

MOTIVAZIONE E QUALITÀ DEI PROCEDIMENTI DI  
REGOLAZIONE GENERALI\*

MONICA COCCONI

SOMMARIO: 1. L'obbligo di motivare le misure generali e la qualità della regolazione. – 2. Vincoli legislativi, fonti di auto-disciplina sull'obbligo di motivazione e analisi d'impatto. – 3. L'elaborazione giurisprudenziale: la motivazione in relazione all'effettività della consultazione e alla legittimazione della funzione regolatoria. – 4. L'equilibrio fra razionalità comprensiva e funzionalità della regolazione. – 5. Motivazione degli atti regolatori generali e sindacato del giudice amministrativo.

*1. L'obbligo di motivare le misure generali e la qualità della regolazione.*

L'analisi svolta in questo scritto intende dimostrare come l'utilizzo di tecniche dirette a migliorare la qualità della regolazione<sup>1</sup>, come l'introduzione dell'analisi d'impatto, non solo favorisce, sotto diversi profili, l'affermarsi di un obbligo di motivare gli atti regolatori generali ma ne influenza, altresì, la funzione ed il contenuto. A sua volta la motivazione di questi atti contribuisce al risultato perseguito con queste tecniche ovvero migliora la qualità della regolazione; accresce infatti, di fronte ai destinatari, la legittimazione delle scelte regolatorie compiute e ne aumenta, di conseguenza, il grado di osservanza e di efficacia. Utilizzando il lessico

---

\* Il presente scritto costituisce uno sviluppo di un paper dal titolo *La motivazione degli atti regolatori generali e la qualità della regolazione*, pubblicato su [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it).

<sup>1</sup> Le tecniche dirette a migliorare la qualità delle regole sono distinte in strumenti utili a favorire la qualità formale (ad es. compilazione, revisione e riforma) e strumenti per la qualità sostanziale (come l'analisi preventiva degli impatti, la partecipazione al procedimento di formazione delle regole etc.) da M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, p. 17.

introdotto da una recente trattazione del tema: la motivazione è, dunque, una «regola di qualità» al fine di ottenere un miglioramento della «qualità delle regole»<sup>2</sup>.

Sono molteplici i fattori che contribuiscono a questo rapporto e spiegano, pertanto, lo stretto nesso esistente fra l'obbligo di motivare gli atti regolatori generali e il miglioramento di qualità della regolazione<sup>3</sup>.

Anzitutto la giustificazione delle regole attraverso la loro motivazione consente di individuare i criteri di legittimazione dell'intervento regolatorio<sup>4</sup> ossia la sua effettiva necessità ed il ricorso allo strumento regolatorio meno incisivo sui destinatari e sul regolatore ovvero di offrire una risposta fondata su dati empirici agli interrogativi, tipici della scienza economica, sul «se» e sul «come» regolare<sup>5</sup>. L'esposizione di questi criteri, che sono alla base dell'analisi economica della regolazione, supportano da un lato l'obbligo di motivare gli atti regolatori generali ed, al tempo stesso, ne costituiscono essi stessi alcuni contenuti essenziali. Da «regola di qualità» procedurale e formale, pertanto, la motivazione concorre a favorire anche la qualità della regolazione sotto il profilo sostanziale.

Lo svolgimento dell'analisi d'impatto (che comprende, necessariamente, il riscontro di un fallimento del mercato, l'individuazione delle opzioni più adeguate d'intervento e la loro valutazione economica sotto il profilo dei costi-benefici) inoltre, ha uno dei suoi momenti qualificanti nella consultazione dei destinatari degli atti regolatori generali. Il loro coinvolgimento nelle procedure regolatorie può contribuire in modo sostanziale a migliorarne la qualità: arricchisce, ad esempio, il patrimonio informativo in possesso dell'autorità e la mette in grado di individuare le opzioni regolatorie realmente attuabili; costituisce lo strumento attraverso il quale vengono favoriti, nello svolgimento dell'istruttoria, l'accerta-

---

<sup>2</sup> Di recente, sul tema delle tecniche dirette a migliorare la qualità della regolazione si v. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., si v. anche A. MARTINI, M. SISTI, *Valutare il successo delle politiche pubbliche*, Bologna, 2009.

<sup>3</sup> In generale, per un paragone fra Air e motivazione del provvedimento si v. G.B. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *www.osservatorioair.it*, settembre 2010.

<sup>4</sup> Sulla «legittimazione» della regolazione si v. F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?* in *Nuove autonomie*, 2008, p. 335.

<sup>5</sup> Il ricorso obbligato a criteri di legittimazione della regolazione discende in genere, per la scienza economica, dalla teoria per cui l'intervento pubblico debba ricondursi ad un fallimento del mercato o della stessa regolazione si v., a tal proposito, A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 27 ss., anche se la stessa tesi ammette eccezioni legate alla necessità di una regolazione pubblica a tutela di esigenze collettive ritenute prioritarie dai poteri pubblici (A. OGUS, cit., p.54).

Motivazione e qualità dei procedimenti di regolazione generali - *The motivation and quality of general regulation procedures*

L'analisi svolta nello scritto intende dimostrare come l'utilizzo di tecniche dirette a migliorare la qualità della regolazione, come l'introduzione dell'analisi d'impatto, non solo favorisce, sotto diversi profili, l'affermarsi di un obbligo di motivare gli atti regolatori generali ma ne influenza, altresì, la funzione ed il contenuto. A sua volta la motivazione di questi atti contribuisce al risultato perseguito con queste tecniche ovvero migliora la qualità della regolazione; accresce infatti, di fronte ai destinatari, la legittimazione delle scelte regolatorie compiute e ne aumenta, di conseguenza, il grado di osservanza e di efficacia.

Queste tesi sono dimostrate dapprima attraverso un'analisi delle discipline procedurali delle autorità e del modo con cui queste contemplano l'obbligo di motivare gli atti regolatori generali e lo correlano alla procedura di analisi di impatto e alla necessità di esplicitarne gli esiti. Si analizzano, inoltre, i criteri introdotti al fine di selezionare gli atti regolatori generali soggetti ad obbligo di motivazione e ad analisi di impatto per evitare che l'accentuarsi degli obblighi procedurali pregiudichi la funzionalità della regolazione. Si valutano, infine, i riflessi prodotti dal rafforzamento dell'obbligo di motivare gli atti regolatori generali sul sindacato esercitato dal giudice amministrativo su di essi.

The analysis carried out in the work intends to show how the use of techniques aimed at improving the quality of regulation, such as the introduction of impact analysis, not only encourages (in various ways) the establishment of an obligation to motivate general regulatory acts but also influences their function and contents. With these techniques, motivating these acts contributes to the achievement of results and improves the quality of regulation. From the viewpoint of the recipients of the acts, there is a legitimisation of regulatory choices, and the level of compliance and effectiveness increases as a result.

These arguments are first of all demonstrated through an analysis of the authorities' procedural guidelines and the way in which they provide for the obligation to motivate general regulatory acts, correlating this with impact analysis procedures and the requirement to explain results. The criteria introduced for selecting general regulatory acts which are subject to the obligation of motivation and impact analysis to prevent the accumulation of procedural obligations from compromising the effectiveness of regulation, are then analysed. Finally, the effects on the authority exercised by the administrative judge over the acts (as a result of the strengthening of the obligation to motivate general regulatory acts) are examined.

---

\* Il presente scritto costituisce uno sviluppo di un paper dal titolo *La motivazione degli atti regolatori generali e la qualità della regolazione*, pubblicato su [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it).

\* Il presente scritto costituisce uno sviluppo di un paper dal titolo *La motivazione degli atti regolatori generali e la qualità della regolazione*, pubblicato su [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it).

GIUDICE AMMINISTRATIVO, MERCATO ...  
E SUOI FALLIMENTI

FRANCESCA MATTASSOGLIO

SOMMARIO: 1. Premessa: delimitazione del tema di indagine. – 2. Giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie economiche: alle origini della questione. – 3. L'evoluzione legislativa: cenni. – 3.1. L'impatto sul tema delle modifiche introdotte dall'art. 7, della l. 205/2000 – 4. Una parentesi: la rilevanza della tematica del risarcimento del danno nei confronti delle autorità. – 5. Il nuovo codice e la giurisdizione del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori delle autorità. – 5.1. Il nuovo codice e il risarcimento del danno. – 6. Il sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica. – 7. Il rito speciale di cui all'art. 119 c.p.a. – 8. Il giudice competente. – 9. Il giudice amministrativo come giudice del mercato ... ma non dei suoi fallimenti?

*1. Premessa: delimitazione del tema di indagine.*

L'art. 133 lett. l), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti adottati da una serie di autorità che svolgono funzioni di vigilanza e regolazione in settori fondamentali per il mercato italiano, quali, ad esempio, la banca d'Italia (B.I.), la commissione nazionale per le società e la borsa (consob), l'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGC), l'autorità per l'energia elettrica e il gas (AGEE)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L'elenco include anche le altre autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, l'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la commissione vigilanza fondi pensione, la commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, l'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private.

Questa scelta si inserisce nel più ampio disegno del legislatore delegato di riordinare l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo (art. 44, c. 2, lett. b, l. n. 69/2009).

Prima di entrare nel vivo della questione, è necessario porre una precisazione. Nel corso di questo scritto non si utilizzerà, per le predette autorità, la qualifica di "indipendenti", poiché il codice non ha inteso ricreare una perfetta coincidenza tra questa categoria e i soggetti elencati nell'art. 133 lett. l). L'art. 119 c.p.a.<sup>2</sup>, relativo al rito abbreviato, infatti, richiama esplicitamente la nozione di autorità indipendenti, così come il successivo art. 134 c.p.a., sulla giurisdizione di merito. Di conseguenza, sembra legittimo ritenere che quando il legislatore ha voluto riferirsi alla categoria in oggetto, lo ha fatto espressamente. Così non è stato nel caso dell'art. 133, lett. l) ove, diversamente, si è preferito inserire una mera elencazione delle diverse autorità.

Ai nostri fini, lo "sfasamento" indicato rileverà per i risvolti sul rito applicabile, nel caso di giudizi relativi ai provvedimenti della banca d'Italia nonché della commissione di vigilanza sui fondi pensione, sulla cui concreta appartenenza alle autorità indipendenti da sempre si discute<sup>3</sup>.

Nessun problema, invece, si pone con riferimento alla fattispecie disciplinata dall'art. 134 c.p.a., posto che la norma si premura di estendere la giurisdizione di merito su tutte le vertenze aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie, includendo, tra le altre, anche le amministrazioni indipendenti.

Al di là di questo problema definitorio, il presente scritto è volto a verificare i limiti e le modalità del modello di sindacato che il giudice amministrativo può esercitare sulle autorità in oggetto, in modo tale da appurare se esso possa essere, effettivamente, considerato il giudice "del mercato".

La varietà e disomogeneità delle autorità coinvolte, però, nonché la difficoltà delle tematiche implicate, renderà impossibile approfondirne le rispettive peculiarità. Per questo motivo, il filo conduttore del discorso mirerà a ricostruire la disciplina che il codice sul processo amministrativo riserva alle autorità elencate nell'art. 113 – con particolare attenzione

<sup>2</sup> Sul punto v. par. 7.

<sup>3</sup> Al contrario, sembra invece corretto ritenere che l'art. 119 c.p.a. sia applicabile anche ad «autorità indipendenti non comprese nell'art. 133, ove sui loro atti il g.a. abbia giurisdizione di legittimità e, di converso, non riguarda quelle autorità che, pur elencate nell'art. 133 lett. l), non sono autorità indipendenti», DE NICTOLIS R., *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Giudice amministrativo, mercato ... e suoi fallimenti - *The administrative judge, the market ... and its shortcomings*

L'art. 133 lett. l), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti adottati da una serie di autorità che svolgono funzioni di vigilanza e regolazione in settori fondamentali per il mercato italiano, quali, ad esempio, la Banca d'Italia (B.I.) e la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob).

Questo articolo mira a ricostruire la disciplina che il codice sul processo amministrativo riserva a queste autorità, ponendo particolare attenzione ai profili di giurisdizione, rito e competenza trattando, invece, necessariamente per cenni le molte problematiche che con esse si intersecano e che caratterizzano lo studio del settore (natura delle autorità, sindacato sulla discrezionalità tecnica, tutela del risparmiatore, etc.).

Art. 133 letter l), of Leg. Dec. 2 July 2010, no. 104, assigns the administrative judge exclusive jurisdiction over measures adopted by a series of authorities that carry on supervisory and regulatory functions in sectors which are fundamental for the Italian market such as, for example, the Bank of Italy and CONSOB (the Italian Securities and Exchange Commission).

This paper aims to outline the regulations that the code of administrative procedure assigns to these authorities, paying particular attention to aspects relating to jurisdiction, procedure and competence. This has meant, on the other hand, making only passing mention to many other associated questions arising in the study of this sector (the nature of the authorities, supervision over technical discretion, the protection of savers, etc.)

## UNA CALDA ESTATE

Note preliminari sulla crisi dei 'debiti sovrani'

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. La crisi dei 'debiti sovrani' dell'estate 2011. – 2. La stretta interrelazione tra istituzioni, diritto ed economia. – 3. Economia 'reale' ed economia 'di carta'. – 4. Operatori e mercati finanziari. – 5. Condizionamenti reciproci tra economia e finanza nelle due crisi più recenti – 6. Economia e finanza nella crisi dei 'debiti sovrani' – 7. Incidenza della crisi finanziaria sul piano giuridico, politico ed istituzionale. – 8. La crisi del debito in Italia. – 9. L'Unione europea e la moneta unica come il vero obiettivo della speculazione. – 10. Caratteristiche e funzioni degli operatori e dei mercati finanziari. – 11. L'Unione e la moneta unica europea come difesa dalla speculazione. Gli errori di Maastricht. – 12. Rigidità e lacune della disciplina 'fiscale' del trattato di Maastricht. – 13. Le rigidità della disciplina della Banca centrale europea. – 14. La disciplina dei rapporti tra l'Unione europea e gli stati membri e tra questi ultimi. – 15. La clausola *no bail out* e gli *eurobonds*. – 16. La mancata disciplina della uscita di uno stato membro dall'UEM. – 17. Gli errori compiuti nella attuazione della disciplina contenuta nei trattati. – 18. Le forzature al principio democratico e di legalità conseguenti alla crisi in atto. 19. I fattori che in Italia hanno contribuito alla formazione (e conservazione) del debito pubblico a livelli elevati. – 20. Le strategie per affrontare e superare la crisi. – 21. La politica dei piccoli passi, in particolare, il c.d. *six pack*. – 22. I contenuti del *six pack*. – 23. Le criticità del *six pack*. – 24. Il *fiscal compact* nella dichiarazione dei capi di stato e di governo della zona euro del 9 dicembre 2011. – 25. I contenuti del *fiscal compact* per la zona euro e le sue criticità. – 26. Il *fiscal compact* nelle conclusioni del consiglio europeo del 9 dicembre 2011. – 27. I temi in evidenza per la preparazione del nuovo trattato. – 28. In particolare la questione del metodo e dei contenuti del nuovo trattato. – 29. Gli interventi da attuare in ambito nazionale. – 30. Il riassetto della architettura istituzionale dello stato. La forma di governo. – 31. Il riassetto della forma di stato (come stato regionale e come stato sociale). – 32. Per una ripresa della crescita (non solo sul piano economico). 33. Conclusioni.

