

La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione

di Fabio Merusi*

SOMMARIO: 1. Lo spettro della piena giurisdizione della Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo e la recente attribuzione della giurisdizione in materia di responsabilità civile per danni al giudice amministrativo. – 2. L'assonanza dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di risarcimento di interessi legittimi con una antica sentenza francese. – 3. Perché il giudice amministrativo ha piena giurisdizione nel caso di tutela risarcitoria. – 4. L'estensione della piena giurisdizione dal giudizio per responsabilità per danni al giudizio di legittimità quando il provvedimento amministrativo dipende necessariamente dal fatto. – 5. Principi generali e piena giurisdizione.

1. *Lo spettro della piena giurisdizione della Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo e la recente attribuzione della giurisdizione in materia di responsabilità civile per danni al giudice amministrativo*

Uno spettro si aggira per l'Europa. Per i Paesi europei che hanno sottoscritto la Convenzione per la garanzia dei diritti dell'uomo. Lo spettro della piena giurisdizione per tutti i giudizi, di qualunque tipo, competenti a conoscere delle liti fra il cittadino e la Pubblica Amministrazione¹.

Il Tribunale Europeo per i Diritti dell'Uomo (CEDU), istituito a seguito della Convenzione, ha censurato in occasioni diverse, e sotto vari profili, i sistemi di giustizia amministrativa di singoli Paesi, Italia compresa, per difetto di piena giurisdizione nei confronti della Pubblica Amministrazione. Di qui la domanda, non propriamente retorica, se nel sistema italiano di giustizia nei confronti della Pubblica Amministrazione la tutela risarcitoria del cittadino nei confronti della P.A. sia uno strumento di “piena giurisdizione”. Per rispondere occorre tener conto di come il giudice amministrativo sia arrivato ad essere un giudice del danno arrecato dalla P.A. al cittadino.

Prima dell'istituzione della Quarta Sezione, fra gli anni '70 e gli anni '90 dell'Ottocento, un altro spettro si aggirò per l'Europa con l'intento di spaventare le Pubbliche Amministrazioni: lo spettro della responsabilità civile dello Stato

* Saggio non sottoposto a referaggio.

¹ Un fascicolo, il numero 3 dell'anno 2019, della Rivista di Diritto Processuale Amministrativo è pressoché interamente riempito da saggi in materia di piena giurisdizione nel processo amministrativo, mentre l'Annuario dell'Università di Urbino, dal titolo *P.A. persona e amministrazione*, del 2018, contiene circa venti relazioni ed interventi dedicati al tema della piena giurisdizione nel processo amministrativo sollevato da sentenze della CEDU.

per illecito uso delle sue funzioni sovrane. Per avere un sintetico quadro dell'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che infuriò in quel periodo in tutti i Paesi Europei a diritto amministrativo basta leggere una lezione tenuta da Mortara nell'anno accademico 1886/1887 in un corso di diritto amministrativo recentemente riedita² con una introduzione di contestualizzazione da parte di Giovanni D'Angelo.

Per calare lo spettro in Italia è il caso di segnalare: in dottrina, lo scontro arrivato fino ai limiti dell'insulto personale fra l'allora Avvocato Generale dello Stato Mantellini e Carlo Gabba, il maggior civilista dell'epoca; in giurisprudenza due sentenze, spesso evocate da chi si è occupato dell'argomento, una della Corte di Appello di Napoli e una della Corte di Appello di Venezia. Si tratta di giudici di merito, mentre le Cassazioni all'epoca regionali erano divise. Le Cassazioni di Torino e di Palermo sostenevano la responsabilità civile dello Stato, mentre le Cassazioni di Roma, Firenze e Napoli la escludevano. Le sentenze delle due Corti di Appello sono utili per il nostro discorso perché si riferivano ad ipotesi di responsabilità che oggi definiremmo "per violazione di interessi legittimi": la prima, quella di Napoli (del 1 aprile 1868), si riferiva ad un'azione per danni contro lo Stato per avere il Prefetto di Napoli vietato una rappresentazione teatrale dopo averne dato il regolare permesso; la seconda, quella della Corte d'Appello di Venezia, del 13 ottobre 1876, per avere il Sindaco di Venezia imposto un calmierino sul prezzo del pane violando la procedura prevista per la determinazione dei prezzi calmierati. Il danno nel primo caso derivava dalle spese sostenute per l'organizzazione dello spettacolo subito dopo il permesso prefettizio, cui andava aggiunto il mancato guadagno derivante dalla mancata rappresentazione dello spettacolo poi vietato dallo stesso Prefetto; nel secondo dall'aver venduto, subito dopo la fissazione del calmierino, una documentata quantità di pane ad un prezzo inferiore a quello corrente prima del calmierino³.

