

FRANCESCO ROTA

Professore associato di Diritto Amministrativo

Dipartimento DEMM dell'Università degli Studi del Sannio di Benevento

franrota@unisannio.it

FULL JURISDICTION E DIRITTO DI POLIZIA

FULL JURISDICTION AND POLICE LAW

SINTESI

Il presente studio analizza le peculiarità delle finalità del controllo di cd. “full jurisdiction” nel diritto di polizia, ponendo in evidenza i limiti previsti dall’ordinamento europeo al ricorso della *full jurisdiction* e i limiti intrinsecamente connessi allo stesso diritto di polizia. Viene così affrontato il tema del rapporto tra *full jurisdiction*, discrezionalità e politicità della decisione comportanti scelte e quello del rilievo del ricorso al segreto, della limitata partecipazione e del ricorso ai concetti giuridici vaghi o indeterminati nel diritto di polizia (che, nella prospettiva della Cedu, non vengono considerati come idonei a limitare il controllo di *full jurisdiction*, anche in considerazione del fatto che l’attenzione generale alla politicità della scelta da parte della Cedu non sembra implicare un autonomo rilievo della sicurezza nazionale, come elemento che consenta di attenuare il contenuto o l’applicabilità del controllo giurisdizionale di *full jurisdiction*). Allo stesso tempo si evidenzia come il rispetto di alcuni standard procedurali può contribuire a frustrare l’efficacia dell’azione amministrativa in alcuni casi (ad esempio la condivisione di informazioni concernenti modalità di indagine o tecniche di intelligence), quando sono in gioco dinamiche di sicurezza: una giurisdizione piena rispetto ad un potere che è conformativo potrebbe svuotare il contenuto della supremazia di quel potere ed essere incompatibile con la discrezionalità/politicità di alcune decisioni proprie del diritto di polizia. Lo studio, infine, affronta il problema di un’eventuale continuità tra procedimento e processo nel diritto di polizia.

ABSTRACT

The essay focuses on the peculiarities of the purposes of the judicial control in the so-called “full jurisdiction” in the police law, by highlighting the limits of such control as imposed by the European legal system and the ones inherent in the same police law. General concepts as *full jurisdiction*, discretionary power and political choices are examined and compared with some specific notions of the police law such as the secrecy of the police investigations and actions, the limits to the citizens participation in the administrative proceedings and the recourse to vague and indeterminate legal concepts (all notions that, according to the ECHR case law, are not deemed as limiting the *full jurisdiction* control, also

considering that even the needs of the national security are not considered suitable to justify restrictions to the fullness of the judicial control in *full jurisdiction*). It cannot be however undervalued that the compliance with certain procedural standards, arising from the ECHR case law, can in some cases frustrate the effectiveness of police action (*e.g.* by sharing information concerning investigation methods or intelligence techniques in national security matters): the recourse to a *full jurisdiction* control on administrative police powers could make them devoid of any supremacy and turn out to be incompatible with the discretionary / political nature of many decisions in police law. In this perspective, the essay deals with the topic of conditions and limits of the continuity between proceeding and the process in police law.

PAROLE CHIAVE: *Full jurisdiction*, diritto di polizia, discrezionalità, procedimento, processo.
KEYWORDS: Full Jurisdiction, police law, administrative discretion, procedure, process.

INDICE: 1. Premessa – 2. *Full jurisdiction*, diritto amministrativo e diritto di polizia – 3. La politicità della decisione – 4. Concetti giuridici indeterminati nel diritto di polizia – 5. Penetratività del controllo e tutela del cittadino.

1. Premessa.

Il diritto di polizia richiama immediatamente alla mente una delle funzioni più intimamente connesse al potere e alle fondamentali esigenze di sicurezza e impatta, da un lato, sull'autoritatività, l'imperatività, il potere di governo e forse l'essenza della supremazia e, dall'altro, con le garanzie costituzionali alle libertà.