### 1. *La crisi dei 'debiti sovrani' dell'estate 2011.*

Una estate calda, anzi caldissima (e certo non solo per le temperature record!) si è da poco conclusa. E ancora se ne avvertono gli effetti.

Dopo un periodo di relativa tranquillità della situazione economica a livello globale, che faceva ritenere superata la grave crisi, iniziata nel 2007 e protrattasi sino ai primi mesi del 2009, una serie di dati sempre più negativi hanno determinato un diffuso pessimismo sulle prospettive dell'economia mondiale, facendo ventilare come sempre più probabile il temuto *douple dip* o *deep* (in sostanza, una ricaduta nella crisi), con il rischio di una forte contrazione dell'economia, secondo alcuni paragonabile addirittura, come intensità ed estensione, alla crisi del 1929.

Rispetto a questa, tuttavia, il quadro di riferimento è completamente mutato sul piano dei rapporti economici, giuridici, politici, istituzionali e sociali. Pertanto, la crisi in atto presenta caratteri, modalità ed effetti in gran parte, se non del tutto, nuovi e diversi rispetto al passato. Così come sono in gran parte nuovi e diversi i problemi che essa pone agli studiosi, agli operatori economici, alle istituzioni.

Da tempo ormai si susseguono le analisi e i dibattiti per individuare le origini e le cause di questa situazione, per seguirne gli sviluppi e proporre delle soluzioni adeguate per eliminare, o quanto meno per contenere le conseguenze più negative per gli stati direttamente coinvolti, e prevenire il rischio di 'contagio' agli altri. In effetti, questa crisi tende ad assumere, non solo contorni sempre più complessi, incerti e drammatici, ma anche una crescente e progressiva estensione. Essa, infatti, non coinvolge più solo la c.d eurozona, che pure ne costituisce l'epicentro (e, in particolare, quegli stati membri che hanno i conti più in disordine), ma la stessa Unione europea e le altre aree del pianeta, date le profonde interconnessioni presenti ormai tra le diverse economie. Si profila, dunque, una crisi non solo europea, ma globale, così come globale è la dimensione assunta dall'economia nel corso degli ultimi decenni.

Naturalmente, sono innumerevoli anche gli spunti di studio e di riflessione che, sotto molteplici profili, possono trarsi da questa crisi e dalle vicende che l'hanno caratterizzata, sia in una prospettiva di analisi giuridica (e quindi di diritto dell'economia, nell'accezione ampia seguita da tempo da questa rivista), sia in una prospettiva di analisi economica del diritto, ed in specie del diritto pubblico, date le implicazioni che la crisi in atto ha comportato e comporta sul modo di essere e di operare delle istituzioni pubbliche ai diversi livelli, nonché sui rapporti tra queste istituzioni, gli operatori economici e i diversi aggregati sociali.

Questa rivista non mancherà certo (sin dal prossimo numero) di fornire adeguati approfondimenti sui diversi temi e problemi coinvolti. Ma, a titolo introduttivo, può essere opportuno svolgere sin d'ora alcune considerazioni preliminari per un inquadramento generale della situazione che si è creata ed è tuttora in via di svolgimento, nonché dei problemi connessi che possono essere rilevanti nelle due prospettive sopra evidenziate.

Una calda estate. Note preliminari sulla crisi dei 'debiti sovrani' - *A hot summer. Preliminary notes on the "sovereign debt" crisis*

Lo studio ha per oggetto la crisi finanziaria che, dopo diversi altri stati europei, ha colpito l'Italia a partire dall'estate 2011, estendendosi poi all'intera UE, ed è tuttora in corso.

Anche in confronto con la precedente crisi dei c.d. mutui supprime del 2007-2009, sono considerate le caratteristiche della crisi 'dei debiti sovrani', le sue origini, le cause che l'hanno provocata e le sue implicazioni, anche sul piano giuridico e istituzionale, sia per l'ordinamento dell'UE che per gli stati membri.

In particolare, sono considerati gli errori compiuti nella costruzione dell'UE e dell'UEM, a partire dal trattato di Maastricht, e nella gestione della crisi, da parte delle istituzioni europee, ma anche da parte di molti stati membri (tra cui il nostro) nella gestione del proprio debito pubblico nel corso degli anni passati.

Infine, sono considerate le strategie possibili per affrontare e superare la crisi e sono esaminate i principali provvedimenti e atti adottati a livello europeo (in particolare, il c.d. six pack, entrato in vigore il 13 dicembre 2011 e il c.d. fiscal compact adottato a conclusione del vertice europeo del 9 dicembre 2011), i relativi contenuti e punti critici; nonché gli interventi che dovrebbero essere messi in campo a livello nazionale (in particolare, per il riassetto della forma di governo e della forma di stato, ma anche sul piano culturale e sociale) per remediare agli errori del passato.

The paper refers to the financial crisis which, after a number of other European countries, hit Italy from the summer of 2011, subsequently spreading to the entire EU, and is still in progress. It analyses the characteristics of the "sovereign debt" crisis (making comparisons with the previous so-called "sub-prime" crisis of 2007-2009): its origins, the causes behind it and its implications, also in juridical and institutional terms, with respect both to the EU system as a whole and to that of its single members.

Specifically, it considers the errors made in the construction of the EU and of the EMU, starting from the Maastricht Treaty, and the management of the crisis by European institutions, but also by many individual countries (including Italy) in the management of their own public debt in past years.

Finally, possible strategies for tackling and overcoming the crisis are considered, and the most important measures and actions adopted at European level are examined (in particular, the so-called "six-pack", which came into force on 9<sup>th</sup> December 2011) in terms of relative contents and critical areas. In addition, the paper sets out the actions that ought to be taken at national level (specifically for the reorganisation of the system of government and of the state, also in cultural and social terms) in order to rectify the errors of the past.

APPUNTI IN TEMA DI VALUTAZIONE

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. Oggetto e finalità dello studio. – 2. Valutazione e decisione. – 3. La cultura della valutazione in Italia. 4. Modelli e sistemi di valutazione. – 5. Oggetto e finalità della valutazione, in particolare delle agenzie di *rating*. – 6. Il soggetto attivo della valutazione. – 7. Il processo valutativo: la fase preparatoria. – 8. La partecipazione al procedimento valutativo. – 9. Elaborazione ed ‘emissione’ della valutazione. – 10. La trasparenza nella attività valutativa, in particolare, delle agenzie di *rating*. – 11. La metavalutazione. – 12. Eterovalutazione della valutazione. – Le responsabilità connesse all’esercizio dell’attività valutativa. In particolare, la responsabilità amministrativa e penale. – 14. La responsabilità civile nell’esercizio dell’attività valutativa. – 15. La responsabilità civile per le attività di *rating*. – 16. Le altre forme di tutela dei destinatari e fruitori delle attività di valutazione.

1. *Oggetto e finalità dello studio.*

Questi appunti traggono origine dalle riflessioni relative ad altri due lavori presenti in questo fascicolo, dedicati rispettivamente alle attività (tipiche e principali) delle agenzie di *rating* ed alla valutazione della scientificità delle riviste giuridiche di diritto positivo. Al contempo, essi hanno una finalità di primo inquadramento e di introduzione ai temi ivi considerati.

Un punto in comune a questi lavori, invero, attiene al fatto che entrambi si riferiscono ad una attività di valutazione, che in un caso ha ad oggetto la scientificità delle riviste giuridiche e, nell’altro, il merito di credito di un debitore, considerato in sé o con riferimento ad una sua particolare obbligazione finanziaria. Infatti, l’attività delle agenzie di *rating* si concreta in un “parere”<sup>1</sup>, ovvero “in una “opinione sul merito di credito complessivo del debitore (*issuer rating*) oppure sul merito di credito del debitore con riferimento a una particolare obbli-

<sup>1</sup> Secondo la definizione del regolamento (CE) 1060 del 16 settembre 2009 (in G.U.C.E 17.11.2009), art. 3.1, lett.a): d’ora innanzi a tale regolamento si farà riferimento anche come regolamento CE, o regolamento *tout court*.

gazione finanziaria (*issue rating*), *valutato* sulla base di una serie di fattori di rischio rilevanti”<sup>2</sup>.

Sul tema della valutazione esiste una bibliografia imponente riferita ai più diversi ambiti e settori. Da una rapida indagine sui cataloghi disponibili, in effetti, i soli titoli in italiano che attengono espressamente alla valutazione o, più in generale, all’attività del valutare, sono oltre 300, ma verosimilmente le pubblicazioni che riguardano questo argomento sono molto più numerose, dato che la valutazione (così come la verifica o l’accertamento dei dati o elementi di fatto rilevanti) è una attività intellettuale che si inserisce come un momento fondamentale, se non anche imprescindibile, di ogni attività umana<sup>3</sup>.

Manca tuttavia, a quanto risulta, una trattazione generale dedicata a questo argomento e alle sue molteplici sfaccettature e implicazioni. Manca soprattutto una trattazione generale di questo argomento in una prospettiva giuridica e di diritto dell’economia o di analisi economica del diritto. In effetti, proprio perché si tratta di una attività che inerisce ad ogni attività umana, è necessario anzitutto distinguere la valutazione rilevante per il diritto (in quanto assoggettata ad una espressa regolamentazione, ovvero oggetto o elemento costitutivo di un dato istituto o rapporto giuridico) da quella che, viceversa, rimane confinata all’interno del processo intellettuale di una persona.

Nel campo del diritto, ed in particolare del diritto positivo, sono molteplici gli ambiti o gli istituti in cui vengono in rilievo attività di valutazione. Nel diritto privato, ad es., il tema è stato considerato con riferimento alle obbligazioni e responsabilità connesse alle attività o prestazioni di valutazione (ad es., di consulenza finanziaria) svolte da professionisti od operatori qualificati nell’ambito di rapporti tra soggetti privati, ovvero per la verifica degli elementi costitutivi dell’illecito o della capacità delle persone<sup>4</sup> o del valore di una azienda<sup>5</sup>. Pure nel campo del diritto pubblico ed amministrativo sono diversi gli istituti che attengono specificamente ad attività valutative come, ad es., la valutazione dell’im-

<sup>2</sup> È questa la definizione di S&P riportata da G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating*, Bologna, Mulino, 2009, p. 85. Ivi anche la definizione, sostanzialmente simile, di Moody’s.

<sup>3</sup> Sul tema della valutazione v. tra le opere più recenti, N. STAME (a cura di), *Valutazione 2001: lo sviluppo della valutazione in Italia*, Angeli, Milano, 2001; C. BEZZI, *La valutazione ex post dei piani e degli interventi di carattere sociale*, in *www.chersi.it*, 2002; G. DOMENICI, *Ragioni e strumenti della valutazione*, Napoli, Tecnodid, 2009; N. STAME (a cura di), *Classici della valutazione*, Angeli, Milano, 2007; C. BEZZI, *Il nuovo disegno della ricerca valutativa*, Angeli, Milano, 2010; C. BEZZI, L. CANNAVO’, M. PALUMBO, *Costruire e usare indicatori nella ricerca sociale e nella valutazione*, Angeli, Milano, 2010; C. TORRIGIANI, *Valutare per apprendere: capitale sociale e teoria del programma*, Angeli, Milano, 2010; F. TESSARO, *Metodi e tecniche della valutazione*, in *www.cird.unive.it*, 2011.

<sup>4</sup> V. ad es., A. BIANCHI, P.G. MACRI’, *La valutazione delle capacità di agire*, Cedam, Padova, 2011.

<sup>5</sup> V. ad es., S. POZZOLI (a cura di), *Tecniche operative di misurazione del valore*, IPSOA, Milano, 2011

Appunti in tema di valutazione - *Observations on the theme of assessment*

La valutazione è una attività che viene presa in considerazione dal diritto, ed in particolare dal diritto amministrativo e pubblico, nell'ambito di una molteplicità di istituti e rapporti giuridici diversi. Non risulta, tuttavia, che essa sia stata oggetto di studio in quanto tale.

Il lavoro si propone di avviare una prima indagine volta a colmare questa lacuna, al fine di definire la nozione da un punto di vista concettuale e giuridico, anche in rapporto a nozioni affini, individuare le diverse ipotesi in cui viene in considerazione e, quindi, le diverse tipologie di valutazione, in relazione all'oggetto, ai criteri, alle modalità e procedure della valutazione, alle finalità perseguite, ai soggetti legittimati a porla in essere e ai destinatari della valutazione, e quindi gli atti in cui essa si concreta, i relativi effetti, i controlli e la tutela nei suoi confronti, la 'valutazione della valutazione' e le responsabilità dei valutatori.

Il lavoro ha un carattere introduttivo rispetto ai due saggi pure presenti in questo fascicolo destinati rispettivamente al (la valutazione del)le agenzie di *rating* (che pure riprende e sviluppa alcuni temi dello studio sulla 'crisi dei debiti sovrani', pure presente in questo fascicolo) e alla valutazione della qualità scientifica delle riviste giuridiche (come momento del processo di valutazione della qualità scientifica delle università e dei docenti e ricercatori universitari).

Assessment is an area often taken into consideration by the law, and in particular by administrative and public law, with respect to a large number of different legal institutions and relations. It does not, however, appear to have been the subject of specific study.

The paper seeks to prompt an initial examination in order to fill this gap, with aim of defining the notion from a conceptual and legal point of view, also in relation to similar notions, and to identify different contexts in which it is taken into consideration, and therefore the different types of assessment, making reference to subject matters, criteria, methods and procedures for assessment, final objectives, the persons and bodies authorised to carry out the assessment and the target persons or bodies of the assessment; finally, the aim is also to identify the acts in which the assessment is expressed, the effects and controls and means of protection in relation to the assessment, in order to carry out an "assessment of assessment" and to identify the responsibilities of the assessors.

The work serves as an introduction to two papers presented in this instalment, respectively regarding the assessment of rating agencies (which takes up and develops a number of themes of the paper on the "sovereign debt crisis" also in this instalment) and on the assessment of the scientific quality of legal journals (as part of the process of assessing the scientific quality of universities and of university lecturers and researchers).

## LE AGENZIE DI *RATING*\*

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. Oggetto e finalità dello studio. – 2. La funzione di *rating* del credito e la sua evoluzione e regolamentazione negli USA. – 3. La regolamentazione europea delle agenzie di *rating*. – 4. Le proposte della Commissione europea di una nuova regolamentazione. – 5. Le proposte, emerse nel dibattito sul tema, non inserite nel testo della Commissione. – 6. La responsabilità delle agenzie di *rating* per i danni subiti dagli investitori. – 7. Le incoerenze della proposta della Commissione. – 8. Le criticità delle agenzie di *rating*. – 9. Agenzie di *rating* e metavalutazione.