Facile osservare che di fronte ad una revoca di una autorizzazione e di fronte ad un provvedimento di fissazione autoritativa di un prezzo ci fossero situazioni giuridiche soggettive che qualche anno dopo, dopo l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, sarebbero state definite non diritti, ma interessi legittimi. Ma, in vigenza della legge devolutiva del contenzioso amministrativo al giudice ordinario del 1865 che affidava, come tuttora affida, al giudice ordinario la tutela dei diritti "civili" del cittadino, le due Corti di Appello sopramenzionate avevano debordato dai loro poteri giurisdizionali? Avevano soddisfatto interessi e non diritti come la legge di unificazione nazionale loro imponeva?

² L. MORTARA, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione* (R. Università di Pisa 1886-1887), Napoli, 2013.

³ L'esempio è ripreso, quasi certamente in maniera inconsapevole, da E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, 1 ss., ipotizzando una violazione in un provvedimento impositivo del prezzo imposto dello zucchero. Un provvedimento calmierativo che in varie forme e con diverse discipline si susseguì nel secondo dopoguerra italiano.

Le Cassazioni contrarie alla responsabilità civile dello Stato non cassavano le sentenze dei giudici di merito perché i ricorrenti non avevano un diritto, ma perché lo Stato avrebbe goduto di una pretesa immunità sulle conseguenze delle sue illecite azioni. Lo Stato era immune da responsabilità civile⁴. Se lo Stato non fosse stato immune i ricorrenti avrebbero avuto un diritto al risarcimento del danno secondo le normali regole della responsabilità civile che non avevano bisogno di essere desunte esegeticamente dalla legge abolitiva del 1865 perché intrinseche alla responsabilità per danni fin dal diritto romano: il fatto illecito è fonte di un'obbligazione nei confronti del danneggiato e il danneggiato ha un diritto al risarcimento del danno, cioè al soddisfacimento dell'obbligazione sorta in capo al danneggiante. Qualcuno in epoca moderna ha prospettato che il danneggiato avrebbe un diritto alla integrità patrimoniale che, se lesa, farebbe sorgere il diritto al risarcimento del danno. Ma si tratta solo di un modo diverso di dire la stessa cosa.

Ma allora che cosa c'entra l'interesse legittimo e la sua pretesa irrisarcibilità? Perché non sarebbe possibile fare oggi un discorso retroattivo applicando l'istituto dell'interesse legittimo e della sua pretesa lesione ai casi del fornaio di Venezia e dell'impresario teatrale di Napoli?

Perché pochi anni dopo, venti anni dopo la sentenza di Napoli e tredici anni dopo la sentenza di Venezia, è successo quel che ha ben raccontato, nell'anno 1999, la sentenza n. 500 della Cassazione a Sezioni Unite alla quale cediamo senz'altro la parola. Il principio della risarcibilità degli interessi legittimi si è formato a seguito del peculiare aspetto «... del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti della p.a., incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che può conoscere le controversie relative ad interessi legittimi può soltanto annullare l'atto pregiudizievole per l'interesse legittimo, senza poter pronunciare condanna al risarcimento del danno conseguente all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa; il giudice ordinario che può pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni senza poter conoscere delle controversie su interessi legittimi)».

⁴ Così sintetizza chiaramente la tesi dominante della pretesa immunità dello Stato A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella Scienza e nelle Istituzioni*, vol. I, Torino, 1912, 947: «I regalisti proclamavano che il sovrano non può far male e reputavano sacrilega la sola affermazione che il principe non abbia bene scelto gli esecutori della propria volontà o vi sia anche soltanto la possibilità che possano far male: conseguenze inevitabili della confusione della sovranità col potere e con l'amministrazione, e della forma dispotica del Governo. Ma anche secondo moderni scrittori si ritiene che lo Stato, ente astratto, costituito a scopo di pubblico interesse, operante nelle sfere di diritto pubblico, con norme certe e speciali, nell'interesse di tutti, per necessità politica e per altri doveri naturali e morali, per mezzo di funzionari nei quali deve necessariamente personificarsi, giammai possa essere soggetto a norme di diritto privato, e tenuto responsabile di colpa».