La Costituzione vede nella sicurezza il potenziale presupposto di limitazione delle libertà costituzionalmente garantite ma, poiché la prospettiva costituzionale è incentrata sulla centralità della tutela della persona, grande attenzione è riservata ai temi dell'esercizio del potere, delle garanzie nei confronti dell'esercizio del potere e della sindacabilità degli atti¹.

La prospettiva costituzionale trova peraltro oggi ulteriore sviluppo nella progressiva affermazione a livello sovranazionale di modelli che seguono lo “*Human rights-based approach*”.

¹ S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. Amm.*, 2006, 747, il quale afferma che «la sicurezza pubblica è presa in considerazione, nella Costituzione del 1948, come finalità che consente limitazioni di libertà» seppur specificando poco dopo che «siffatta configurazione, la quale certamente coglie un aspetto assolutamente inconfutabile, connotato alla nozione, abbia carattere esauritivo». Per una ricostruzione del rapporto tra ordine pubblico e sicurezza sia consentito il rinvio a F. ROTA, *Sicurezza, ordine pubblico e polizie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

Qualora si ritenesse possibile l'affermazione di ipotesi o strumenti di controllo sull'esercizio dei poteri di polizia diversi da quelli già in uso bisognerebbe verificarne attentamente gli effetti e le ricadute. La tipologia di diritti coinvolti quando intervengono poteri di polizia richiede sistemi di controllo efficaci sull'esercizio del potere ma, poiché un esercizio non corretto del potere può avere effetti molto gravi impattando sulle libertà e sui diritti fondamentali delle persone, richiede in primo luogo procedure che consentano di limitare abusi ed errori.

Non si deve peraltro trascurare che la menzionata connessione tra poteri di polizia, sicurezza e poteri di governo può spingere in alcuni casi a limitare l'incidenza e l'efficacia dei controlli su alcuni atti.

Quanto affermato incrocia il tema del giusto processo ex art. 6 CEDU² e, per quanto qui rileva, la lettura che ne dà la Corte Europea dei diritti dell'uomo³, parlando di “*full jurisdiction*” e richiedendo che sia garantito un controllo pieno che consenta di «rimediare – ex post – ai deficit del procedimento amministrativo»⁴.

La *full jurisdiction* serve dunque ad assicurare *ex post* garanzie che non sono state rispettate nel procedimento con attenzione anche agli aspetti sostanziali e non solo alla legittimità.

Quanto affermato coinvolge inevitabilmente il rapporto tra procedimento e processo e tra controllo di legittimità e controllo di merito.

Il quadro è reso più complesso dal fatto che la *full jurisdiction*, come emerge anche dalla lettura degli autorevoli contributi pubblicati in questa sede, in quanto prodotto giurisprudenziale che si assesta progressivamente, presenta ancora sfaccettature cangianti e tagli non sempre ben definiti e non è ancora un cristallo perfettamente lavorato. Per questo motivo le osservazioni che seguiranno, partendo dal controllo sulle attività di polizia, muoveranno in parte sul piano di ciò che la *full jurisdiction* implica, ossia un controllo che consenta una verifica piena sull'attività amministrativa, già possibile ad oggi nel nostro sistema a parere di chi scrive, e in parte sul piano di ciò che la *full jurisdiction* potrebbe arrivare ad implicare, ossia l'esigenza di introdurre un controllo formalmente e sostanzialmente di merito.

² Per una disamina del rapporto fra giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6 CEDU cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in www.ius-publicum.com, 2014.

³ Cfr. ad es. Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W.V. United Kingdom*.

⁴ Così, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 546 ss., cui si rinvia anche per una lettura della *full jurisdiction* e del suo contenuto con particolare rilievo dell'impatto sulla giustizia amministrativa.

La presenza nel nostro sistema giuridico di strumenti che possono rispondere adeguatamente a quanto richiesto dall'art. 6 CEDU, come letto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sembra peraltro emergere anche dagli studi degli ultimi anni che si sono occupati, di merito, di discrezionalità, di atti amministrativi e di vizi degli stessi⁵ e anzi autorevole dottrina ha evidenziato il rischio insito nella tendenza del giudice amministrativo di cercare di «*salvare l'Amministrazione da sé stessa*»⁶.