### 1. Oggetto e finalità dello studio.

Tra i protagonisti delle più recenti crisi finanziarie sono certamente le agenzie di *rating*, in particolare le tre agenzie ‘globali’, di più antica e consolidata tradizione<sup>1</sup>.

---

\* La espressione corretta (e completa) dovrebbe essere quella, che viene regolarmente utilizzata nella normazione comunitaria e nazionale, di “agenzie di *rating* del credito”. Per ragioni di semplicità espositiva, tuttavia, si farà riferimento indifferentemente anche a quella semplificata (che pure viene usata correntemente anche in dottrina) di agenzie di *rating*, senza altra specificazione.

<sup>1</sup> Si tratta di Moody’s Investor Service (comunemente nota come Moody’s), fondata nel 1909, Standard & Poor’s (fondata nel 1916) e Fitch (attivata nel 1924, come insieme di diverse piccole agenzie specializzate). Per ampi riferimenti sulle loro caratteristiche e finalità originarie e sui mutamenti intervenuti in seguito v., tra gli altri (anche per ulteriori riferimenti), M. BACCIARDI, *Lo strano caso delle società di rating*, in [www.brunoleoni.it](http://www.brunoleoni.it), 2009, p. 1; G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating. Tra crisi e rilancio della finanza globale*, Mulino, Bologna, 2009, pp. 21 ss. 27 ss. (con schede dettagliate sul profilo storico delle tre agenzie); L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private “geneticamente modificate”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 179 ss., 183 seg.; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. Impr.*, 2011, pp. 764 ss., 773. Si parla in questo caso di agenzie globali per il fatto che esse operano su scala mondiale. Insieme controllano oltre il 95% del mercato. Di recente, si è avuta notizia, dall’amministratore delegato dell’agenzia cinese Da-

Le loro valutazioni del rischio di credito dei soggetti (imprese, ma anche istituzioni pubbliche e stati sovrani), che emettono obbligazioni ed altri titoli finanziari, hanno avuto un notevole impatto sull'origine e sull'evolversi di queste crisi, contribuendo in maniera rilevante ad orientare l'azione dei mercati, con effetti talora devastanti, non solo per i soggetti interessati, ma per la stessa stabilità finanziaria a livello planetario<sup>2</sup>.

Lo studio si propone di verificare l'origine, la ragion d'essere e le diverse tipologie di queste agenzie, la loro natura giuridica, i rapporti con i soggetti del mercato (imprese, istituzioni, investitori), con l'obiettivo di fare il punto sui dibattiti in corso e sulle iniziative legislative già adottate o in corso di progettazione, in particolare da parte dell'Unione europea, per una corretta ed efficace regolamentazione della loro attività.

Il tema in oggetto ha già avuto una prima introduzione (in questo stesso fascicolo) nello studio dedicato alla crisi, tuttora in corso, c.d. 'dei debiti sovrani' e un ulteriore approfondimento (per quanto riguarda, in particolare, le finalità, i criteri, le procedure, e le connesse responsabilità, relative all'attività di *rating* posta in essere da queste agenzie) nello studio dedicato in generale alla attività di valutazione. Questo tema, inoltre, sarà ripreso e ulteriormente approfondito in un prossimo fascicolo.

Di conseguenza, la trattazione in questa sede sarà incentrata soprattutto sui limiti e sulle manchevolezze della normativa vigente a livello europeo<sup>3</sup>, quali sono state evidenziate dalla esperienza concreta, al fine di esaminare in senso critico le proposte di riforma avanzate da varie parti, anche in via istituzionale, e valutare la idoneità delle stesse a regolamentare l'attività e le agenzie di *rating* in maniera compiuta e soddisfacente nell'interesse della stabilità e del corretto funzionamento dei mercati.

---

gong Global Credit Ratings, del progetto per la costituzione di un *network* sovranazionale aperto ad almeno otto agenzie in rappresentanza di Europa, Stati Uniti, e BRICS (Brasile, Russia, Cina e Sud Africa), per contrastare l'egemonia delle 'tre sorelle' USA (*Sole-24h*, del 7 settembre 2011). Le agenzie 'globali' si differenziano dalle agenzie di *rating* nazionali e regionali, che sono attive, invece, soprattutto nel mercato americano e asiatico (per un'analisi compiuta e abbastanza aggiornata di questa complessa realtà v. G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *op.cit.*, pp. 31 ss.). Di recente, si sono attivate nuove agenzie di *rating* anche in Europa (la multinazionale bolognese Crif è la prima agenzia di *rating* del credito registrata in Italia: *Sole-24h* del 27 dicembre 2011). Attualmente sono 153 le agenzie di *rating* (o CRA, cioè *credit rating agencies*) che operano in tutto il mondo.

<sup>2</sup> Sul tema del rapporto tra *rating* e crisi finanziarie v. ampiamente G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *op.cit.*, pp. 133 ss.

<sup>3</sup> V. il regolamento (CE) n. 1060/2009, nonché il regolamento (UE) n. 513/2011, entrambi ampiamente considerati nel corso dello studio dedicato alla valutazione in questo stesso fascicolo.

Le agenzie di *rating* - *The rating agencies*

Tra i protagonisti delle più recenti crisi finanziarie sono certamente le agenzie di *rating*, in particolare le tre agenzie 'globali', di più antica e consolidata tradizione. Le loro valutazioni del rischio di credito dei soggetti emittenti obbligazioni ed altri titoli di credito (imprese, ma anche istituzioni pubbliche e stati sovrani) hanno avuto un notevole impatto sull'origine e sull'evolversi di queste crisi, contribuendo in maniera rilevante ad orientare l'azione dei 'mercati', con effetti talora devastanti, non solo per i soggetti interessati, ma per la stessa stabilità finanziaria a livello planetario. Ciò che ha provocato un ampio dibattito tra gli studiosi e diversi interventi delle pubbliche autorità volte a regolamentare queste agenzie e la loro attività.

Lo studio si propone di verificare l'origine, la ragion d'essere e le diverse tipologie di queste agenzie, la loro natura giuridica, i rapporti con i soggetti del mercato (imprese, istituzioni, investitori), con l'obiettivo di fare il punto sui dibattiti in corso e sulle iniziative legislative già adottate o in corso di progettazione, in particolare da parte dell'Unione europea e nell'ordinamento italiano, per una corretta ed efficace regolamentazione della loro attività.

The rating agencies are certainly a protagonist of the recent financial crises, especially the three "global" agencies with a long and consolidated tradition. Their credit risk assessment of the issuers of bonds and other debt securities (not only companies, but also public institutions and sovereign states) has had a considerable impact on the origins and development of these crises, heavily influencing the behaviour of the "markets" with sometimes devastating effects, not only for the concerned parties, but also for financial stability at a global level. This has led to wide debate among academics and to various measures on the part of public authorities aimed at regulating these agencies and their activities.

The paper analyses the origins, the *raison d'être* and the different types of these agencies, their legal nature and their relationship with market operators (companies, institutions and investors), with the aim of taking stock of the situation regarding the debate in progress and the legislative measures already adopted or being planned, especially on the part of the European Union and the Italian legal system, for a correct and effective regulation of the rating agencies' activities.

## LA VALUTAZIONE DELLE RIVISTE GIURIDICHE

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. I nuovi criteri di valutazione della qualità delle riviste giuridiche. – 2. La valutazione della ricerca nella “riforma Gelmini”. – 3. La valutazione della qualità della ricerca nel campo delle scienze giuridiche. – 4. La valutazione dei ‘pari’. – 5. Caratteri ed effetti della valutazione della qualità della ricerca. – 6. Valutazione della ricerca e valutazione delle riviste scientifiche. – 7. Gli indicatori della qualità scientifica di un prodotto di ricerca. – 8. Qualità della rivista e qualità dei contributi pubblicati. – 9. Sui criteri per la valutazione delle riviste. – 10. Sulla *peer review* e sulle sue modalità. – 11. Contraddittorio, trasparenza e meta valutazione.

### *1. I nuovi criteri di valutazione della qualità delle riviste giuridiche.*

Come si è anticipato nella nota di commiato all’inizio di questo fascicolo, è stato di recente pubblicato un documento congiunto delle associazioni rappresentative dei diversi settori scientifico-disciplinari (SSD) di diritto positivo, in cui si indicano una serie di criteri, tra l’altro, per la valutazione della qualità scientifica delle riviste giuridiche e per la loro conseguente classificazione in quattro classi di merito a partire dall’anno 2012<sup>1</sup>. Appunto a partire dal primo numero del nuo-

---

<sup>1</sup> Il documento (intitolato: “ valutazione della produzione scientifica: criteri e soluzioni unitarie per l’area giuridica”) è stato elaborato dai delegati delle associazioni scientifiche rappresentative dei settori disciplinari: IUS 01 (diritto privato), IUS 04 (diritto commerciale); IUS 07 (diritto del lavoro); IUS 08 (diritto costituzionale); IUS 09 (istituzioni di diritto pubblico); IUS 10 (diritto amministrativo); IUS 15 (diritto processuale civile); IUS 16 (diritto processuale penale); IUS 21 (diritto pubblico comparato). Oltre che della valutazione e classificazione delle riviste, questo documento si occupa anche dei lavori non pubblicati su riviste, ma in altri contenitori (studi in onore, atti di convegni ecc.), oppure pubblicati in maniera autonoma, come saggi o monografie di varia dimensione e finalità. L’allegato I considera in maniera analitica, appunto, i diversi generi letterari suddivisi (per ‘tipi ideali’, come si precisa a p. 19) in quattro categorie: monografie (a loro volta divise in scientifiche e divulgative), articoli, note a sentenza, recensioni. Per ciascuna di queste categorie sono date le definizioni, le qualità che i prodotti con le caratteristiche indicate devo-

vo anno, la nostra rivista intende conformarsi *in toto* alle indicazioni e sollecitazioni di questo documento, in coerenza con la vocazione di palestra e strumento di diffusione di analisi, saggi e studi scientifici di studiosi e ricercatori, giovani e meno giovani, che la caratterizza da sempre<sup>2</sup>.

Per la verità, diverse modifiche sono state introdotte già da quest'anno, proprio per iniziare ad adeguare la rivista alle indicazioni emerse dal documento sopra richiamato e da altri che lo avevano preceduto, ma a partire dal prossimo fascicolo (il primo del 2012) si preannuncia una vera e propria 'rivoluzione': anzitutto, nell'organigramma (tra l'altro, per la conclusione del percorso accademico del sottoscritto, subentra nel ruolo di direttore responsabile il prof. Fabrizio Fracchia), ma anche nel modo di procedere e di operare della rivista, nella selezione e validazione dei contributi da pubblicare, nella loro collocazione all'interno della rivista, nella diffusione di questa e dei suoi contenuti (in parte anche via internet) e, ovviamente, nella impostazione editoriale del periodico, dei contenuti e delle metodologie. Ferma restando ovviamente la vocazione scientifica di partenza, che anzi si vuole valorizzare e potenziare, anche attraverso un più frequente e diretto collegamento con studiosi e ricercatori di altri paesi.

Il nuovo direttore responsabile provvederà ad una più analitica esposizione di queste modifiche, ma è parso utile accennarvi sin d'ora, come occasione e premessa per un breve contributo di riflessione (del tutto personale!) al processo già avviato da tempo, e tuttora in corso di svolgimento, diretto alla elaborazione di un sistema di valutazione, sia dei prodotti della ricerca scientifica, sia degli strumenti utilizzati per la loro divulgazione (case editrici e riviste, in particolare), con specifico riferimento al settore del diritto, ed in particolare del diritto positivo.

A differenza di quanto accade per le scienze naturali (e per una parte rilevante delle scienze sociali, ad es., l'economia), per le quali già da tempo esiste un sistema di valutazione ormai convalidato anche a livello internazionale, per le scienze giuridiche è mancato sinora un modello di valutazione adeguato alle specificità della ricerca in questo settore e, dunque, esso deve essere appositamente 'costruito', dato che l'utilizzo dei metodi e criteri di valutazione validi per le

---

no presentare per essere considerati di qualità scientifica e i criteri per la collocazione nelle diverse classi di merito (da AA a N.C.). Altri allegati, poi, contengono già una classificazione (ma solo in via transitoria) delle principali e più conosciute riviste, divise per SSD di riferimento, nelle quattro classi di merito individuate nel documento (A, B, C, D: non è prevista, infatti, in questo documento la categoria N.C., che pure diversi osservatori di valutazione delle università utilizzano per le pubblicazioni prive di rilevanza scientifica: v. il documento cit. alla nota 1 a p. 3). Il documento delle associazioni, con gli allegati, è pubblicato, tra l'altro, negli ultimi numeri di *www.federalismi.it*.

<sup>2</sup> Sulla vocazione scientifica di questa rivista v. la nota della direzione e la *Presentazione* di F. BENVENUTI, già dal numero 0 di inizio della ripresa delle pubblicazioni nel 1987, rispettivamente a p. 5 e 7 ss. Ivi anche una prima enunciazione del programma editoriale e di quella nozione ampia del diritto dell'economia che poi è stata ripresa in diverse occasioni dal sottoscritto, da ultimo nella *Introduzione* al I° volume del V° quaderno della rivista, dedicato a *Il diritto dell'immigrazione*, Mucchi, Modena, 2010.

La valutazione della qualità scientifica delle riviste giuridiche. - *An assessment of the scientific quality of legal journals.*

La legge di riforma Gelmini, n. 1/2009 (di conversione del d.l. 180/2008) considera la qualità della produzione scientifica ai fini della distribuzione di una quota consistente dei fondi di finanziamento alle università, della valutazione per il reclutamento e per l'attribuzione degli scatti di anzianità ai professori e ricercatori. Da qui una serie di iniziative, a livello di MIUR, degli organismi (CIVR, ANVUR) da esso appositamente attivati, o con competenza generale in materia universitaria (CUN), dei singoli atenei (con la istituzione di appositi osservatori per la ricerca), delle associazioni rappresentative dei settori disciplinari per la individuazione e applicazione di criteri e procedure per la valutazione della produzione scientifica.

Tra i tanti documenti prodotti a questo fine, lo studio prende in considerazione, in particolare, quello elaborato e diffuso di recente dalle associazioni rappresentative dei settori disciplinari di diritto positivo interno per la valutazione, tra l'altro, delle riviste giuridiche, come contributo al dibattito in corso in ordine ai criteri ed alle modalità da seguire.