Aggiunto un giudice al giudice ordinario risultarono differenziati sia i poteri dei due giudici, sia le situazioni giuridiche soggettive dei possibili utenti della giustizia. Chi aveva un diritto soggettivo ai sensi della legge abolitiva del contenzioso del 1865 non poteva essere tutelato dal sopraggiunto giudice amministrativo e chi aveva un interesse legittimo non poteva essere tutelato dal giudice ordinario, ma solo dal giudice amministrativo attraverso il potere di annullamento di un atto amministrativo illegittimo che gli era stato attribuito. E poiché di fronte al potere amministrativo esistevano interessi e non diritti, il titolare di un interesse legittimo poteva rivolgersi solo al giudice amministrativo per chiedergli l'annullamento di un atto amministrativo, e non al giudice ordinario per chiedergli il risarcimento di eventuali danni provocati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio di un potere. Ancora una volta il danneggiato, a seguito di un illegittimo esercizio di una pubblica funzione, non trovava giustizia, ma questa volta perché non trovava un giudice che avesse giurisdizione per soddisfare la sua domanda di risarcimento. La nuova giustificazione dell'irrisarcibilità dei danni provocati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio di funzioni amministrative era, con ogni evidenza, nient'altro che la proiezione soggettiva dell'immunità di cui avrebbe goduto l'esercizio del potere sovrano in materia di responsabilità per danni: se l'interesse legittimo esiste necessariamente in corrispondenza di un potere non si può che altrettanto necessariamente dedurre che l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo altro non è che la proiezione soggettiva dell'immunità dello Stato, cioè dell'immunità del suo potere sovrano. La tesi della irrisarcibilità degli interessi legittimi aveva peraltro, almeno formalmente, un pregio: era formalmente più presentabile di quella dell'immunità del potere sovrano, dell'affermazione di un privilegio che rischiava di venire meno assieme ad altri privilegi rivendicati dallo Stato sovrano.

Non è qui il caso di ripercorrere le tormentate vicende giurisprudenziali e dottrinali che condussero prima a trovare qualche spazio alla risarcibilità per danno della P.A. prima della sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999. Quando la Suprema Corte di Cassazione, spinta dall'“irresistibile” argomento che “così fan tutti” gli altri Paesi dell'Unione Europea, è ritornata, dopo più di un secolo, con una lunga ed elaborata sentenza, alle argomentazioni delle sentenze delle Corti di Appello di Venezia e di Napoli riassunte all'inizio. Di fronte al danno provocato da un comportamento illecito c'è un diritto al risarcimento chiunque sia il danneggiante, Pubblica Amministrazione compresa. L'interesse legittimo è un'altra cosa, un'altra situazione giuridica soggettiva, che non interferisce, né può interferire, con il diritto al risarcimento. «Se sono risarcibili sono diritti», come ha efficacemente detto, rovesciando la questione, un acuto, oltre che autorevole, commentatore della sentenza n. 500⁵.

⁵ Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; ID, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?* (Nota a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500/Com. Fiesole c. Vitali), in *Foro it.*, 1999, III, c. 3222.

Senonché quel che era facile a dirsi nel 1876, quando esisteva soltanto la giurisdizione del giudice ordinario, risultò un po' più problematico nel 1999, attesa la sopraggiunta esistenza, nel 1889, di un giudice amministrativo parallelo a quello ordinario la cui giurisdizione, come abbiamo visto, era invocata per escludere una responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni.

Potevano convivere senza interferenze due giudici con giurisdizioni così diverse, uno con giurisdizione per il risarcimento del danno e l'altro per l'annullamento di atti amministrativi a seguito di un giudizio di impugnazione dell'atto?

