it.*, 2013, p. 692 ss., con nota adesiva di F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*. L'Autore aderisce alle conclusioni cui perviene la Suprema Corte. La decisione è annotata criticamente anche da B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: le S.U. riscrivono l'articolo 111 della costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1589 ss. e da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602 ss. Aspre critiche al recente orientamento delle Sezioni Unite che estende l'ambito dell'eccesso di potere giurisdizionale fino a censurare le pronunce in cui il giudice amministrativo entra nel merito delle valutazioni complesse effettuate dall'autorità amministrativa sono espresse da M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. it.*, 2012, p. 6 ss., per il quale tale orientamento rievoca l'antica disputa fra Consiglio di Stato e Corte regolatrice che vedeva impegnata la Cassazione ad annullare le pronunce del giudice amministrativo difendendo l'incontestabilità del merito amministrativo in nome delle prerogative dell'amministrazione, fino al celebre concordato fra i Presidenti delle due supreme corti.

⁸⁰ Ad esempio Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; 9 luglio 2012, n. 3974; Sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3901.

⁸¹ Ad esempio Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893; Sez. IV, 20 giugno 2012, n. 3622; Sez. III, 18 giugno 2012, n. 3550.

⁸² Lo rileva M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., p. 1606 ss.

Dal punto di vista processuale si è aggiunto che consentire al giudice di contestare la scelta discrezionale comporterebbe una sostituzione del giudice nel merito dell'amministrazione, ciò che è consentito eccezionalmente solo nelle ipotesi di giurisdizione c.d. estesa al merito⁸³.

Superata una concezione teorica che riconduceva la discrezionalità tecnica al concetto di discrezionalità amministrativa⁸⁴, parte della dottrina ha sostenuto, sul piano sostanziale, che anche per le valutazioni tecniche sia possibile parlare di una "riserva" a favore dell'amministrazione, dovuta alla più accentuata rappresentatività delle valutazioni dell'amministrazione o alla particolare competenza dei soggetti chiamati a effettuare tali valutazioni⁸⁵.

Se queste spiegazioni possono apparire ancora valide per quella che viene usualmente denominata "discrezionalità pura", ovvero "discrezionalità amministrativa", le stesse non sembrano invocabili per (continuare a) precludere al giudice di entrare nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali operate dalle amministrazioni. Queste, lungi dall'essere assimilabili alle scelte politico-amministrative, costituiscono piuttosto l'applicazione di regole tecniche complesse che per quanto opinabili non consentono all'amministrazione di muoversi entro margini di opportunità nella cura dell'interesse pubblico. Riconoscendo con la migliore dottrina che la discrezionalità tecnica semplicemente non ha alcunché di discrezionale⁸⁶, in quanto non comporta alcuna ponderazione di interessi in gioco, occorre superare l'impostazione tradizionale che, pur non equiparando il trattamento della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica, tende a restringere i poteri del giudice anche nel secondo caso⁸⁷. Accettare la possibilità di un sindacato più penetrante non comporta peraltro l'obliterazione delle prerogative

⁸³ Per F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, p. 313 ss. il tema va affrontato indipendentemente dal principio della separazione dei poteri, e precisamente dal punto di vista del tipo di sindacato consentito al giudice, che è quello di legittimità e non di merito. Per l'Autore se la valutazione tecnica rientra nel margine di opinabilità che le è proprio, allora la volontà della norma attributiva del potere non è violata e, pertanto, il provvedimento è legittimo.

⁸⁴ Tesi a suo tempo sostenuta da autorevole dottrina: V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p. 116 ss.

⁸⁵ La posizione è sostenuta da vari Autori. Si vedano, fra gli altri, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 227 ss. che sostiene che «i valori espressi dall'amministrazione sono (in generale qualificabili come) più rappresentativi dei valori complessivamente espressi dalla società perché essi sono filtrati e influenzati dai valori dell'indirizzo politico. E questo può spiegare perché quelle valutazioni possano essere riservate alla esclusiva competenza dell'amministrazione»; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 312 ss., per la quale «la giustificazione dell'attribuzione, in via riservata, della scelta discrezionale alla pubblica amministrazione» si coglie nella «adeguatezza del "soggetto" prescelto (...) ad esprimere la scelta (soggettiva)». A conclusioni simili pervengono di recente F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, p. 135 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 791 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, *ivi*, 2011, p. 133 ss.

⁸⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 161 ss.

⁸⁷ A favore di un pieno sindacato sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica si esprimono N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 486 ss.; L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *ID.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 251 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pub.*, 2004, p. 439 ss.; *ID.*, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 304 ss.; F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, I, p. 227 ss., il quale ritiene che indipendentemente dalla giustificazione sostanziale riconosciuta alla (ritenuta) riserva di valutazione tecnica l'insindacabilità si risolve in una lesione del giusto processo in quanto non consente la pienezza di tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI edizione, Torino, 2013, p. 206 ss.

amministrative nelle fattispecie in cui oltre all'applicazione delle regole tecniche sia affidata all'amministrazione anche la valutazione dell'interesse pubblico e la sua comparazione con l'interesse privato: in tali ipotesi invero dovrebbe predicarsi una piena sindacabilità dell'applicazione delle regole tecniche e la contestuale insindacabilità dell'apprezzamento del pubblico interesse.

Quanto all'obiezione che siffatto sindacato pieno ed effettivo condurrebbe inevitabilmente a una giurisdizione di merito non consentita espressamente dalla legge, occorre concordare con quella dottrina autorevole che ritenendo di scindere la sostituzione nelle valutazioni tecniche dalla sostituzione nell'adozione della decisione, ritiene al giudice inibita solo questa seconda attività, afferendo le valutazioni tecniche piuttosto alla materia controversa la cui soluzione precede e non si accompagna alla decisione⁸⁸.

In definitiva, l'atteggiamento di cautela serbato dalle supreme giurisdizioni di fronte al pieno recepimento delle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza 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.

⁸⁸ Per tale obiezione F.G. COCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, cit., p. 279.