La prospettiva adottata è quella dell'analisi giuridica dell'economia, ma anche dell'analisi economica del diritto, muovendo dalla considerazione della incidenza che la valutazione può avere nei diversi 'mercati concorrenziali' coinvolti: in particolare, quello degli autori e delle uni-

The Gelmini reform law, no.1/2009 (converted by legislative decree 180/2008), refers to the quality of scientific publications involving the distribution of a significant quantity of funds to universities, and to the quality of assessment for recruitment and for the attribution of seniority increments to professors and researchers. It has given rise to a series of initiatives, at ministerial level and also regarding bodies specially set up by the Ministry for Education, Universities and Research (CIVR and ANVUR – respectively the National agencies for the assessment of research and of the university system), and single universities (involving the setting up of special observatories for relevant research), representative associations of academic sectors, for the identification and application of criteria and procedures for the assessment of scientific publications.

Among the many documents published, the paper takes into particular consideration recent work carried out and published by representative associations of academic sectors involving domestic positive law for the assessment, among other things, of legal journals, as a contribution to the ongoing debate on criteria and procedures to follow.

The approach taken is a juridical analysis of economics, and also an economic analysis of law, moving on to a consideration of the impact that the assessment may have on the various "competitive markets" involved:

*Vittorio Gasparini Casari*

Riassunto - *Abstract*

versità di riferimento, quello dei direttori e degli editori delle riviste.

specifically that of the authors and universities of reference, as well as the directors and editors of journals.

IL RISULTATO REFERENDARIO E L'ATTUALE  
DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI  
DI RILEVANZA ECONOMICA PREVISTA DAL DECRETO  
LEGGE N. 138 DEL 13 AGOSTO 2011, CONVERTITO CON  
LEGGE 14 SETTEMBRE 2011, N. 148.

VALENTINA ANTONELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito politico e le posizioni della Corte costituzionale e della dottrina nell'imminenza dello svolgimento del referendum. – 3. Le posizioni della dottrina e dell'ANCI dopo il risultato referendario. – 4. Il decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa.*

A distanza di due mesi dal referendum del 12 e 13 giugno, in preteso adeguamento all'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto dell'ennesimo intervento legislativo.

Con il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, è stata infatti varata la manovra finanziaria aggiuntiva a quella già attuata con il d.l. n. 98 del 30 giugno 2011 (convertito nella legge n. 111 del 16 luglio 2011); manovra nella quale ha visto la luce appunto una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

2. *Il dibattito politico e le posizioni della Corte costituzionale e della dottrina nell'imminenza dello svolgimento del referendum.*

Come ormai è a tutti noto, con il referendum svoltosi il 12 e 13 giugno u.s., in forza del conseguente esito positivo, era stato posto nel nulla l'art. 23 bis del decreto legge n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008 (articolo che era stato modificato dal decreto legge n. 135 del 2009, convertito in legge n. 166 del 2009).

Con il decreto del presidente della Repubblica n. 113 del 18.07.2011 (entrato in vigore il 21.07.2011) è stato poi formalmente abrogato il citato art. 23 bis.

Dal venir meno dell'art. 23 bis era derivata l'implicita abrogazione delle previsioni contenute nel decreto Ronchi-Fitto, secondo il quale le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica consistevano nell'affidamento degli stessi a soggetti privati e nell'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato con socio privato operativo scelto attraverso gara a doppio oggetto e detentore di almeno il 40 % del capitale, mentre la possibilità di ricorrere all'istituto dell'*in house* era relegata ad ipotesi eccezionali cui era possibile ricorrere soltanto in presenza di determinate caratteristiche morfologiche, previa analisi di mercato e sulla scorta del parere obbligatorio e non vincolante dell'antitrust.

Con riguardo al quesito referendario i mezzi di comunicazione di massa avevano impropriamente parlato di "privatizzazione dell'acqua", ma in realtà la posta in discussione non era certamente la proprietà pubblica della risorsa idrica, che è stata sempre pubblica e sempre, verosimilmente, lo rimarrà.

Anche il dibattito politico si era concentrato sulla risorsa acqua e sul servizio idrico ed aveva trascurato il fatto che le disposizioni di cui si chiedeva l'abrogazione (con la consultazione popolare) avevano portata ben più ampia, coinvolgendo una disposizione che, come ha osservato un autore<sup>1</sup>, "ha rappresentato l'orizzonte regolatorio comune, oltre al servizio idrico, anche a servizi di altrettanta rilevanza sociale oltre che economica, quali lo smaltimento dei rifiuti e il trasporto pubblico locale".

Del pari impropriamente si era parlato di ripubblicizzazione forzata dei servizi pubblici locali ed in proposito si era sostenuto che ciò avrebbe potuto comportare un aggravio per la finanza pubblica in ragione della scarsa efficienza dei moduli di gestione pubblica.

In senso critico era stato però osservato<sup>2</sup> che "si tratta di posizioni che muovono dal presupposto che, in un periodo di forte crisi economico finanziaria come quella del periodo 2008-2010, le condizioni della finanza pubblica impongano una rigorosa azione di riduzione e razionalizzazione delle spese pubbliche, non ultime le spese di investimento ed, in particolare, le spese relative alla realizzazione ed all'ammodernamento di infrastrutture ed impianti".

In realtà con l'abrogazione dell'art. 23 bis non si poteva pervenire ad una ripubblicizzazione dei servizi pubblici, bensì alla diretta applicazione della disciplina comunitaria in materia di servizi di interesse economico generale.

---

<sup>1</sup> A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico travolto dall'acqua: considerazioni sull'assetto organizzativo del settore a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 14 luglio 2011.

<sup>2</sup> L. MANASSERO, *Il Servizio idrico integrato – e gli altri servizi pubblici locali – ed il referendum 2011: alle soglie di una (contro) rivoluzione?*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 6 giugno 2011.

L'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il risultato referendario: il decreto legge n. 138 del 2011, convertito con legge n. 148 del 2011. - *The actual rules of the economic public services after the result of referendum: the d.l. n. 138 of 2011, converted into Law n. 148 of 2011.*

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica introdotta dall'art. 15 del decreto legge n. 135 del 2009 (convertito nella legge n. 166 del 2009), che ha modificato l'art. 23 bis del decreto legge n. 112 del 2008 (convertito nella legge n. 133 del 2008), è stata recentemente rivista dal decreto legge n. 138 del 2011 (convertito nella legge n. 148 del 2011).

La finalità di tali norme va individuata in un adattamento al risultato del referendum del 12 e 13 giugno 2011, ma nella sostanza le stesse riproducono il contenuto delle disposizioni di cui all'art. 23 bis del decreto-legge n. 112 del 2008.

Questo referendum è stato caratterizzato da carenza di informazione, tanto che molte persone pensavano che lo stesso concernesse soltanto la privatizzazione dell'acqua.

Il recente decreto del 13 agosto e la legge del 14 settembre hanno introdotto una serie di regole che riflettono i principi fondamentali del regolamento abrogato, cambiando solo la soglia massima di utilizzo dell'istituto dell'in house.

Infatti un elemento nuovo è costituito dal fatto che la soglia sotto la quale è possibile procedere all'affidamento diretto dei servizi pubblici locali passa da 200.000,00 a 900.000,00 euro (quale valore annuo del servizio pubblico). La nuova normativa ripropone infatti, con non molte modifiche, le pre-

The subject of the economic public services introduced by the art. 15 of the Decree Law n. 135 of 2009 (converted into Law n. 166 of 2009), which has modified the art. 23 bis of Decree Law n. 112 of 2008 (converted into Law n. 133 of 2008), has been recently replaced by the Decree Law n. 138 of 2011 (converted into Law n. 148 of 2011).

The aim of these rules was an adjustment to the result of referendum of the 12 and 13 June 2011, but they reproduce substantially the rules of art. 23 bis of the Decree Law n. 112 of 2008.

This referendum was marked by too much misinformation that many people thought that the same pertains to the privatization of water.

The recent decree of 13 August and the Law of 14 September have introduced a number of rules that reflect the fundamental principles of the repealed regulation, changing only the maximum threshold to use of in-house institute.

In fact a new element is that the threshold below which in house-provision as management of local public services turn from 200,000.00 to 900,000.00 EUR (as annual value of the public service).

The new legislation proposes in fact, with not many variations, the old rules, repealed by referendum, but subtracts its application to the inte-

cedenti disposizioni abrogate dal referendum, ma sottrae dal suo ambito di applicazione il servizio idrico integrato (in conformità con la volontà dei cittadini).

Infatti l'architettura di base della disciplina dei servizi pubblici economici non è cambiata in modo significativo, poiché i principi fondamentali del processo di liberalizzazione è di fatto riproposta, con l'unica modifica relativa all'innalzamento della soglia richiamata.

grated water service (in accordance with the will of the citizens).

In fact the basic architecture of subject of the economic public services has not changed significantly, because the fundamental principles of the liberalization is effectively repeated, with the only change related to raising of the threshold above.

## *Osservatorio di giurisprudenza*

---

### LA “NUOVA” ACQUISIZIONE SANANTE

GIOVANNI BAROZZI REGGIANI

SOMMARIO: 1. La reintroduzione dell'istituto dell'acquisizione sanante nel t.u. espropriazioni. – 2 Gli orientamenti giurisprudenziali sorti nel corso dei nove mesi di gestazione dell'art. 42-bis. – 3. Il nuovo art. 42-bis. Le novità rispetto all'art. 43. – 4. Le prime pronunce successive all'entrata in vigore del d.l. n. 98/2011. – 5. Conclusioni.

#### *1. La reintroduzione dell'istituto dell'acquisizione sanante nel t.u. espropriazioni.*

Nove mesi è durata la gestazione della “nuova” acquisizione sanante: precisamente, dall'8 ottobre 2010 al 6 luglio 2011. La prima data corrisponde alla pubblicazione della sentenza della Consulta n. 293/2010<sup>1</sup> la quale, dichiarando l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'art. 43 del d.p.r. n. 327/2001, ha di fatto espunto dal nostro ordinamento uno strumento (la “vecchia acquisizione sanante”) che consentiva alla p.a. di acquisire al proprio patrimonio indisponibile un bene immobile di un privato dalla medesima utilizzato e irreversibilmente trasformato, per scopi di interesse pubblico, in assenza della dichiarazione di pubblica utilità ovvero di un valido e tempestivo decreto di esproprio, tramite emanazione di un provvedimento “successivo e sanante”<sup>2</sup>. La seconda data, 6 luglio 2011, fa riferimento al giorno della pubblicazione in gazzetta ufficiale del decreto legge n. 98<sup>3</sup>, convertito con legge 15 luglio 2011, n. 111<sup>4</sup>, il cui articolo 34, comma 1 ha apportato modifiche al t.u. espropriazioni, inserendovi l'articolo 42-

---

<sup>1</sup> Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, rinvenibile sul sito ufficiale della Consulta. Per un commento v. M. GIORGIO, *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, pp. 494 ss.

<sup>2</sup> V. R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 478. “Sanante di una situazione di violazione del dovere di astensione rispetto al diritto assoluto” così Cons. Giust. Amm. Sic., 29 maggio 2008, n. 490, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 12, p. 2494 (s.m.).

<sup>3</sup> In gazzetta ufficiale n. 155 del 6 luglio 2011.

<sup>4</sup> Pubblicato in gazzetta ufficiale n. 164 del 16 luglio 2011.

bis (avente la stessa rubrica dell'art. 43 dichiarato incostituzionale, ovvero “*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*”), così reintroducendo nell'ordinamento italiano l'istituto dell'acquisizione sanante<sup>5</sup>.

L'aspetto positivo di detta operazione legislativa è da rinvenirsi nel fatto che l'art. 42-bis è venuto, quantomeno, a fornire a giudici, operatori e studiosi del diritto un sicuro riferimento normativo da applicarsi alle ipotesi di espropriazioni indirette e ciò, di per sé, rappresenta un evento positivo, in quanto idoneo a scacciare le preoccupazioni legate all'*horror vacui* normativo in una materia che coinvolge interessi delicatissimi; a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del t.u. espropriazioni, infatti, si era creato un vuoto che determinava una grande incertezza e del quale, da più parti, si auspicava il superamento per via legislativa<sup>6</sup>.

L'incertezza nasceva dal fatto che l'acquisizione sanante rappresentava l'unico strumento utilizzabile dalla p.a. per acquisire un bene di proprietà di un privato al di fuori della ordinaria procedura espropriativa (o dell'utilizzo degli ordinari mezzi civilistici): ciò in quanto le due fattispecie di espropriazioni indirette, vale a dire l'occupazione acquisitiva e quella usurpativa<sup>7</sup> erano state oggetto, all'inizio del nuovo millennio, di interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne avevano sancito la non compatibilità con il primo protocollo della Cedu<sup>8</sup>. L'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'acquisizione sanante aveva, tra le sue finalità, proprio quella di rendere conforme l'ordinamento giuridico italiano, in materia di espropriazioni per pubblica utilità, alle statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>9</sup>. Ciò nondimeno, la Corte europea,

<sup>5</sup> Per un inquadramento dell'istituto e delle problematiche ad esso afferenti si rimanda a F. CARINGELLA - G. DE MARZO (a cura di) *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico. Commentario*, Ipsoa, 2005.

<sup>6</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010, in tema di espropriazione indiretta*, in *federalismi.it*, il quale affermava “È certo che il legislatore debba ora intervenire. Non è possibile che si crei un nuovo quadro di totale incertezza giuridica e di fatto. E che, in particolare, si torni a discutere di occupazioni di ogni tipo, di momento in cui l'opera possa ritenersi realizzata, di decorrenza di termini di prescrizione e via dicendo”.

<sup>7</sup> Ciò perché con l'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'art. 43 t.u. espropriazioni il nostro legislatore era venuto ad affermare il principio secondo cui il diritto di proprietà potesse estinguersi, in mancanza di decreto di esproprio o di cessione volontaria, solo per effetto del decreto di acquisizione contemplato dalla norma (cfr. T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 10 febbraio 2010, n. 71).

<sup>8</sup> Il riferimento è alle pronunce Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2000, causa *Soc. Belvedere Alberghiera c. Rep. It.*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 3, pp. 287 ss, con nota di BENIGNI e Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2000, causa *Carbonara e altri c. Governo it. e Rep. it.*, in *Rass. Avv. Stato*, 2001, II, pp. 114 ss con nota di ROSANO’.

<sup>9</sup> Cfr. T.a.r. Abruzzo Pescara Sez. I, 18 ottobre 2010, n. 1152. V. altresì R. CONTI, *Art. 43 Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in F. CARINGELLA - G. DE MARZO (a cura di) *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico. Commentario*, cit., il quale, a p. 472 ha parlato dell'art. 43 t.u. come di una “scelta ob-

La “nuova” acquisizione sanante - *The “new” expropriation discipline*

Oggetto del presente contributo è un’analisi del quadro normativo e giurisprudenziale venutosi a delineare a seguito dell’entrata in vigore del decreto legge n. 98, convertito con legge 15 luglio 2011, n. 111, che ha reintrodotto nel nostro ordinamento l’istituto dell’acquisizione sanante, dopo la censura che il medesimo aveva subito da parte della Corte costituzionale.