2. *L'assonanza dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di risarcimento di interessi legittimi con una antica sentenza francese*

Appena pubblicata la sentenza n. 500 apparvero subito i problemi che avrebbero potuto sorgere a seguito dell'interferenza di una giurisdizione con l'altra qualora non fossero stati esorcizzati *ab initio* o con la teoria dell'immunità del potere sovrano, o con la teoria dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Gli interessi legittimi con i risarcimenti dei danni per illegittimo esercizio di una pubblica funzione non c'entravano nulla, ma c'entravano con la conversione di un atto illegittimo in un atto illecito produttivo di un danno; e chi doveva appurare se un atto era illegittimo? Il giudice amministrativo o il giudice ordinario? Oppure potevano appurarlo tutti e due indifferentemente? Oppure prima l'uno e poi l'altro?

Questione non solo teorica, la cui soluzione era gravida di conseguenze operative: nel primo caso il giudizio di responsabilità sarebbe stato condizionato dalla previa soluzione di un processo di impugnazione; nel secondo caso il giudizio di responsabilità di fronte al giudice ordinario rischiava di vanificare il giudizio amministrativo di annullamento attraverso un accertamento incidentale di illegittimità dell'atto che poteva essere proposto entro un termine di prescrizione. Come dire che la sentenza della Cassazione sulla inesistente violazione di interessi legittimi da parte, nel caso, di illegittimo esercizio di funzioni amministrative aveva innescato due possibili soluzioni: o il giudice ordinario, *naturaliter* competente nel caso di responsabilità per danni, poteva vanificare la giurisdizione del giudice amministrativo, oppure si dovevano ipotizzare due giudizi, prima un giudizio di legittimità dell'atto di fronte al giudice amministrativo e poi un conseguente giudizio di responsabilità di fronte al giudice ordinario, in pratica riducendo l'esperibilità di una possibile azione di responsabilità entro un termine di decadenza. Non è qui il caso di riproporre le argomentazioni spese a favore di una soluzione o dell'altra, né di registrare i tentativi di risolvere il rebus fino a quando è stata trovata una soluzione operativa per risolvere l'interferenza fra le due giurisdizioni esistenti nell'ordinamento italiano fin dal lontano 1889. Quel

che rileva per il nostro discorso è la soluzione trovata dal Codice del processo amministrativo nel 2010: la concentrazione in un unico giudice, il giudice amministrativo, della giurisdizione sulla responsabilità per danni provocati da atti illegittimi di Pubbliche Amministrazioni, sia nelle due possibili azioni in sequenza, sia nell'unica azione per responsabilità riducendone in quest'ultimo caso la esperibilità entro un termine prescrizione ridotto. Ma in diritto, e soprattutto nella disciplina delle istituzioni, è difficile inventare delle soluzioni completamente nuove. Proprio con riferimento ad istituti di diritto amministrativo molti storici, soprattutto francesi, hanno dimostrato che neppure la rivoluzione francese riuscì ad essere completamente originale. Molti istituti apparentemente nuovi ricordavano quelli vecchi dell'*Ancien Régime*.

Discorsi del genere si potrebbero fare anche a proposito del nuovo caso di giurisdizione esclusiva attribuito al giudice amministrativo dal Codice del 2010. A molti la soluzione del Codice ricordò un episodio accaduto molti anni prima, nel 1876, in quello stesso anno in cui la Corte d'Appello di Venezia condannava il Comune veneto a risarcire il fornaio per il danno provocato da un illegittimo calmiere. Né stupiscano questi salti temporali – 1865, 1867, 1889, 2010 – perché risulta dagli studi di storia dell'amministrazione che le vicende degli istituti amministrativi si rincorrono ormai nei secoli ... come le vicende istituzionali nelle storie archeologiche. L'assonanza da molti percepita era riferita all'*arrêt Blanco*, alla vicenda di un altro ordinamento, di un ordinamento in cui nacque il diritto amministrativo poi "esportato" in tutta l'Europa dalla rivoluzione francese. Il ricordo analogico si riferiva all'*arrêt Blanco*⁶. Nel 1867, in Francia, a differenza di quel che era successo in Italia due anni prima, esisteva ancora un giudice del contenzioso amministrativo e ad uno zelante Prefetto, il Prefetto di Bordeaux, venne in mente di sottoporre al Tribunale di Conflitti, l'organo giudiziario preposto a risolvere i conflitti di giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, il quesito se a giudicare della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione fosse competente il giudice amministrativo, il *Conseil d'État*, piuttosto che il giudice ordinario. Il dubbio del Prefetto nasceva dal fatto che la giurisdizione del giudice amministrativo era sempre prevista nei casi di concessione di una obbligazione con un atto o un fatto imputabile ad una Pubblica Amministrazione. Il contenzioso amministrativo francese era addirittura nato, in negativo, dalla sottrazione *ex lege* alla giurisdizione del giudice ordinario del contenzioso su obbligazioni dello Stato. La risposta del Tribunale dei Conflitti fu che sì, nel caso di pretesa responsabilità civile per danni causati da una Pubblica Amministrazione competente era il *Conseil d'État*, il giudice amministrativo.