2. Full jurisdiction, diritto amministrativo e diritto di polizia.

Come segnalato da tempo in dottrina⁷, il diritto amministrativo non ha un'autonoma rilevanza nel diritto della CEDU ma, in virtù dell'approccio sostanziale sposato da quest'ultima, l'art. 6 impatta anche sul diritto amministrativo anche se originariamente la Francia aveva cercato di evitarlo, al momento l'applicazione dell'art. 6 è esclusa solo per le questioni tributarie⁸.

La CEDU però non è mai arrivata in materia di sanzioni amministrative a dire di rispettare l'opinione della pubblica amministrazione o a dire che il giudice si deve sostituire all'amministrazione ma richiede ad esempio che la valutazione tecnica complessa debba poter essere sottoposta al vaglio della corte (vicende tecnico complesse mediche caso *Placi v. articolo di costituzionalismo*).

Così, ad esempio, per quanto concerne le “*criminal charges*” di cui all'art. 6 CEDU, mentre rileva che l'ordinamento nazionale qualifichi una sanzione come penale, è irrilevante che la qualifichi come amministrativa se la fattispecie

⁵ Per quanto concerne il merito è indispensabile il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013; per la ricostruzione del dibattito in tema di discrezionalità si rinvia, *ex multis*, a E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008; per i profili concernenti l'atto amministrativo e la sua patologia anche nella prospettiva del sindacato v. A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una definizione teorica della loro identificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018 e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole sul rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁶ Così, A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 461 e spec. 476. Si vedano sul punto anche le riflessioni di L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: L'adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.1, 2016, 218 ss.

⁷ I. TELCHINI, *Irrilevanza del carattere penale o amministrativo attribuibile alle sanzioni pecuniarie, agli effetti della salvaguardia dei diritti dei singoli nelle impugnazioni davanti alla Corte di Giustizia CEE*, in *Dir. Comunitario e degli scambi internazionali*, I, 1984, 451 ss.; C.E. PALIERO, *Materia penale ed illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss.

⁸ Corte eur. dir. uomo, *Ferrazzini vs Italy*, 12 luglio 2001, par. 29.

prevista presenta alcuni caratteri specifici, rientranti negli “*Engel criteria*”⁹. Gli “*Engel criteria*” consentono infatti di individuare fattispecie sostanzialmente penali per assoggettarle all’applicazione dell’art. 6 CEDU.

Allo stesso tempo, rilevano i casi in cui l’esercizio di un potere amministrativo contribuisce a determinare “*civil rights and obligations*”, anche in presenza di un potere discrezionale¹⁰. Con una precisazione: non rientrerebbero nei *civil rights* ma nei *public law rights* quei diritti che rientrano nel cosiddetto “*hard core of public authority prerogatives*”, tra cui i diritti politici e quelli concernenti l’immigrazione¹¹.

3. La politicità della decisione.

È stato peraltro evidenziato in dottrina che, nell’ambito di procedimenti garantistici e al di fuori della materia penale, «*la scelta discrezionale amministrativa, può, talvolta, giustificare un’attenuazione della pienezza di riesame giudiziale nelle controversie relative alla determinazione di diritti civili, in particolare, a partire da una nota pronuncia del 1993, è dato leggere, in alcuni (invero limitati) casi, che “deve aversi riguardo al rispetto da accordarsi alle decisioni assunte dalle autorità amministrative su basi di opportunità” e che, affinché possano essere giustificati limiti alla pienezza di giurisdizione richiesta dall’art. 6 CEDU, «la concreta espressione di discrezionalità amministrativa, almeno stando alle pronunce prevalenti e più argomentate, deve caratterizzarsi per una chiara attinenza al principio democratico, ossia per la “politicità”. Si deve cioè trattare di scelte non solo specialistiche, ma altresì discrezionali pianificatorie-politiche, di policy (si parla di esercizio della “discrezionalità amministrativa in conformità a più ampi obiettivi politici”): quelle cioè più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse*»¹².