Diversi i profili presi in considerazione, concernenti tanto le soluzioni che la giurisprudenza era riuscita a mettere a punto, nell’arco di tempo compreso fra la pronuncia della Consulta n. 293/2010 (che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 43 del t.u. espropriazioni) e l’entrata in vigore del d.l. n. 98, circa la disciplina applicabile alle cosiddette “espropriazioni indirette”, quanto gli elementi di novità della “nuova” acquisizione sanante (disciplinata dall’art. 42-bis del t.u. espropriazioni), i profili di incostituzionalità che la medesima presenta ed i principali problemi applicativi di cui si sono già dovuti occupare i giudici amministrativi.

Una “materia”, quella delle espropriazioni indirette, soggetta a continui cambiamenti, “magmatica”, della storia della quale il d.l. n. 98/2011 è venuto a scrivere un nuovo capitolo. Che non sarà certo l’ultimo.

The subject of this paper is an analysis of the regulatory and legal framework arising further to the entry into force of law decree no. 98, converted into law on 15 July 2011 (no. 111), which reintroduced the practice of expropriation into our legal system, in the light of the criticisms made against it by the Constitutional Court.

Various aspects are taken into consideration regarding the solutions that jurisprudence managed to find in the period between the decision of the Constitutional Court no. 293/2010 (which declared the unconstitutionality of art. 43 of the Consolidated Act on expropriations) and the entry into force of Leg. Dec. no. 98. The paper also refers to the regulations applicable to so-called “indirect expropriations,” the new innovative elements of the “new” form of expropriation (regulated by art. 42-bis of the Consolidated Act on Expropriations), and to the aspects of unconstitutionality contained in the aforementioned article and application problems which administrative judges have already had to deal with.

The question of indirect expropriations is subject to continuous and “muddled” modifications, in the story of which Leg. Dec. no. 98/2011 is merely the latest (and certainly not the last) chapter.

---

## Sezione di diritto internazionale dell'economia\*

---

### GOVERNANCE ECONOMICA

#### RASSEGNA

##### *Unione Europea: affari economici e monetari*

**Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)**, firmato tra i 17 Stati la cui moneta è l'euro l'11 luglio 2011 (testo disponibile su <http://consilium.europa.eu/media/1216793/esm%20treaty%20en.pdf>).

Decisione 2011/199/UE del consiglio europeo del 25 marzo 2011, *che modifica l'Art. 136 TFUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli stati membri la cui moneta è l'euro*, in GU L 91, 6 aprile 2011.

Conclusioni del consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, Allegato II: *Modalità di funzionamento del MES*.

##### *Unione europea: aiuti di stato*

Relazione della commissione del 22 giugno 2011, *Quadro di valutazione degli aiuti di stato. Relazione sul contributo degli aiuti alla strategia Europa 2020 – Aggiornamento primavera 2011*, COM(2011) 356 def.

Raccomandazione del consiglio del 7 giugno 2011, *sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e che formula un parere del consiglio sul programma di stabilità aggiornato dell'Italia, 2011-2014*, SEC(2011) 810 def.

Comunicazione della commissione del 23 marzo 2011 al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Riforma delle norme UE in materia di aiuti di stato relativamente ai servizi di interesse economico generale*, COM(2011) 146 def.

Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in GU C 6, 11 gennaio 2011.

Comunicazione della commissione del 12 gennaio 2011 al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Analisi annuale della crescita: progredire nella risposta globale dell'UE alla crisi*, COM(2011) 11 def.

---

\* La sezione di diritto internazionale dell'economia è aggiornata al 15 novembre 2011.

## IN EVIDENZA

*Il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).*

Nel corso del 2010, la crisi economica della Grecia ha indotto le istituzioni e gli stati membri dell'Unione europea ad introdurre tre nuovi strumenti di assistenza finanziaria e di stabilizzazione. Ciò si è reso necessario dal momento che alla Grecia non era applicabile il meccanismo di sostegno finanziario previsto dall'art. 143 TFUE e dal regolamento (CE) n. 332/2002 per gli stati *non* appartenenti all'area euro ed in difficoltà con la bilancia dei pagamenti.

Pertanto, nel maggio 2010, i paesi euro si sono impegnati tramite un accordo intergovernativo ad effettuare prestiti bilaterali a favore del paese ellenico per un ammontare totale di 80 miliardi di euro (cd. *Greek loan facility*). L'erogazione del pacchetto di prestiti, coordinata dalla commissione europea, è stata subordinata al rispetto di una rigida condizionalità. In parallelo, il Fondo monetario internazionale ha prestato la propria assistenza finanziaria per 30 miliardi di euro.

Nel maggio 2010 è stato anche adottato il regolamento (UE) n. 407/2010 del consiglio che istituisce un Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF). Ai sensi dell'Art. 1 del Regolamento, il MESF può essere attivato su richiesta di uno stato membro – appartenente o meno all'area euro – che “subisca o rischi seriamente di subire gravi perturbazioni economiche o finanziarie causate da circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo”. Nel corso del 2011, tramite il MESF sono stati erogati prestiti a favore di Irlanda e Portogallo per un ammontare complessivo di quasi 20 miliardi di euro.

Inoltre, ad integrazione delle risorse finanziarie del MESF, i paesi euro hanno istituito il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF), un dispositivo di emergenza con sede in Lussemburgo volto alla mobilitazione di risorse ad esclusivo beneficio di paesi euro colpiti da difficoltà finanziarie a causa di circostanze eccezionali che sfuggano al loro controllo.

Il ricorso a soluzioni *ad hoc* dettate da urgenza e ad accordi intergovernativi estranei al regime normativo dei trattati è apparso fortemente criticabile (A. VITERBO e R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2010, n. 4, pp. 961 ss.). Perplesità destavano anche la natura provvisoria del MESF e la scelta della sua base giuridica.

Il regolamento MESF trova, infatti, la sua base giuridica nell'art. 122.2 TFUE, ai sensi del quale, a determinate condizioni e su proposta della commissione, il consiglio può concedere assistenza finanziaria ad uno stato membro – anche non appartenente all'area euro – qualora esso si trovi “in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di *circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo*”. Tale articolo, pensato per calamità naturali, mal si presta ad una interpretazione ampia che arrivi a coprire crisi economiche in cui non si può escludere una qualche forma di corresponsabilità dello stato in difficoltà.

## *Lecture: schede commenti e riflessioni*

---

G. D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.

1. Il volume curato da Gian Domenico Comporti che viene qui recensito si collega a un percorso di ricerca iniziato dal curatore già da tempo: negli ultimi anni Comporti si è infatti occupato delle modalità di aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione in diversi scritti, tra cui va ricordato in particolare l'ampio saggio pubblicato nel 2007 ne *Il diritto dell'economia*<sup>1</sup>, ove si fornisce una sistemazione della materia di notevole interesse.

Filo conduttore di questo percorso è l'attenzione per la *discrezionalità* della pubblica amministrazione nelle procedure di aggiudicazione: espressione che qui viene riportata in corsivo perché, come vedremo in seguito, viene impiegata da Comporti in un'accezione particolare; e perché – sempre in questa accezione – essa sta a indicare l'argomento su cui si incentrano tutti gli scritti pubblicati nel volume recensito.

Già nel saggio del 2007 Comporti aveva rilevato che nel settore dei contratti della pubblica amministrazione (o dei contratti pubblici, per usare l'espressione impiegata dal legislatore nel codice *ex d.lgs. n.163 del 2006*) si sta assistendo a un ampliamento dei margini di apprezzamento delle pubbliche amministrazioni, e aveva sostenuto che, in virtù di questa tendenza, si sta affermando un nuovo modello di contrattualità pubblica, ossia il *modello del dialogo*, che pare destinato a soppiantare gli assetti consueti – compendati dall'a. con la formula del *modello del decisore imparziale* – i quali invece erano connotati da una compressione di tali spazi, mediante l'adozione di sistemi di aggiudicazione automatici, o, comunque, di modalità di azione rigorosamente vincolate.

Queste idee ritornano, e vengono ulteriormente articolate, anche nella introduzione del volume recensito, significativamente intitolata “*dal potere discrezionale alle scelte negoziali*”, su cui vale la pena di soffermarsi, perché chiarisce il complessivo progetto di ricerca sviluppato negli studi raccolti nel volume, e fornisce la chiave di lettura dell'intera opera.

Comporti innanzitutto osserva che in passato la discrezionalità veniva guardata con diffidenza perché era vista precipuamente “come elemento coesenziale

---

<sup>1</sup> G. D. COMPORTI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 231 e ss. Altri scritti recenti dell'a. in materia sono il *Commento all'art. 58*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pp. 559 e ss., e *Il dialogo competitivo*, in AA.VV., *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Trento, 2008, pp. 165 e ss.

all'esistenza del potere", mentre di recente, mercé la procedimentalizzazione della funzione amministrativa, si sono verificati al contempo un ampliamento degli ambiti di scelta dell'amministrazione, e la diffusione di "una visione più benevola e fiduciosa della discrezionalità".

L'a. peraltro reca diversi dati, tratti dalla prassi delle amministrazioni indipendenti e dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, che ritiene significativi di questa complessiva tendenza.

Quanto alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, rileva che anche qui la diffidenza verso la discrezionalità delle stazioni appaltanti (che, pure, connotava la disciplina del settore a partire almeno dalla legge Cambray-Digny del 1869) può considerarsi in gran parte recessiva.

Secondo l'a. ciò è avvenuto soprattutto grazie ai nuovi orientamenti delle istituzioni comunitarie.

Vero è che sino agli anni novanta del novecento la normativa comunitaria aveva recato un ulteriore irrigidimento degli automatismi decisionali *in subiecta materia*, ma a partire dal libro verde sugli appalti pubblici della commissione del 1996 le istituzioni comunitarie ad avviso di Comporti perseguono l'obiettivo di una "valorizzazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti": valorizzazione che, ad avviso dell'a., ha ispirato le direttive quadro nn.17 e 18 del 2004, attuate nel diritto italiano con il codice dei contratti del 2006.

Sicché anche nel nostro ordinamento sono stati previsti istituti – in particolare, il dialogo competitivo – che consentono di implementare un dialogo con il mercato al fine ultimo di ricercare soluzioni adeguate alle singole situazioni concrete in cui l'amministrazione si trova a dover intervenire.

L'a. però segnala che i decreti correttivi del codice dei contratti hanno rinviato l'attuazione del dialogo competitivo, "evocando ancora una volta i rischi di corruzione e di malaffare".

Ad avviso di Comporti resistenze siffatte finiscono per condurre a una "iper-regolazione, che determina a sua volta irrigidimento ed eccessiva burocratizzazione", forieri di "invasività giudiziaria, che produce lentezza, ritardi, incertezza ed aumento dei costi delle procedure".

In sostanza, il curatore conferma la tesi già esposta nel 2007, ossia che il futuro dei sistemi di aggiudicazione dei contratti pubblici è nel *modello del dialogo*, connotato da un'ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Nondimeno, non disconosce i rischi di una crescita dell'illegalità e della corruzione che sono insiti in un ampliamento della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Ma indica come possibile rimedio l'adozione di strumenti mutuati dalle esperienze straniere (in particolare, il PFI anglosassone), che passino attraverso una trasparente negoziazione continua con gli operatori economici privati durante tutto l'*iter* di implementazione degli interventi

E conclude rilevando che la concreta utilizzabilità di questi istituti nel nostro ordinamento dev'essere verificata per il tramite di un dialogo interdisciplinare.

2. Di questo dialogo sono appunto espressione i contributi ospitati nel volume: tutti – come s'è anticipato – incentrati sulla disamina delle diverse implicazioni della discrezionalità nelle procedure di aggiudicazione.

Accanto a scritti di taglio giuridico – i primi due, quello di Chiara Colosimo e quello di Massimo Ricchi, incentrati su profili di diritto interno, rispettivamente in ordine alla individuazione dell'oggetto del contratto pubblico e alle procedure negoziate; gli altri due, di Gianfrancesco Fidone e Laura Zanettini, di taglio comparatistico, dedicati rispettivamente ai sistemi di aggiudicazione spagnoli e a quelli del Regno Unito – il volume ospita anche contributi di politologi – quello di Alberto Vannucci, dedicato alle implicazioni negative della discrezionalità, in termini di illegalità e corruzione –, di economisti – quello di Nicola Doni e Pier Angelo Mori, in cui i sistemi di aggiudicazione vengono esaminati secondo la teoria economica –, e sinanco di matematici – quello di Hykel Hosni e di Pier Angelo Marmi, in cui la discrezionalità viene studiata utilizzando gli strumenti della teoria della probabilità e della teoria dei giochi –.

Ovviamente qui non è possibile dare conto, neppure in sintesi, dei contenuti di questi lavori, ma va detto che tutti recano apporti di notevole interesse alla disamina della questione oggetto dell'opera.

Per fare solo tre esempi delle ragioni di interesse dei contributi pubblicati nel volume recensito, lo scritto di Doni e Mori risulta estremamente utile perché consente di valutare tramite i precisi strumenti concettuali forniti dalla teoria economica delle aste ciò che chi si occupa di diritto può solo intuire, ossia le implicazioni, positive e negative, dei sistemi di aggiudicazione di tipo discrezionale e di tipo vincolato<sup>2</sup>.

Il lavoro di Zanettini serve a chiarire che il sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici nel Regno Unito risulta speculare al nostro, essendo connotato da una limitata legificazione: in generale le modalità di azione delle stazioni appaltanti britanniche vengono regolate tramite “un esteso ricorso ad atti di c.d. *moral suasion*, consistenti in indicazioni, direttive, circolari, linee guida”, per lo più giuridicamente non vincolanti; e ci informa dell'ampio impiego come modalità di realizzazione di opere pubbliche del *private finance initiative (PFI)* e del *private finance transaction (PFT)*, che rappresentano modalità di collaborazione pubblico/privato in sostanza corrispondenti alla nostra finanza di progetto (istituto che non a caso è stato elaborato dal nostro legislatore prendendo come riferimento le tecniche contrattuali anglosassoni), e che vengono implementati tramite una negoziazione pubblico/privato la quale lascia ampi margini di scelta alla pubblica amministrazione procedente.

E lo scritto di Vannucci tra l'altro ha il merito di evidenziare che i fenomeni di corruzione e di malversazione nel settore dei contratti pubblici sono ancora più diffusi di quanto generalmente non si immagini, dato che si verificano già

---

<sup>2</sup> Nella letteratura giuridica in tema di contratti pubblici gli strumenti dell'analisi economica sono stati utilizzati in particolare da M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

durante la programmazione dell'attività contrattuale: ad esempio perché riguardo alle opere pubbliche è già la scelta di realizzare determinati interventi a essere condizionata, o interamente determinata, da interessi privati.

Ora, dato che è innegabile che il *modello del dialogo* faccia parte del futuro dei contratti pubblici (anche se, come si dirà fra poco, è opinabile che esso costituisca il futuro del settore), l'obiettivo di esaminare puntualmente le implicazioni delle nuove modalità di azione delle stazioni appaltanti era senz'altro meritevole di essere perseguito: e nel suo complesso il volume recensito questo obiettivo lo ha senz'altro raggiunto.