Ma perché ci siamo attardati a rievocare una sentenza più che centenaria di un giu-

⁶ L'assonanza non era sfuggita ad uno dei primi commentatori della sentenza n. 500. Cfr. in proposito B. DELFINO, *La fine del dogma della irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, *Foro Amm.*, 1999, 2012.

dice francese? Perché dalle conseguenze che si vollero trarre dall'*arrêt Blanco* ce n'è una che ci interessa direttamente a proposito del rapporto fra azione di responsabilità della P.A. per danni e lo spettro evocato dalla Corte di Giustizia per la garanzia del diritto dell'uomo, la piena giurisdizione. Ci sono casi accidentali, apparentemente insignificanti, a cui il destino affida il compito di fare la storia. Così è stato per l'*arrêt Blanco*...

3. Perché il giudice amministrativo ha piena giurisdizione nel caso di tutela risarcitoria

Dall'*arrêt Blanco* si vollero trarre tre conseguenze di portata teorica generale:

1) trent'anni dopo, nel 1903, sviluppando un *obiter dictum* di incerto significato contenuto nell'*arrêt Blanco*, un altro *arrêt*, questa volta del *Conseil d'État*, l'*arrêt Terrier*, enunciò la teoria del *service public* e la pubblicità di tutti gli atti e le operazioni che ne fossero la manifestazione⁷;

2) la giurisdizione del giudice amministrativo francese in materia di responsabilità civili di pubbliche amministrazioni;

3) la "piena giurisdizione" del giudice amministrativo in materia di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.

È quest'ultima "conseguenza" che ci interessa. Se la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo in tema di responsabilità per danni è piena, anche la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo italiano nella stessa materia lo è. Né ha rilievo il quando e il come tale giurisdizione sia stata attribuita al giudice amministrativo, in Francia più di un secolo fa e in Italia pochi anni fa: in Francia per interpretazione giurisprudenziale, e in Italia dal legislatore. Quel che conta è stabilire che cosa sia in entrambi i casi e se sia la stessa cosa che pretende la CEDU basandosi sull'art. 6 del Trattato dei Paesi europei sui diritti dell'uomo⁸.

Il carattere pieno della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di responsabilità civile è intrinseco alla stessa natura di un giudizio di responsabilità: per poter giudicare, il giudice, anche quello amministrativo, deve poter conoscere il fatto dal quale può esser sorta l'obbligazione al risarcimento e per soddisfare la domanda del ricorrente deve condannare il danneggiante, nel nostro caso la Pubblica Amministrazione, a soddisfare l'obbligazione sorta dal fatto illecito. Così fa il giudice civile, così fa anche il giudice amministrativo se a lui è attribuita la giurisdizione. È la natura stessa del giudizio di responsabilità che esige che questo sia pieno. Il giudice, ancorché amministrativo, non può fare altrimenti.

⁷ Che ha portato il diritto amministrativo francese a differenziarsi dai diritti amministrativi degli altri Paesi europei, come risulta anche da un'autoanalisi della stessa dottrina amministrativistica francese risultante dagli atti di un Convegno dedicato allo stato generale della dottrina francese *La doctrine en droit administratif*, Paris, 2010.

⁸ Sulla portata del quale cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

Ma allora che cosa vollero dire gli interpreti dell'*arrêt Blanco* quando affermarono che in quel caso la giurisdizione era piena? Che era piena a differenza di quale giudizio? Del giudizio per *excès de pouvoir*, l'equivalente, con varianti irrilevanti per il nostro discorso, del giudizio di legittimità dell'atto amministrativo introdotto in Italia dal legislatore del 1889, cioè del normale giudizio attribuito al giudice amministrativo. Il giudizio di legittimità appariva diverso perché il giudice amministrativo doveva esercitare il suo potere giurisdizionale senza violare la divisione dei poteri, senza sostituirsi alla Pubblica Amministrazione, al potere esecutivo. Per non violare la divisione dei poteri il giudizio amministrativo deve essere un giudizio di legittimità, non di merito. Di revisione delle decisioni fatte da una Pubblica Amministrazione. E la sua sentenza non può sostituirsi ad un atto amministrativo. Il giudice amministrativo di legittimità non può sostituirsi alla Pubblica Amministrazione.