Del resto ammettere un controllo sul contenuto “politico” della decisione significherebbe semplicemente sostituire un decisore ad un altro senza nes-

⁹ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engels and Others v. The Netherlands*, cause nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/71; 5370/72.

¹⁰ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale, Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, 110.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, *Ferrazzini vs Italy*, 12 luglio 2001, par. 29. Cfr. sul punto A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale, Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale, cit.*, 113.

¹² Così, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa, cit.*, 546 ss. che riprende, tra l’altro, Corte eur. dir. uomo, Camera, 21 settembre 1993, *Zumtobel v. Austria*, cause caso n. 12235/86, § 32, in cui si legge «*Regard being had to the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency and to the nature of the complaints*», Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 14 novembre 2006, caso n. 60860/00, *Tsfayo v. The United Kingdom*, §§ 40 ss., Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2009, § 73.

suna garanzia che il secondo decisore (il giudice) sia più adatto a decidere del primo (amministrazione)¹³.

Anche per questo e in ossequio al principio democratico¹⁴, quando è in gioco la politicità della scelta, la giurisprudenza sembra non richiedere che la decisione della corte adita debba poter sostituire la decisione dell'amministrazione con la propria, ma solo che la corte adita possa conoscere e rivedere i fatti, all'esito di un procedimento che presenti tutele tali da farlo rientrare negli schemi dell'art. 6 CEDU¹⁵.

L'attenzione generale alla politicità della scelta non sembra implicare però un autonomo rilievo della sicurezza nazionale, che è strettamente connessa con le funzioni di polizia e che non sembra rientrare fra i fattori che consentono di attenuare il contenuto o l'applicabilità della *full jurisdiction*. La giurisprudenza è intervenuta ad esempio sul potere della Corte adita di intervenire sull'apprezzamento di pericolosità in presenza di motivi di sicurezza nazionale, ritenendo inaccettabile che la Corte si limitasse a rinviare all'apprezzamento dell'esecutivo poiché in questo modo si sarebbe preclusa la possibilità di avere un giudizio indipendente sulla questione¹⁶.

4. Concetti giuridici indeterminati e standard procedimentali nel diritto di polizia.

Si comprenderà bene che per il discorso che si conduce rilevano alcune peculiarità ricorrenti nel diritto di polizia. In primo luogo il ricorso al segreto, la

¹³ Sul rischio di una sostituzione piena e generalizzata del giudice all'amministrazione si rinvia nuovamente alle riflessioni di A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, cit., 461 e spec. 476. E di L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: L'adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, cit., 218 ss.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, 14 novembre 2006, cit., § 32.

¹⁵ Cfr. ancora F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 546 ss. che sottolinea l'importanza ai fini dell'attenuazione dell'impatto della *full jurisdiction* di un procedimento che abbia «concretamente realizzato una parte rilevante delle garanzie dell'art. 6 CEDU».

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 luglio 1998, caso n. 62/1997/846/1052-1053, *Tinnelly & Sons*, § 77, che a fronte della mancata ammissione ad una procedura di appalto per pretesi rischi per la sicurezza nazionale discendenti dalle persone dei titolari dell'impresa, nota che: «*The Court would observe that such a complaint can properly be submitted for an independent judicial determination even if national security considerations are present and constitute a highly material aspect of the case. The right guaranteed to an applicant under Article 6, § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive [...]*». La Corte è tornata sul punto in diverse occasioni (ad es. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 30 ottobre 2001, caso n. 29545/95, *Devlin v. The United Kingdom*, § 31 e Corte eur. dir. uomo, sez. II, 19 marzo 2002, caso 24265/94, *Devenney v. United Kingdom*, § 28; Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2004, caso n. 18905/02, *John Carnduff v. United Kingdom*), censurando costantemente gli *ipse dixit* dell'esecutivo.

limitata partecipazione e il ricorso ai concetti giuridici vaghi o indeterminati che non vengono considerati dalla CEDU come qualcosa che possa limitare la *full jurisdiction* ma che possono creare concretamente qualche problema nelle dinamiche del nostro sistema.