3. Se è vero che dev'essere il problema a dettare il metodo<sup>3</sup>, questo risultato peraltro giustifica – salvo forse quanto si dirà in appresso – la scelta, a cui s'è accennato, di usare l'espressione discrezionalità in un'accezione peculiare: un'accezione in sostanza corrispondente alla nozione, amplissima e generica, di discrezionalità che nella seconda metà del novecento è stata abbandonata dalla dottrina assolutamente prevalente, anche se in definitiva a tutt'oggi trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa.

Infatti, se si segue la lezione di Giannini secondo cui la discrezionalità è ponderazione fra interessi, è scontato che in sede di aggiudicazione dei contratti pubblici l'amministrazione per lo più non impiega veri e propri poteri discrezionali, ma, piuttosto, svolge valutazioni tecniche (se si preferisce, impiega la vecchia c.d. discrezionalità tecnica)<sup>4</sup>.

Ad esempio, le decisioni su quali offerte sono economicamente più vantaggiose non implicano l'esercizio di alcun potere discrezionale: anche se poi il giudice amministrativo finisce per assoggettare i relativi provvedimenti allo stesso sindacato "debole" destinato a quelli autenticamente discrezionali.

Certo, anche nella dottrina odierna non mancano sistemazioni diverse: ad esempio, se si aderisce alle tesi sulla discrezionalità c.d. ermeneutica, per cui la discrezionalità amministrativa si risolve in interpretazione<sup>5</sup>, si può postulare una assimilazione tra discrezionalità c.d. pura e valutazioni tecniche.

<sup>3</sup> Così S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, p. 314.

<sup>4</sup> Ovvio il riferimento a M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, ora in Id., *Scritti*, Milano, I, 2000: anche se F. G. SCOCA, in *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1045 e ss., evidenzia che Giannini ha chiarito in modo esaustivo che la c.d. discrezionalità tecnica è estranea alla discrezionalità vera e propria solo in opere successive. Nella letteratura recente, in ordine alle valutazioni tecniche v. almeno G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 133 e ss.

<sup>5</sup> Su cui v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986. Sulle diverse linee di pensiero in tema di discrezionalità nella dottrina italiana v., da ultimo, E.

Ma è abbastanza evidente che questo non è l'approccio seguito nel volume recensito, dove in sostanza si adotta l'ottica "pandiscrezionale"<sup>6</sup> della giurisprudenza, e quindi si accomuna nella nozione di discrezionalità ogni modalità di azione amministrativa non vincolata *ex lege*, o, se si preferisce, qualsivoglia margine di apprezzamento o di valutazione che la legge (almeno all'apparenza) lascia all'amministrazione in tema di aggiudicazione dei contratti pubblici.

In realtà pare plausibile che nel volume recensito si sia scelto di impiegare l'approccio del (pur opinabile) "diritto vivente" giurisprudenziale dei contratti pubblici per affrontare l'argomento delle tendenze evolutive del settore in una prospettiva realistica, al fine di poter valutare adeguatamente come il sistema odierno funziona concretamente, e come potrebbe funzionare concretamente in futuro.

Peraltro va ricordato che di recente il curatore ha sostenuto in via generale la necessità di "guadagna(re) un salutare distacco dal caotico ed incessante fluire delle norme e dalle categorie dogmatiche dominanti nei rispettivi campi sapienziali, (per liberare) energie e capacità critiche che possono essere più proficuamente orientate alla ricerca, tra le opzioni ermeneutiche offerte dalla normativa, della «soluzione più appropriata al problema posto al diritto dalla situazione di interesse»<sup>7</sup> -.

Ed è questo approccio realistico che ha agevolato (o, forse, ha reso possibile) il dialogo e il confronto con i cultori delle discipline non giuridiche documentato nel volume recensito: è evidente che non si può pretendere che economisti, politologi o matematici si appassionino ai distinguo concettuali tra discrezionalità, valutazioni tecniche, merito, discrezionalità c.d. pura, discrezionalità c.d. tecnica, ponderazione fra interessi, clausole generali, *etc.*<sup>8</sup>.

4. Detto questo, occorre però ribadire che, come s'è già accennato, pur essendo indubbio che il *modello del dialogo* entri a far parte del futuro del settore, è opinabile che esso costituisca il futuro del settore: ossia che esso rappresenti *l'unica tendenza* evolutiva del settore.

È abbastanza evidente che la tendenza verso questo modello si iscrive nel quadro generale delle politiche di riforma amministrativa che, come noto, negli ultimi due decenni hanno interessato le amministrazioni di tutti i paesi occidentali, e che da parte dei sociologi del diritto e degli studiosi di scienza dell'ammi-

---

CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008.

<sup>6</sup> L'espressione è di M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.*, in *Urb. app.*, 2001, p. 874.

<sup>7</sup> G. D. COMPORTE, *Il principio di consensualità tra bilanci e prospettive*, in *giustamm.it*, n.4/2010.

<sup>8</sup> Sulla connessione tra realismo giuridico e impiego delle altre scienze sociali da parte dei giuspubblicisti cfr., da ultimo, M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 269 e ss.

nistrazione vengono spiegate con il paradigma del *new public management*, per cui le pubbliche amministrazioni adottano modelli di organizzazione e di azione aziendalistici, perché mutuati dalle aziende private, e con quello della *governance theory*<sup>9</sup>, per cui le amministrazioni dismettono la tradizionale posizione di separazione e di sovraordinazione nei confronti della società e del mercato, con cui anzi prendono a intrattenere relazioni di tipo collaborativo.

Politiche che sono state in gran parte ispirate dalla crisi fiscale dello stato, ma talora anche da una fiducia nel mercato, e negli strumenti del mercato, che in questi ultimi tempi anche a chi ritiene imprescindibile un'economia di mercato non può non apparire eccessiva, quasi una forma di ideologia al pari di quelle che il neo-liberismo degli anni novanta intendeva superare<sup>10</sup>.

In ogni caso, è innegabile che queste politiche in molti casi portano verso un incremento dell'efficienza delle strutture amministrative e verso una maggior paritarietà nei rapporti tra amministrazione e privati: ma è ovvio del pari che esse non possono essere considerate acriticamente, né possono essere attuate sempre e nell'identico modo in ogni e qualsivoglia settore della organizzazione e della attività amministrativa<sup>11</sup>.

Riguardo al settore dei contratti pubblici, vero è che il livello elevatissimo di formalizzazione raggiunto dalle procedure di aggiudicazione talora rischia di condurre alla paralisi delle stazioni appaltanti – in definitiva, è senz'altro (principalmente) per tale ragione che, come rileva il curatore nell'introduzione del volume recensito, negli ultimi anni sono aumentati esponenzialmente i casi in cui nel nostro paese si fa fronte a situazioni particolari “facendo improprio ricorso a misure tipiche dell'emergenza”, ossia alle ordinanze di protezione civile *ex lege* n. 225 del 1992, tramite cui i contratti necessari per la realizzazione dei c.d. “grandi eventi” vengono assegnati mediante procedure derogatorie del codice dei contratti pubblici.

Nondimeno, anche in questo settore modelli di contrattazione basati *solo* sul dialogo e sulla collaborazione con il mercato non sembrano auspicabili, né, per vero, concretamente possibili.

E ciò, in primo luogo, proprio per ragioni che attengono all'efficienza stessa dell'agire delle amministrazioni.

Forse per questo aspetto la citazione del noto brano de *La ricchezza delle nazioni* ove Adam Smith sostiene che “gente dello stesso mestiere raramente s'incontra, anche in occasioni di divertimento e piacere, senza che la conversazione

<sup>9</sup> V., per tutti, E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004, e, sul secondo paradigma, M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

<sup>10</sup> Sulla fiducia “ideologica” nel mercato durante gli ultimi due decenni cfr. A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005.

<sup>11</sup> Per una complessiva valutazione delle implicazioni della *governance* sugli assetti dello stato di diritto e della democrazia rappresentativa si rinvia alle conclusioni del citato studio di M. R. FERRARESE, *La governance*, spec. pp. 189 e ss.

finisca in un complotto contro il pubblico o in qualche stratagemma per aumentare i prezzi”<sup>12</sup> sarebbe un fuor d’opera, al pari di ogni citazione decontestualizzata, ma resta comunque innegabile che pure il rapporto con il mercato comporta pericoli e insidie: come s’è visto, lo studio di Vannucci ci informa che spesso la stessa programmazione di determinate opere pubbliche è dettata dagli interessi di questo o di quel privato imprenditore.

È sufficiente immaginare gli esiti a cui potrebbe condurre nel nostro paese (che, non dimentichiamolo, per contrastare gli episodi di corruzione si è dovuto dotare di una rigorosa normativa antimafia) la pretesa di svolgere le aggiudicazione dei contratti pubblici in base ad atti di *moral suasion*, giuridicamente non vincolanti, come accade nel Regno Unito: esiti che ben difficilmente potrebbero essere contrastati tramite lo strumentario fornito dalle tecniche contrattuali anglosassoni, quali i codici etici richiamati nel contributo di Ricchi<sup>13</sup>.

E, in secondo luogo, per l’esigenza di tutelare i privati imprenditori che aspirano a operare nel settore.

In generale, per ovvie ragioni costituzionali (e, ancor prima, assiologiche) ogni baratto tra garanzia ed efficienza pare senz’altro inammissibile<sup>14</sup>, ma ciò è ancor più vero nel settore dei contratti pubblici, dove un robusto sistema di garanzie delle singole imprese risulta funzionale a garantire proprio la concorrenzialità, e, quindi, il mercato stesso.

Una eccessiva deformalizzazione delle procedure di aggiudicazione rischierebbe infatti di far venire meno, o, comunque, di indebolire eccessivamente proprio questo sistema di garanzie.

5. Non è dunque casuale che le indicazioni che vengono dal diritto positivo – *in primis*, dal diritto positivo dell’Unione europea – vadano solo in parte nel senso indicato nel volume recensito.

Da esse risulta anzi confermato che nella più parte dei casi per le aggiudicazioni dei contratti pubblici continuano, e continueranno a dover essere impiegati i sistemi consueti.

È infatti sufficiente por mente già al succitato libro verde sugli appalti pubblici della commissione europea del 1996 per avvedersi che in realtà le istituzioni comunitarie paiono tutt’altro che intenzionate ad abbandonare *tout court* i metodi di aggiudicazione più formalizzati, che si rifanno al *modello del decisore imparziale*.

<sup>12</sup> A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, 2005, pp. 230 e s.

<sup>13</sup> Perplexità sulla concreta utilità di strumenti siffatti vengono sollevate anche in generale, ad es. da G. ROSSI, *Capitalismo e diritti umani*, in *Riv. soc.*, 2011, pp. 3 ss.

<sup>14</sup> Cfr., in proposito, F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’amministrazione. Note sul progetto della Commissione «bicamerale»*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 3303 e ss., e U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, *passim*.

Ad esempio, nella lettera b) del punto 3 di questo documento si stigmatizza il “ricorso eccessivo alla procedura negoziata”, rilevando “che le disposizioni che disciplinano la procedura negoziata devono essere interpretate in modo restrittivo e che incombe a chi intende avvalersene l’onere di provare che le circostanze eccezionali giustificatrici della deroga esistono effettivamente ... numerose procedure per inadempimento così come varie sentenze pronunciate dalla Corte dimostrano che le amministrazioni aggiudicatrici si sono avvalse di tali procedure ben al di là dei limiti tassativi esistenti, segnatamente invocando motivi imperativi d’urgenza inesistenti ovvero ad esse imputabili, oppure argomenti non fondati sull’esistenza di un solo imprenditore in grado di eseguire gli appalti in questione”; e altresì che “nei casi in cui è ammessa, la procedura negoziata sembra condurre a un risultato economicamente più soddisfacente dell’asta tradizionale, rivelandosi quindi un mezzo razionale per diminuire i costi dell’acquirente pubblico, pur realizzando gli obiettivi perseguiti ... *è tuttavia vero che la procedura negoziata è meno adeguata al conseguimento dell’obiettivo della trasparenza degli appalti*”.

Ma si potrebbe ricordare pure che – come puntualmente si rileva nel contributo di Zanettini nel volume recensito – la Corte di giustizia non ha mancato di rilevare che anche nel Regno Unito l’attuazione delle direttive comunitarie non può passare attraverso atti di *moral suasion*, in quanto “inidone(i) a creare obblighi la cui violazione sia suscettibile di essere contestata in giudizio dalle imprese che partecipano alle procedure di aggiudicazione”: sicché anche nell’ordinamento britannico a partire dagli anni novanta si procede a questo adempimento tramite veri e propri atti normativi.

O, ancora, che nel nostro ordinamento è per effetto dei condizionamenti che sono venuti dall’ordinamento comunitario che da ultimo nel codice dei contratti pubblici si è dovuto prevedere l’obbligo di scegliere tramite apposite procedure di gara addirittura i soggetti incaricati di eseguire le opere di urbanizzazione<sup>15</sup>.

Oppure che è sempre (anche) per effetto di tali condizionamenti che il nostro legislatore si è visto costretto a rimaneggiare più volte e più volte la disciplina della versione domestica del *private finance initiative*, ossia della finanza di progetto<sup>16</sup>.

6. Stando alle tendenze normative odierne, i due diversi modelli di aggiudicazione dei contratti pubblici in discorso paiono dunque destinati a convivere.

<sup>15</sup> Cfr., in argomento, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L’esecuzione delle opere di urbanizzazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Foro amm.* - CDS, 2002, pp. 1361 e ss.

<sup>16</sup> Chi scrive se n’è occupato in *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n.152/2008*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 429 e ss.

E ciò, in definitiva, perché allo stato entrambi questi modelli presentano pregi e difetti, i quali di volta in volta vengono valutati e apprezzati dal legislatore, interno e comunitario, che, dunque, sceglie di impiegare l'uno o l'altro a seconda delle esigenze del caso.

Certo, a meno che i sistemi di aggiudicazione improntati al dialogo non riescano a sviluppare un sistema di garanzie (per la stazione appaltante e per le imprese private) diverso rispetto a quello delle procedure consuete, ma dotato di analoga efficacia.

Per questo aspetto anche un sistema di maggiore trasparenza, che passi attraverso la cosiddetta legalità procedurale, non sembra però sufficiente: alla fine la trasparenza, presa di per sé sola, se non è prodromica e funzionale a un qualche tipo di reazione, finisce per essere inefficace, al pari della *lex imperfecta*.

Nel nostro ordinamento potrebbero piuttosto tornare a far gioco le categorie giuridiche tradizionali, e, in particolare, il distinguo tra la vera e propria discrezionalità e le valutazioni tecniche.