Stabiliti questi principi teorici differenziali fra il giudizio di responsabilità civile e il giudizio sulla legittimità degli atti della Pubblica Amministrazione, è proprio vero che la piena giurisdizione sia estranea al giudizio di legittimità? O la piena giurisdizione può trovar posto anche nel giudizio di legittimità sia pur con qualche tratto differenziale rispetto al giudizio di responsabilità per danni?

Dalla sicura piena amministrazione nel giudizio sulla responsabilità per danni si possono trarre argomenti per affermare la configurabilità di una piena giurisdizione anche nel giudizio di legittimità? In altre parole, la piena giurisdizione si può applicare anche al processo amministrativo senza intaccare la divisione dei poteri, senza fare del giudice amministrativo un amministratore di secondo grado, come ha di recente prospettato proprio il Presidente pro tempore della CEDU? È immaginabile materializzare lo spettro della piena giurisdizione anche a proposito del giudizio di legittimità sugli atti amministrativi, così come sembra pretendere la CEDU?⁹

4. *L'estensione della piena giurisdizione dal giudizio per responsabilità per danni al giudizio di legittimità quando il provvedimento amministrativo dipende necessariamente dal fatto*

Anche il giudizio di legittimità diventa necessariamente pieno quando la legittimità del provvedimento della P.A. dipende necessariamente dal fatto. In questo caso risulta per comparazione col giudizio di responsabilità per danni che

⁹ Cfr. G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in apertura del Convegno cui si riferiscono le relazioni contenute nell'Annuario dell'Università di Urbino, *P.A. persona e amministrazione*, cit. Va da sé che non si prendono in considerazione le ipotesi giurisdizionali derogatorie per materie particolari. Come la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione di merito esistenti nell'ordinamento italiano sulle quali si rinvia agli ampi e approfonditi lavori di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva*, vol. I, e *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, Padova, 2000.

il giudice, per giudicare sulla legittimità dell'atto, deve poter conoscere a pieno il fatto che costituisce il necessario presupposto, o per meglio dire, il fattore causale, della legittimità dell'atto.

Quando la legittimità dell'atto dipende dal fatto anche il giudizio di legittimità è pieno perché il giudice amministrativo per giudicare della legittimità dell'atto deve poter conoscere a pieno il fatto come nel giudizio per responsabilità per danni. E ciò necessariamente deve succedere nei provvedimenti sanzionatori di una Pubblica Amministrazione per i quali il giudice amministrativo, per poter giudicare della legittimità del provvedimento sanzionatorio, deve poter conoscere a pieno la fenomenologia dell'infrazione che l'Autorità ha inteso sanzionare. Se in questo caso il giudice amministrativo deve necessariamente conoscere il fatto, è un giudice di piena giurisdizione che non può trovare ostacolo alcuno, né limitazione alcuna, nella ricostruzione del fatto che ha indotto l'Amministrazione a sanzionare l'infrazione, né nella valutazione della legittimità del provvedimento sanzionatorio perché questo dipende necessariamente dal fatto accertato.

Come abbiamo visto succedere spesso non si tratta di una tesi originale. Qualcuno lo aveva già detto. Già Laferrière¹⁰ verso la fine del secolo XIX, qualche anno dopo che al giudice amministrativo francese era stata riconosciuta la giurisdizione sulla responsabilità per danni della Pubblica Amministrazione, nel catalogare per tipi la giurisdizione del *Conseil d'État* affermava che nel contenzioso di "repressione", cioè nei giudizi su provvedimenti amministrativi sanzionatori, sia pure con caratteristiche particolari, la piena giurisdizione dipendeva dai tratti analogici con il processo penale dove, come nel processo per responsabilità civile, la necessaria conoscenza del fatto costituiva un tratto, per così dire sostanziale, del processo.