In merito all'uso dei concetti giuridici indeterminati¹⁷ nel diritto di polizia e al problema del controllo del giudice¹⁸ sembra che il problema sia spesso più teorico che non reale. Infatti, ad esempio, di fronte al ricorso a concetti giuridici indeterminati quali la necessità e l'urgenza di provvedere o la valutazione di una situazione come di pericolo, come presupposto necessario per l'adozione di un atto, il Giudice Amministrativo, pur affermando che la valutazione di tali presupposti è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione ed è dunque sottratta al sindacato giurisdizionale di legittimità se non per manifesta illogicità o per travisamento dei fatti, attraverso il ricorso a figure sintomatiche dell'eccesso di potere quali il difetto di motivazione o il difetto dei presupposti, opera di fatto un controllo penetrante sull'effettiva sussistenza e corretta valutazione dei presupposti dell'atto o, addirittura un sindacato di merito¹⁹. Del resto è stato segnalato in dottrina come si stia verificando un progressivo ampliamento della soglia di operatività del sindacato di legittimità con una conseguente riduzione dell'area del merito amministrativo²⁰.

Del resto è stato osservato che «*la Corte europea dei diritti dell'uomo considera utile che le nozioni indeterminate siano precisate da una giurisprudenza costante e pubblicata*» e dunque la giurisprudenza nazionale sotto questo profilo sembra essere adeguatamente garantista²¹.

¹⁷ Sui quali cfr. Corte Cost. sentt. n. 204 del 1994 e n. 106 del 2006.

¹⁸ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, relazione all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa", organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Palermo, 14 ottobre 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 63; S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in *www.federalismi.it*, 2017.

¹⁹ Per il primo orientamento v. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 2936 del 2004, n.772 del 2004 e n. 39 del 2004; C.G.A., sez. giurisd., n. 97 del 1995; Consiglio Stato, sez. IV, n. 930 del 1989; per il secondo orientamento v. Consiglio Stato, sez. VI, n.7266 del 2003 e sez. V, n.1904 del 2001. Per una ricostruzione della giurisprudenza in merito v. S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, cit.

²⁰ B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., 91.

²¹ P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767. In merito al rilievo del precedente cfr. in giurisprudenza Cass., VI sez. civile, sent. n. 174 del 2015, secondo cui «*benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", esso tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento*» e, in dottrina, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, ESI, 2018.

Il diritto di polizia e la sua efficacia sono ancora connessi a un sistema di garanzie che si è evoluto nel tempo ma che si presenta in parte ancora come eccezionale o derogatorio²². Esistono alcuni casi nel diritto di polizia in cui si ha difficoltà di rispettare determinati standard procedurali poiché la condivisione delle informazioni genera di per sé un pericolo, rivelando ad esempio le modalità di indagine o le tecniche di intelligence.

Una giurisdizione piena rispetto ad un potere che è conformativo potrebbe svuotare il contenuto della supremazia di quel potere ed essere incompatibile con la discrezionalità/politicità di alcune decisioni proprie del diritto di polizia.

Una vicenda che ha interessato un altro giudice, la Corte di Giustizia, può forse contribuire a trovare un punto di equilibrio ragionevole. La Corte di Giustizia, nel caso *ZZ contro Secretary of State for the home department*²³, relativa alla circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari negli stati membri, in un caso di mancata comunicazione all'interessato degli elementi su cui si fondava l'opposizione al suo ricorso a causa della secretazione di alcuni elementi probatori, ha sostenuto che il giudice competente deve verificare che la secretazione degli elementi di prova sia avvenuta entro lo stretto necessario²⁴.