Infatti, se in ordine a questa seconda nozione la giurisprudenza finalmente accedesse alla posizione della dottrina prevalente, e ne seguisse fino in fondo tutte le implicazioni, nel settore delle aggiudicazioni pubbliche potrebbero essere implementate tecniche di controllo giurisdizionale pieno che costituirebbero un adeguato contrappeso per il venir meno di una parte dei consueti vincoli formali e procedurali.

GIUSEPPE MANFREDI



---

*Convegni e seminari: relazioni,  
interventi e note a margine*

---

IN TEMA DI SELEZIONE E FORMAZIONE  
DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI\*

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. Centralità del tema in oggetto. – 2. Evoluzione del ruolo del giudice amministrativo. – 3. Differenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo sul piano funzionale e strutturale. – 4. Giustizia nell'amministrazione e principio del giusto processo. – 5. Le 'zone d'ombra' tuttora presenti nell'ordinamento della giurisdizione amministrativa 'ordinaria'. – 6. Per un giudice amministrativo 'vero giudice' anche sul piano ordinamentale.

1. *Centralità del tema in oggetto.*

Il tema della selezione e formazione dei giudici amministrativi è in genere poco trattato in dottrina e nei manuali, quasi fosse un tema minore, marginale, di interesse per i soli 'addetti ai lavori'. In realtà, si tratta di un tema di rilevanza centrale, 'strategica': un tema, quindi, in certo modo prioritario rispetto ad altri, che pure attengono alla disciplina del processo amministrativo.

Lo aveva capito molto bene il nostro sommo poeta: "Le leggi son, ma *chi* pon mano ad elle?"<sup>1</sup> In effetti, è di esperienza comune che leggi, perfette sulla car-

---

\* Il presente lavoro è derivato da un intervento per il convegno "A un passo dal codice della giustizia amministrativa" organizzato presso l'Istituto della enciclopedia italiana a Roma, il 7 giugno 2010, nell'ambito del corso di perfezionamento su politica e diritto amministrativo dell'Università di Modena e Reggio Emilia, in collaborazione con le Università di Padova, Perugia e Roma tre.

Esso si inserisce nel quadro degli studi dedicati al tema della giustizia, e in particolare della giustizia amministrativa, intesa come 'infrastruttura istituzionale' di rilievo centrale nell'ambito del diritto dell'economia, secondo la concezione ampia di questa disciplina più volte illustrata nel corso di questi anni. Una 'infrastruttura', il cui corretto ed efficace funzionamento può avere una notevole rilevanza anche sul corretto rapporto tra istituzioni pubbliche e attività economiche sotto molteplici profili.

Questo saggio è destinato agli studi in onore di P. Stella Richter.

<sup>1</sup> Dante, *Inferno*, XVI, 75.

ta, si rivelano nella pratica un disastro per la resistenza o la inadeguatezza di coloro che sarebbero tenuti ad attuarle e viceversa: basta pensare a come, muovendo da brandelli di norme, lacunose, imprecise, contraddittorie, come quelle che hanno governato il processo amministrativo per oltre un secolo (sino alla fine degli anni novanta del secolo scorso), il Consiglio di stato è riuscito a costruire quello che per decenni è stato considerato un ordinamento processuale compiuto (il processo amministrativo, appunto) e a dare vita, d'intesa con le sezioni unite della Corte di cassazione, a quello che viene definito come il 'sistema' della giustizia amministrativa<sup>2</sup>. È vero che, come ho notato in altra occasione, si tratta di una definizione forse eccessiva o quanto meno impropria, ma certo si deve riconoscere che questo 'sistema', nonostante talune manchevolezze e contraddizioni, ha 'funzionato' per tanti anni sino alle più recenti riforme ed è tuttora operante nel suo assetto fondamentale<sup>3</sup>.

Non è dubbio, peraltro, che il tema della selezione e formazione dei giudici (e in particolare dei giudici amministrativi 'ordinari'<sup>4</sup>) è un tema piuttosto complesso che non può certo essere esaurito e nemmeno trattato in maniera adeguata nello spazio di una breve nota. Procederò, quindi, per linee essenziali, cercando di evidenziare quelli che a mio avviso sono i punti nodali della questione.

Anzitutto, possiamo essere tutti d'accordo sul fatto che la selezione e formazione dei giudici (così come in generale l'ordinamento giudiziario, di cui la selezione e formazione dei giudici costituisce un aspetto particolare) è da mettere

<sup>2</sup> Sulla formazione del 'sistema' di giustizia amministrativa in Italia v. la accurata e magistrale ricostruzione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3° ed., Bologna, 1983, pp. 67 ss.

<sup>3</sup> V. *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa. La giurisdizione*, in *Dir. econ.*, 2008, pp. 820 ss. In senso critico sul nostro 'sistema' di giustizia amministrativa v. diffusamente anche A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/00 (epitaffio per un sistema)*, in S. RAIMONDI e R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna*, Atti del convegno di Palermo, marzo 2001, Torino, 2002, pp. 37 ss.

<sup>4</sup> Secondo la definizione di NIGRO, *op.cit.*, pp. 162 ss., che distingue appunto i giudici amministrativi 'ordinari' dai giudici amministrativi 'speciali' (Corte dei conti ecc.) con competenza limitata a particolari materie specificamente indicate dal legislatore. In senso diverso, Cons. stato, ad.pl., 16 dicembre 1983, n. 27, cit. da F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, p. 32, ha ravvisato nel sistema delineato dalla costituzione quattro organismi (il giudice ordinario, il giudice amministrativo, il giudice contabile, il giudice militare), ciascuno dei quali dotato di competenza generale nei rispettivi settori, e dunque tutti definibili come 'ordinari', rilevandosi come nel nostro ordinamento "L'unitarietà della giurisdizione si realizza, non sul piano strutturale (istituendo cioè un unico ordine giurisdizionale), ma su quello funzionale, attraverso l'inserimento nella costituzione di una serie di disposizioni e principi comuni a tutte le giurisdizioni".

Per quanto la Corte dei conti v. S. LARICCIA, *Reclutamento e formazione dei magistrati della Corte dei conti*, in N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario. III, Materiali per una riforma*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 166 ss.

in relazione alle caratteristiche della funzione o delle funzioni ad essa assegnate<sup>5</sup>. E dunque, per quanto concerne la selezione e formazione dei giudici amministrativi 'ordinari', è alla funzione giurisdizionale amministrativa e ai suoi specifici caratteri che dobbiamo anzitutto fare riferimento.

È da notare che il nuovo codice del processo amministrativo nulla dice in merito al tema in oggetto. Ma questo non significa che il codice non abbia alcun rilievo al riguardo. Esso, invero, costituisce l'ultima tappa<sup>6</sup> di una lunga evoluzione che ha interessato la giurisdizione amministrativa, soprattutto a seguito della entrata in vigore della costituzione repubblicana, ma con una decisa accelerazione soprattutto a partire dagli ultimi anni del secolo scorso: una evoluzione che ha finito in sostanza con l'alterare profondamente, anzi direi con il ribaltare (rispetto agli esordi nel 1889), la stessa natura e funzione di tale giurisdizione ed il suo rapporto con l'amministrazione (come autorità) da un lato, e con il privato dall'altro<sup>7</sup>.

## 2. Evoluzione del ruolo del giudice amministrativo.

In origine, era certo prevalente nel giudice amministrativo il ruolo di controllo e di guida del corretto esercizio del potere dell'amministrazione<sup>8</sup>. La tutela del privato era solo la *occasione* per il sindacato del giudice sul potere dell'amministrazione e si realizzava *in occasione* e per il tramite di tale sindacato, il quale si svolgeva propriamente in funzione di tutela non del privato, ma dell'interesse pubblico e, quindi, della legge che tale interesse aveva affidato all'azione amministrativa. La qualificazione dell'interesse legittimo, come interesse solo indiret-

---

<sup>5</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Formazione e selezione dei giudici: una ipotesi comparata*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Cedam, 2001, I, pp. 235 ss., 244. Il tema si inserisce in quello più ampio della formazione del giurista su cui v., tra gli altri N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 647 ss. nonché da ultimo, le relazioni al convegno di Lecce, del 22 aprile 2010, su *'La formazione del giurista in Europa. Esperienze a confronto'*.

<sup>6</sup> Che, tuttavia, non è detto sia quella definitiva. Una prima modifica e integrazione del codice si è avuta con il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, sulla base della delega contenuta nell'art. 44.4 della legge 69 del 18 giugno 2009.

<sup>7</sup> Sulla evoluzione in questo senso del 'sistema' v. ancora, in via di sintesi, il mio scritto cit., nonché *"In tema di pregiudiziale amministrativa"*, in *Jus*, 2007, pp. 223 ss.

<sup>8</sup> Agli inizi, del resto, non era nemmeno del tutto chiaro che si trattasse di un 'giudice': come è noto, la questione della natura giurisdizionale della quarta sezione venne definitivamente risolta dal legislatore solo con la legge 7 marzo 1907, n. 62. Cfr. NIGRO, *op.cit.*, pp. 99 ss.

Sulla influenza esercitata dall'ordinamento francese sulle origini e sulla evoluzione del Consiglio di stato, nonché sugli scostamenti del sistema italiano dal suo modello, v. anche A. AZZENA, *Il Consiglio di stato tra riforme napoleoniche e attuali esigenze di adeguamento*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, I, pp. 263 ss.

tamente od *occasionalmente* protetto, aveva appunto questo significato: la tutela del privato era da intendersi solo come una conseguenza ulteriore del controllo sull'esercizio del potere, quasi uno strumento predisposto dal legislatore allo scopo di attivare il controllo del giudice, ed in certo modo come un premio al privato (titolare dell'interesse pregiudicato dall'atto di una pubblica amministrazione) per avere consentito, con il suo ricorso, il sindacato giurisdizionale su quello stesso atto amministrativo, e reso possibile la tutela della legalità dell'azione amministrativa<sup>9</sup>.

Con la costituzione repubblicana la prospettiva cambia completamente (ma, per la verità, la situazione si era evoluta già prima della sua entrata in vigore). L'accento viene posto, ora, non più sul sindacato del potere, ma sulla *tutela* dell'interesse legittimo. Così che questo interesse viene definitivamente ad assumere rilevanza, non più solo sul piano processuale, ma anche sul piano sostanziale, in analogia con il diritto soggettivo, a cui in effetti viene ripetutamente accostato, in particolare negli artt. 24, 103 e 113 cost.<sup>10</sup>.

La tutela del privato (o, *rectius*, la tutela della situazione soggettiva che nella lite amministrativa oggetto del giudizio risulta prevalente (in quanto considerata meritevole di tutela da parte dell'ordinamento) costituisce ora la *vera* ragion d'essere della giurisdizione amministrativa, mentre il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo costituisce l'occasione e lo strumento per tale tutela. Anzi, per *una tutela piena ed effettiva*, come è stato affermato più volte dalla Corte costituzionale e dai massimi organi della giurisdizione ordinaria ed amministrativa (almeno a partire dagli anni '80) e come viene affermato ora in via espressa dall'art. 1.1 del codice<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> La bibliografia è vastissima sul punto. Ma v., in particolare, O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, pp. 161 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa* (rist. anastatica della edizione del 1942), Padova, 1994, pp. 61 ss.: "dal punto di vista strettamente giuridico, è il cittadino che serve al giudizio amministrativo, che senza la sua iniziativa non potrebbe instaurarsi e svolgersi, mentre il giudizio amministrativo non serve al cittadino. Ma dire che il cittadino ricorrente serve al giudizio amministrativo è quanto dire che esso serve all'interesse pubblico, la cui garanzia rappresenta lo scopo di quel giudizio" (già HAURIUO configurava il privato ricorrente alla stregua di un 'pubblico ministero', operante nell'interesse obiettivo dell'ordinamento, come ricorda E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2007, pp. 66 ss.)

<sup>10</sup> Cfr. il mio *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della pubblica amministrazione*, Modena, 1982.

<sup>11</sup> "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo". Sulla rilevanza al riguardo del diritto europeo e, in particolare, della CEDU v. *infra* il par. 4.

Nel senso di una complessiva evoluzione, in specie nel corso dell'ultimo decennio, degli ordinamenti europei di giustizia amministrativa (in particolare, quelli di Spagna, Portogallo, Italia, Francia ed Inghilterra) nel senso appunto di una tutela piena ed effettiva dei diritti ed interessi riconosciuti dal legislatore ai privati, in termini analoghi a

In effetti si può dire che (nonostante i ripensamenti ed i passi indietro del testo approvato dal governo rispetto a quello varato dalla apposita commissione) il codice completa, sistema ed affina lo strumentario di cui dispone il giudice amministrativo per offrire alla 'parte che ha ragione' (Calamandrei) una soddisfacente tutela del suo interesse, in termini non inferiori rispetto a quelli offerti dal giudice ordinario.

Sotto questo profilo (della disciplina del processo e dei poteri istruttori e decisorii), dunque, il giudice amministrativo si può considerare in certo modo parificato al giudice ordinario, in quanto 'vero giudice', così come è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004<sup>12</sup>. Parificato, ma non assimilato!

Invero, tra giudice ordinario e giudice amministrativo permangono delle differenze sostanziali, sia per quanto riguarda l'oggetto della giurisdizione, sia per quanto riguarda il suo ordinamento, quale risulta definito dalla normazione positiva e dalla stessa costituzione.

### 3. Differenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo sul piano funzionale e strutturale.

Per quanto riguarda l'oggetto, la giurisdizione amministrativa si caratterizza, come noto, per il fatto di essere il giudice dell'amministrazione-autorità; di avere quindi per oggetto controversie che (anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, come è stato chiarito dalla Corte costituzionale) si riferiscono all'esercizio del potere amministrativo, o comunque si inseriscono (o si svolgono) in ambiti (o 'materie') caratterizzati dalla presenza in essi dell'amministrazione-autorità investita del pubblico potere<sup>13</sup>.

Questa costituisce la caratteristica propria e peculiare della giurisdizione amministrativa: una caratteristica che la contraddistingue nettamente dalla giurisdizione ordinaria, e ne giustifica un regime differenziato sul piano processuale.

---

quella che si riscontra nell'ordinamento italiano a partire dagli anni '80 del secolo scorso, con ampi riferimenti a leggi ed atti normativi e anche a testi costituzionali (come quello di Spagna che all'art. 24 contempla per tutti il "derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos") v. anche E. GARCIA DE ENTERRIA, *op.cit.*, in particolare, pp. 43 ss.; 53 ss.

<sup>12</sup> Tra l'altro, in *Dir.proc.amm.*, 2004, p. 799. Per ulteriori ampi riferimenti su questa sentenza 'storica' (sotto molteplici profili) rinvio alla mia nota *Le materie ed i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir.econ.*, 2004, pp. 719 ss.

<sup>13</sup> V. ancora la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 cit., nonché quella n. 191 del 2006 (su cui si rinvia, per ampi riferimenti, alla nota *Ancora in tema di giurisdizione esclusiva (in particolare, in materia di espropriazione per p.u.)*, in *Dir.econ.*, 2006, pp. 377 ss.