Non è forse un caso che contenziosi amministrativi istituiti su modello francese in Stati italiani della Restaurazione (il Regno di Napoli e il Ducato di Parma) avessero provveduto a codificare il processo amministrativo prevedendo norme desunte dai codici di "processura criminale" le quali disciplinavano i poteri istruttori del giudice amministrativo per addivenire alla conoscenza del fatto nei giudizi sulla legittimità di provvedimenti amministrativi sanzionatori¹¹. Una analogia col processo penale, che non va presa alla lettera, ma solo con riferimento alla identità del tipo processuale, rappresentata dalla necessaria piena conoscenza del fatto da parte del giudice. Con la conseguenza che non appare rilevante l'analogia con la pena, bensì con quella col processo, donde la completa irrilevanza

¹⁰ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II ed., vol. I, Paris-Nancy, 1896, pp. 13 ss.

¹¹ Cfr., ad esempio, il Commentario alle leggi e i Regolamenti «intorno al Consiglio di Stato» di Giovan Battista Niccolosi riportato in appendice del volume di F. MERUSI, G.C. SPATTINI, E. FREGOSO, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia. Giusto processo nel Ducato di Parma (1814-1865)*, Milano, 2013.

della misura più o meno affittiva del provvedimento amministrativo sanzionatorio. Qualunque sia il tipo del provvedimento amministrativo sanzionatorio occorre conoscere il fatto come nel processo penale. Osservazione non fine a sé stessa, ma ritenuta opportuna per contrastare la tendenza che si è manifestata dopo alcune sentenze della CEDU in materia di responsabilità sanzionatoria della Pubblica Amministrazione a cercare di giustificare la ammissibilità di una giurisdizione non piena sulla base di un preteso carattere non completamente affittivo di determinate sanzioni amministrative. Ciò che conta non è, nel caso, l'analogia fra atti, ma l'analogia fra procedimenti processuali. Va infatti tenuto conto che lo spettro della piena giurisdizione si è materializzato in prevalenza in sentenze della CEDU che hanno rilevato carenze di piena giurisdizione nel processo amministrativo di alcuni Paesi europei proprio in relazione al contenzioso sulla legittimità di provvedimenti sanzionatori della Pubblica Amministrazione¹². Il rapporto fatto-legittimità del provvedimento per il determinarsi di una piena giurisdizione necessaria è riferibile pertanto anche a provvedimenti non sanzionatori, nel caso in cui l'emanazione dell'atto discende necessariamente da un presupposto di fatto, come nel caso sempre più frequente delle autorizzazioni vincolate e delle abilitazioni.

5. *Principi generali e piena giurisdizione*

La piena giurisdizione si ferma di fronte al “merito” degli atti discrezionali? Alla barriera dell'*excès de pouvoir*?

Forse anche qui c'è qualche novità, ma sono novità che, se esistenti, non dipendono dalla disciplina del processo, ma dalla disciplina della funzione amministrativa, vera o presunta dai giudici in via di sopravvenienza.

L'esercizio del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione viene sempre più censurato sulla base dell'affermata violazione di principi generali dell'ordinamento che regolerebbero anche l'attività discrezionale della P.A..

La regolamentazione dell'agire della P.A. si sarebbe *in toto* estesa alla discrezionalità amministrativa. Ciò sarebbe accaduto in tutti gli ordinamenti europei a diritto amministrativo.

Il fenomeno è relativamente recente, almeno per l'ordinamento italiano. Il fenomeno è nato a seguito della “circolarità germanica” che da tempo caratterizza il diritto della Comunità prima e dell'Unione europea dopo. Nell'ordinamento tedesco l'*Ermessenmissbrauch*, l'equivalente, anche se non *in toto*, del nostro “eccesso di potere”, viene censurato attraverso l'accertamento della violazione di

¹² Così come risulta dai lavori contenuti nell'Annuario dell'Università di Urbino, *P.A. persona e amministrazione*, cit., cui adde F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

principi generali dell'ordinamento almeno originariamente individuati dalla stessa giurisprudenza. L'*Ermessenmissbrauch*, con la sua connotazione della violazione dei principi generali, è passato dalle corti tedesche alla Corte di Giustizia della Comunità Europea e dalla Corte di Giustizia comunitaria al giudice amministrativo italiano. Non solo, ma il richiamo a principi generali, o almeno a buona parte di essi, per disciplinare il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni è stato ritenuto un buono strumento per uniformare il comportamento delle amministrazioni dei singoli Stati che fanno parte dell'Unione e, conseguentemente, regolamenti e direttive dell'Unione fanno spesso richiamo a principi generali non di rado imitate anche da leggi nazionali. Ne è derivata una nuova "legalità comunitaria" regolante la discrezionalità amministrativa che, almeno per quanto si riferisce all'eccesso di potere previsto per la giustizia amministrativa italiana, ha finito per "sostituire", se non *in toto*, in gran parte, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere italiano.