Questo caso è interessante anche perché, il Governo Italiano, intervenuto nel procedimento, aveva sottolineato, richiamando gli art. 4, paragrafo 2 TUE e 346, paragrafo 1 lett. a) TFUE, in base ai quali della sicurezza dello Stato sono responsabili unicamente gli stati membri e la materia sarebbe al di fuori delle competenze dell'Unione. A questo argomento veniva replicato dall'Unione che la sicurezza dello Stato non può comportare disapplicazione del diritto dell'Unione.

L'approccio del Governo sembra connesso alla preoccupazione dello Stato di non cedere una quota di sovranità che riguarda non tanto e non solo uno stato di eccezione o una supremazia speciale quanto la stessa determina-

²² Per una lettura del rapporto tra natura legale del potere, emergenza, potere discrezionale e decisione si veda L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Persona e Amministrazione*, 2017, n. 1.

²³ C. Giust. UE., Grande Sezione, 4 giugno 2013, caso *ZZ contro Secretary of State for the home department*, in C-300/11. F. GUELLA, *La disclosure nell'effettività della tutela giurisdizionale e le ragioni «riservate» di sicurezza nazionale nell'allontanamento dei cittadini stranieri*, in *Dir. Pubbl. com. ed eur.*, 2013, 1293 ss.

²⁴ A. ALÌ, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 520, riprendendo anche Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 1999, *Sirdar*, in C-273/97, ricorda che «pur disponendo di una certa discrezionalità, le autorità nazionali, quando adottano misure per motivi di pubblica sicurezza, non devono eccedere quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito in ossequio al principio di proporzionalità».

zione dei presupposti per intervenire in modo derogatorio rispetto alle garanzie ordinariamente previste.

Il dubbio è che gli art. 10 e 11 Cost. potrebbero forse anche essere usati per fermare la Corte EDU su questi temi ma che non sia necessario poiché, grazie alla non casuale assenza di un'ottemperanza alle decisioni della Corte EDU, come confermato dal Consiglio di Stato²⁵, che richiama Corte costituzionale²⁶ lo Stato riesce comunque a limitare l'incidenza del diritto sovranazionale.

Il diritto di polizia si conferma *Ius imperii* (come nelle ipotesi di emergenza e di eccezione) alla luce del dato nazionale (art. 24, 103 e 113 Cost.) ma forse anche alla luce dell'incidenza della CEDU. E qui entrano in gioco la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte che aiutano a capire quando può entrare in gioco il diritto di polizia e quando è realmente necessario e dunque consentito che esso preveda ipotesi derogatorie²⁷. Allo stesso tempo si comprende che anche le deroghe alle ordinarie garanzie dovrebbero aver luogo entro margini di stretta necessità.

Bisogna anche ricordare però che, mentre in ambito penale è sempre richiesta una piena attuazione della *full jurisdiction*, in altri ambiti ne viene consentita un'applicazione in forma attenuata e quando si parla di diritto di polizia spesso si transita lungo il confine tra ambito penale e ambito amministrativo²⁸.

5. Penetratività del controllo e tutela del cittadino.

La *full jurisdiction* spinge verso una penetratività del controllo che può avere effetti collaterali: in primo luogo bisogna forse chiedersi se ad una maggiore penetratività del controllo del giudice corrisponde sempre una maggiore tutela. In particolare se, contrariamente a quanto sino ad ora ritenuto dalla dottrina prevalente²⁹, si arrivasse a considerare la tutela richiesta dalla *full jurisdiction* come una piena possibilità di sostituzione del giudice all'amministrazione, si rischierebbe, in una materia in cui la divisione dei poteri e la forma procedi-

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, sen. 11 giugno 2015, n. 2866.

²⁶ Corte Cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

²⁷ Sull'importanza di questo tipo di sindacato in sede europea v. A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 608.

²⁸ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit., 4.

²⁹ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius-publicum.com*, 2014; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit.

mentale sono garanzie rilevanti, di accentuare la continuità tra procedimento e processo e forse di annullarla, con una contrazione delle tutele a cui siamo abituati e senza avere necessariamente un progresso sul piano delle tutele effettive.

La continuità tra procedimento e processo rischia di minare le garanzie della forma e del potere procedimentalizzato e di entrare in contrasto con le dinamiche di oggettivizzazione e di trasparenza. L'idea della continuità tra procedimento e processo, oltre a presentare alcuni problemi già rilevati in dottrina, sul piano teorico ricostruttivo, rischia di ridurre il rilievo del procedimento e di comportare una sostanziale dequotazione dei vizi formali per il necessario collegamento che si viene a creare fra merito, incidenza sul dedotto e deducibile e motivazione successiva³⁰.

Parafrasando il discorso fatto da Romano Tassone sulla motivazione, si potrebbe dire che il procedimento assolve a una triplice funzione³¹ a seconda che si guardi al soggetto inciso dal provvedimento (potenziale ricorrente), alla collettività organizzata (in termini di legittimazione democratica del potere) o al giudice amministrativo e che una perfetta continuità tra procedimento e processo rischierebbe di svuotare parte di queste funzioni (garanzie) e di spostare la tutela a un momento successivo con gravi ricadute sul piano delle garanzie.

Del resto non sembra trascurabile l'elaborazione della nozione di «*forma sostanziale*», che costituisce addirittura motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che in alcuni casi ha negato la possibilità di ricorrere per l'amministrazione a una motivazione postuma del provvedimento³². Del resto l'articolo 6 della CEDU richiede non solo un giusto processo ma anche un giusto procedimento³³.

³⁰ G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana*, in www.federalismi.it, 2018, afferma in relazione al DASPO che «*Quanto all'art. 6 Cedu, siamo di fronte a provvedimenti di polizia aventi natura sanzionatoria, dunque esso sarà sicuramente applicabile, seguendo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo alla nozione di sostanziale "sanzione" e di "accusa penale", comprendente ogni atto che produca effetti sanzionatori, indipendentemente dall'atto che li ha disposti. Andranno quindi rispettati i principi del "giusto processo", fra i quali: l'imparzialità e la terzietà dell'autorità; l'esame equo, pubblico ed entro un termine ragionevole della questione; il contraddittorio; l'informazione in una lingua comprensibile all'imputato, etc. Come è noto, peraltro, la giurisprudenza della Corte Edu si "accontenta" del recupero di eventuali lacune sul punto nel processo, purchè esso assicuri una full jurisdiction*».

³¹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

³² V., ad es., C. Giust. UE, 2 dicembre 2009, C-89/08 P, *Commissione/Irlanda e a.*, punto 34. Più di recente, C. Giust. UE, sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, causa C-652/11 P. *Amplius*, su tale giurisprudenza, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea, cit.*, il quale osserva, inoltre, che nella giurisprudenza comunitaria non è considerata ammissibile la c.d. integrazione postuma della motivazione, essendo l'unica scissione ammessa quella della motivazione *per relationem*. Sulla rilevanza del principio della motivazione nel diritto dell'Unione europea v. anche B. MARCHETTI, *Il principio di motiva-*

Esiste dunque una differenza fra la soddisfazione di un interesse in sede procedimentale e in sede processuale che diventa ancora più marcata in tema di diritto di polizia e rende poco convincenti ricostruzioni che potrebbero consentire all'amministrazione la realizzazione di sanatorie *ex post*³⁴.