Ma questa legalità comunitaria dei principi generali regolanti il potere discrezionale è sempre esistente? La risposta è affermativa nella misura in cui i giudici amministrativi la ritengono esistente anche senza più chiedersi da dove abbiano avuto origine tali principi. L'origine può essere stata più antica, e magari più nobile, ma quel che rileva è che il fenomeno della legalità, e perciò della legittimità degli atti amministrativi per "principi" è un fenomeno attualmente esistente anche nell'ordinamento italiano.

Ciò premesso, principi come la proporzionalità delle decisioni rispetto al caso concreto; la precauzione o la ragionevolezza della decisione implicano la conoscenza dei fatti che sono alla base della decisione amministrativa e perciò la piena giurisdizione del giudice amministrativo.

Appurare se le api di qualche isola di qualche lago lombardo siano effettivamente di una specie rara in via di estinzione, tanto da meritare il rispetto del principio di precauzione, o, se nel caso concreto sia sproporzionata rispetto al fine da perseguire una determinata decisione¹³ sono questioni di fatto che il giudice deve poter conoscere prima di dover giudicare su di una eventuale violazione di un principio generale.

Riassumendo potremmo dire che il ricorso di legittimità non esclude la conoscenza del fatto e perciò la piena giurisdizione ogni qualvolta il fatto è il necessario presupposto del provvedimento oppure quando la legittimità del provvedimento è misurata sulla base di principi generali.

¹³ Cfr., ad esempio, le considerazioni conseguenti all'applicazione all'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione del principio di proporzionalità di M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015. Mentre F. FOLLERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. persona e amministrazione*, cit., 133 ss., propone una delimitazione della piena giurisdizione sulla base di un criterio logico di esame della legittimità desunto da casi giurisprudenziali della CEDU.

E per finire è forse il caso di avvertire che la piena giurisdizione è una delle manifestazioni del giusto processo, così come codificato nell'ordinamento italiano dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 2 del Codice del processo amministrativo. Avvertenza resa opportuna dal fatto che molti Autori fanno indifferentemente appello, nel trattare degli effetti delle sentenze CEDU sui processi amministrativi previsti nei singoli Stati che hanno aderito alla Convenzione Europea, al giusto processo o alla piena giurisdizione.

Abstract

La giurisprudenza della Corte EDU sul rispetto dell'art. 6 CEDU investe il tema della piena giurisdizione del Giudice amministrativo sull'azione amministrativa.

Per valutare se costui possa giudicare appieno l'attività della pubblica Amministrazione nel rispetto del principio di separazione dei poteri, bisogna risalire alle origini della tutela risarcitoria, dapprima appannaggio del giudice civile, poi estesa al giudice amministrativo, non senza interferenze tra le due giurisdizioni.

Ne deriva un quadro per il quale, nei giudizi risarcitori, il g.a. ha piena cognizione anche del fatto provocativo del danno lamentato: un'ampiezza di poteri inferibile anche dalla giurisprudenza sulla legittimità dei provvedimenti sanzionatori della p.A. e dalla casistica sugli atti emanati in violazione dei principi generali dell'ordinamento statale e unionale.

Compensatory protection as a tool of full jurisdiction

By Fabio Merusi

The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) on the respect of art. 6 ECHR concerns the issue of the full jurisdiction of the administrative judge on administrative action.

In order to assess whether it can fully judge the activity of the public administration in accordance with the principle of separation of powers, it is necessary to go back to the origins of the protection of damages, first prerogative of the civil judge, then extended to the administrative judge, not without interference between the two jurisdictions.

The result is a framework for which, in compensation judgments, the administrative judge has full knowledge of the fact that provoked the damage complained of: a breadth of powers inferable also from case law on the legitimacy of sanctioning measures of the public administration and from the case history of acts issued in violation of the general principles of state and union law.