Non si ritiene che la *full jurisdiction* voglia o possa giungere a svuotare un'area di scelta. È stato osservato del resto che le garanzie richieste dalla *full jurisdiction* possono intervenire, per la continuità logico giuridica in cui si muove il rapporto tra amministrazione e giudice, anche nel procedimento, consentendo dunque di bypassare una serie di problemi. Il vantaggio di una soluzione di questo tipo sarebbe una migliore tutela dei diritti e di un raggiungimento di dinamiche più elevate di buona amministrazione già nel procedimento. Lo strumento potrebbe anche passare forse per una valorizzazione e riscoperta dei tradizionali rimedi giustiziali che consentono un sindacato di merito sugli atti. Del resto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo qualifica i tribunali di cui all'art. 6 CEDU non in base alla formale definizione di "corte" o all'appartenenza alla «ordinaria organizzazione giudiziale» ma in base ad un criterio sostanziale e dunque alla funzione svolta (giurisdizionale)³⁵.

In questa prospettiva, gli strumenti del procedimento possono contribuire in parte a supplire ai limiti del processo anche se, nel caso del diritto di polizia, il procedimento, nei limiti della ragionevolezza della riduzione delle garanzie sopra menzionati, di per sé stesso riesce ad essere meno garantista. Si pensi ad esempio al segreto o alla partecipazione procedimentale. Meno problemi originano invece dalle difficoltà legate ai problemi connessi con le (eventualmente carenti) competenze tecniche del giudice che possono essere risolte con la creazione di giudici tecnici o con l'uso di consulenti tecnici del giudice³⁶.

zione, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Guffrè, 2012, 521 ss.

³³A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale, Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 113.

³⁴F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della Giustizia amministrativa: concetto funzioni e nodi irrisolti*, cit., 546 ss. che rileva il possibile conflitto con la garanzia di giustiziabilità di tutti i vizi di legittimità *ex art.* 113, comma 2, Cost. e la neutralizzazione dei vizi ottenuta in forza della *full jurisdiction*.

³⁵Corte eur. dir. uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, caso n. 22330/05, *Oluje v. c Croatia*. Sul punto cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 546, che richiama alcune ricostruzioni che «suggeriscono così il superamento di una distinzione organica tra giurisdizione ed amministrazione, a favore di criteri funzionali, che, come tali, consentono un'integrazione virtuosa tra procedimento e processo amministrativo».

³⁶F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit.

Il possibile rafforzamento delle garanzie incontra inevitabilmente un limite e dunque ciò che si può chiedere è esclusivamente la stretta ragionevolezza della riduzione delle garanzie prevista ed applicata.

Certo, le tendenze attuali sembrano guardare invece a un rafforzamento del ruolo del giudice con conseguente indebolimento delle aree di governo tradizionale ma la stessa giurisprudenza europea tende a limitare o escludere l'impatto della *full jurisdiction* sulle scelte e gli istituti più intrinsecamente connessi al diritto di polizia.

Altro tema è quello della corretta attivazione delle garanzie processuali previste e consentite dal nostro ordinamento. In presenza di ragioni di sicurezza infatti il giudice tende a volte ad autolimitare i propri poteri rendendo tendenzialmente inefficaci o illusorie le forme di tutela giurisdizionale presenti nell'ordinamento nazionale. L'ordine pubblico diventa così di fatto occasione di limitazione della sindacabilità del potere discrezionale o occasione di esclusione del sindacato giurisdizionale³⁷ e qui forse può rilevare una supervisione sul corretto esercizio della propria funzione da parte dei giudici nazionali.

³⁷ È quanto sembra essere avvenuto ad esempio nel caso che ha visto coinvolto l'Imam di Carmagnola, espulso dal ministero dell'interno benché le ispezioni e le indagini non avessero rivelato collegamenti con organizzazioni criminali o terroristiche. Il TAR Lazio, con sentenza 15536 del 2004 ha accolto il suo ricorso per assenza nel provvedimento amministrativo di elementi sufficienti a provare l'esistenza di condotte che potevano costituire un pericolo per la sicurezza. Il Consiglio di Stato, interessato del caso, con sentenza n. 88 del 2006, riforma la pronuncia del TAR, sostenendo che il provvedimento è espressione di alta discrezionalità amministrativa ed è sindacabile in modo limitato e solo in con vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà. Per una lettura delle due sentenze cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, 226.