Così come, sul piano sostanziale, il regime peculiare dell'amministrazione-autorità si distingue nettamente (nel nostro ordinamento, così come in tutti i regimi a diritto amministrativo) dal regime proprio dei soggetti privati, o della stessa pubblica amministrazione quando non agisce come autorità, ma come soggetto privato ovvero senza alcun potere pubblico<sup>14</sup>.

Anche per quanto riguarda il suo ordinamento, la giurisdizione amministrativa (almeno a livello del Consiglio di stato, che ne costituisce tuttora l'organo di vertice) si distingue da quella ordinaria sotto un triplice profilo: per il rapporto con la *organizzazione* amministrativa (ed in particolare con il governo<sup>15</sup>); per il rapporto con la *funzione* amministrativa (ed in particolare, con la funzione consultiva), attribuita anch'essa al Consiglio di stato sino dalle sue origini<sup>16</sup>; per il rapporto con la giurisdizione ordinaria<sup>17</sup>.

A ben considerare, tutti e tre questi profili hanno un tratto in comune: la concezione della *giustizia nell'amministrazione*, quale ancora oggi si trova espressa e richiamata nel primo comma dell'art.100 cost. Una concezione che si fonda in sostanza sulla nota affermazione secondo cui "*juger l'administration c'est administrer*": giudicare l'amministrazione (intesa come amministrazione-autorità) equivale ad amministrare<sup>18</sup>.

In effetti, (secondo questa concezione) anzitutto il sindacato sul corretto uso del potere amministrativo, in quanto comporta una ingerenza nel potere stesso, si risolve in ultima analisi in un modo di esercizio del potere amministrativo<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Sulla ragione 'politica' della giustizia amministrativa nello stato amministrativo o a regime amministrativo v. in particolare, NIGRO, *op.cit.*, pp. 25 ss.

Sul regime peculiare dell'attività svolta dalla p.a. come autorità, v. per ampi riferimenti le voci: *Considerazioni sull'azione e l'attività amministrativa*, in V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, pp. 5 ss.; 19 ss.; *Attività amministrativa, e Provvedimento amministrativo*, in V. ITALIA (dir.), *Atti, procedimenti, documentazione*, Milano, 2007, rispettivamente pp. 177 ss.; 1531 ss.; nonché, da ultimo, le relazioni al convegno dell'AIPDA, Lecce, 1 ottobre 2011, sul tema "L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti".

<sup>15</sup> Art. 100.3 cost.: "La legge assicura l'indipendenza dei due istituti [Consiglio di stato e Corte dei conti] e dei loro componenti di fronte al governo".

<sup>16</sup> Art. 100.1.cost.: "Il Consiglio di stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione".

<sup>17</sup> Art. 108, ultimo comma: Contro le decisioni del Consiglio di stato...il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

<sup>18</sup> V. ancora NIGRO, *op.cit.*, p. 30.

<sup>19</sup> Il che è alla base, secondo il principio della separazione dei poteri, del c.d. divieto di repressione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario (in quanto espressione, a differenza del giudice amministrativo, di un potere diverso da quello 'esecutivo') di cui all'art. 4 della LAC. È da notare, peraltro che il principio della separazione dei poteri non è stato costituzionalizzato: difatti, secondo l'ultimo comma dell'art.112 cost., "la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".

In secondo luogo, il sindacato sul potere, in quanto evidenzia il modo errato in cui il potere è stato esercitato, indica anche implicitamente in quale modo il potere avrebbe dovuto essere esercitato in passato e, di conseguenza, in quale modo il potere deve essere esercitato dopo la pronuncia del giudice amministrativo<sup>20</sup>.

In questa prospettiva, come è stato notato, *sul piano funzionale* l'esercizio della giurisdizione amministrativa non si discosta poi molto dalla attività di consulenza, se non per il fatto che questa seconda, a differenza della prima, si svolge nei confronti di un potere che deve ancora essere esercitato, prima quindi, e non dopo l'insorgere di una controversia amministrativa con il privato in ordine al corretto (o al mancato) esercizio del potere. La coesistenza in capo al Consiglio di stato di entrambe queste funzioni, dunque, si spiega e si giustifica proprio per il rapporto di sostanziale contiguità e continuità, tra funzione consultiva e giurisdizione amministrativa<sup>21</sup>.

Per altro verso, *sul piano strutturale* la conseguenza di questa concezione comporta, per il principio della separazione dei poteri, che la giurisdizione amministrativa tende a contrapporsi alla giurisdizione ordinaria, in quanto, appunto

---

<sup>20</sup> NIGRO, *op.cit.*, pp. 386 ss., nonché da ultimo C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in SCOCA F.G. (a cura di), *op.cit.*, pp. 545 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Cons. stato, ad.gen., 23 novembre 1967, n. 1237, in *Cons. stato*, 1967, I, pp. 2358 ss.; A. QUARANTA, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di stato. Un nodo da sciogliere*, in *Cons. stato*, 1998, II, pp. 281 ss.; A. DE ROBERTO, *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, in *Cons. stato*, 2005, II, pp. 209 ss.

La commistione di funzioni consultive e giurisdizionali si rinviene in diversi ordinamenti europei ed in particolare in Francia (cfr. Conseil d'Etat, Rapport public 2008, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, 2008). In termini diversi si pone l'ordinamento tedesco, come ricorda V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella costituzione*, in *www.astrid.eu*, pp. 19 ss.

Per un quadro (non del tutto aggiornato) dei vari sistemi di giustizia amministrativa in Europa v. NIGRO, *op.cit.*, pp. 39 ss.; G. MOTZO (coord.), *Administrative law. The problem of justice*, vol.I (*anglo-american and nordic systems*), Milano 1991; G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996; G. MOTZO (coord.), *Administrative law. The problem of justice*, vol.II e III (*western european democracies*), Milano, 1997. In particolare sull'ordinamento tedesco, v. A MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991.

È il caso di ricordare che, dopo l'entrata in vigore della legge del 1971 n. 1034, è stata proposta da varie parti l'attribuzione anche ai TAR delle funzioni consultive, proprio in considerazione dello stretto collegamento tra queste funzioni e quelle giurisdizionali amministrative. In questo senso v., da ultimo, C.E. GALLO, *L'attività consultiva del giudice amministrativo in relazione al nuovo titolo V della costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene 2005, pp. 1131 ss.; 1142 ss.

Viceversa, un deciso tentativo di separare le due funzioni (consultiva e giurisdizionale) attribuite al Consiglio di stato, si è avuto con la commissione bicamerale D'Alena, di cui a legge cost. n.1 del 1997 (v. l'art.119 del testo della commissione AC 3931/A), su cui in senso fortemente critico v. le osservazioni di A. QUARANTA, *op.cit.* Così anche, ma solo in parte v. anche A. AZZENA, *op.cit.*, pp. 276 ss.

sotto il profilo ordinamentale, pertiene propriamente ad un potere diverso: il potere amministrativo o *lato sensu* 'esecutivo'.

In questa prospettiva, la giurisdizione amministrativa (si ripete: non sul piano funzionale, ma su quello strutturale) fa parte della pubblica amministrazione, di cui è una componente, anche se in una posizione del tutto peculiare, per la funzione ad essa assegnata, di presidio al massimo livello del corretto esercizio del potere, di garanzia del pieno rispetto dell'ordinamento da parte dell'amministrazione, e di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati (come presidio appunto della *giustizia nell'amministrazione*)<sup>22</sup>.

Ciò che, *sul piano dei rapporti con il potere esecutivo*, spiega e giustifica il fatto (solo apparentemente contraddittorio) per cui, da un lato, si afferma e garantisce, a livello costituzionale, la indipendenza del Consiglio di stato e dei suoi componenti dal governo, e però, d'altro lato, non viene escluso che il legislatore possa attribuire allo stesso governo il potere di nomina di una quota non irrilevante di consiglieri di stato, nonché la attribuzione ai magistrati amministrativi di incarichi esterni presso le amministrazioni dello stato<sup>23</sup>;

<sup>22</sup> È, del resto, il caso di ricordare a questo proposito, che l'art. 100 è inserito nella sezione III del titolo terzo della parte seconda della costituzione, dedicato al governo. La dottrina e la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, tuttavia, hanno evidenziato la peculiare collocazione e natura degli organi ausiliari, e in particolare, del Consiglio di stato e della Corte dei conti, in particolare, per quanto concerne le funzioni non giurisdizionali alle quali, secondo alcuni, sarebbe da riferire propriamente il carattere di ausiliarità (ma, per la verità, la norma non pone distinzioni al riguardo). In effetti, da più parti si è affermato che questi organi non possono essere propriamente inquadrati in uno dei poteri tradizionali, operando in veste neutrale ed obiettiva nell'interesse dello stato-ordinamento, a garanzia del diritto obiettivo e della legalità dell'azione di governo e amministrativa (Cons. stato, ad. gen., 24 aprile 1980, n. 30, in *Le regioni*, 1982, pp. 126 ss.).

<sup>23</sup> Cfr. l'art.100, ultimo comma, cost. In effetti, l'art.19 della legge n.186 del 1982 (che contiene una disciplina organica dell'ordinamento della giurisdizione amministrativa, anche se norme particolari si rinvengono in altre leggi sia precedenti che successive) prevede la nomina governativa di un quarto dei posti vacanti. Di recente, peraltro, l'art. 18 della legge n. 205 del 2000 ha evidenziato l'esigenza di "un generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera" per i magistrati amministrativi, principio che potrebbe comportare la scomparsa della nomina governativa dal nostro ordinamento, come nota F. FIGORILLI, *Il giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *op.cit.*, p. 46. Al governo compete anche la nomina dei presidenti di sezione (art.21) e dello stesso presidente del Consiglio di stato (art.22).

Per quanto riguarda gli incarichi amministrativi v., in particolare, gli artt. 28 (incompatibilità di funzioni: valgono le cause di incompatibilità e di ineleggibilità previste per i magistrati ordinari, per quanto riguarda l'esercizio di compiti diversi da quelle istituzionali e l'accettazione di incarichi di qualsiasi specie) e 29 (collocamento fuori ruolo, consentito non oltre le 20 unità, solo per i magistrati che abbiano svolto funzioni di istituto per almeno quattro anni e, comunque, con forti limitazioni temporali e solo per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello stato, ovvero enti ed organismi internazionali ai sensi della legge 1114 del 1962).

Ma anche *sul piano dei rapporti tra giurisdizioni*, la particolare natura e funzione della giurisdizione amministrativa spiega e giustifica la sostanziale separazione e autonomia di questa giurisdizione rispetto a quella ordinaria (anche, ma non solo, per quanto concerne la selezione e formazione dei giudici)<sup>24</sup>, se pure temperata dal sindacato delle sezioni unite della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di stato, almeno per quanto attiene ai “motivi attinenti alla giurisdizione”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Come si è detto, una disciplina organica e distinta dell’ordinamento della giurisdizione amministrativa, secondo il principio della unicità di ruolo della magistratura amministrativa, è stata disposta con la citata legge n. 186 del 1982. Essa contempla diverse modalità di accesso e di nomina per i giudici dei TAR (art. 16 ss.) e del Consiglio di stato (art.19). Per i primi, in particolare, è il caso di ricordare che è previsto un concorso di ‘secondo grado’ al quale sono ammesse solo determinate categorie di persone (art. 14 della legge 1034/1971), che hanno già acquisito una particolare esperienza o preparazione nel campo del diritto o della pubblica amministrazione.

Va peraltro ricordato anche la peculiare disciplina relativa ai colleghi giudicanti del TRGA di Trento e della sezione autonoma di Bolzano, nonché del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, che prevede la nomina da parte di organi politici di giudici ‘non togati’. Su questi due particolari modelli e sui problemi connessi v. V. PARISSIO, *La separazione dei poteri e l’indipendenza del giudice amministrativo italiano sotto la lente della CEDU*, in *Foro amm., Cons.st.*, 2009, II, pp. 2728 ss.; in particolare, per quanto riguarda il CGARS, v. l’articolato studio di S. RAIMONDI, *L’ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009.

Per quanto riguarda i giudici ordinari, v. in particolare il d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, (istituzione del consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari) e il d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26 (Istituzione della scuola superiore della magistratura, nonché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati) e successive modificazioni ed integrazioni. In dottrina v. gli atti del Seminario su “*Giudici e ordinamenti giudiziari*” a cura di M.A. CABIDDU, in *Jus*, 1987, pp. 35 ss.

<sup>25</sup> La norma costituzionale consolida il ‘primato’ della giurisdizione ordinaria (per il tramite del suo organo di vertice) in ordine alla risoluzione dei conflitti di attribuzione (e poi anche di giurisdizione), affermato già dalla legge 31 marzo 1877, n. 3761 con cui si era inteso completare il sistema di giurisdizione unica introdotto con la legge sull’abolizione del contenzioso del 1865, sulla considerazione che solo il giudice ordinario potesse essere considerato, per la sua indipendenza dal potere esecutivo, come ‘un vero giudice’ idoneo ad offrire adeguate garanzie di imparzialità di giudizio. La conferma di questo ‘primato’ in materia di conflitti anche dopo la istituzione della quarta sezione del Consiglio di stato nel 1889 e l’entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile del 1942 (nonché la stessa ‘costituzionalizzazione’ del principio nell’art.111 cost.) evidenzia dunque il permanere di una concezione della giurisdizione amministrativa come una sorta di giurisdizione ‘minore’, da assoggettare a sindacato, quanto meno su un punto così delicato e in certo modo ‘strategico’ come quello relativo alle questioni di giurisdizione. Sulla evoluzione della normativa in materia di conflitti e sulle sue motivazioni di ordine politico-ideologico v. diffusamente NIGRO, *op.cit.*, pp. 86 ss.; 205 ss.

#### 4. Giustizia nell'amministrazione e principio del giusto processo.

Come si concilia tutto questo (e più in generale, la concezione della *giustizia nell'amministrazione* che ne è alla base) con i principi del giusto processo e, quindi, con il principio della imparzialità e terzietà del giudice e della parità delle parti, inseriti espressamente nel primo e secondo comma dell'art. 111 cost. dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 ed ora anche dall'art. 2.1 del codice del processo amministrativo<sup>26</sup>?

Poiché la modifica dell'art. 111, operata con legge cost. 21 novembre 1999, n.2, non ha toccato le altre norme della costituzione sopra richiamate (in particolare, i commi 1 e 3 dell'art.100 cost.), si deve ritenere che il principio del giusto processo non incida su di esse. Il che però non esclude che queste norme (e la loro applicazione) debbano essere temperate con quel principio, tenendo conto anche della progressiva evoluzione e delle linee di tendenza dell'ordinamento in ordine ai caratteri della giurisdizione amministrativa.

Invero, mentre per un verso, la logica tradizionale della giustizia nell'amministrazione sembra assumere una rilevanza progressivamente recessiva<sup>27</sup>, per altro verso, viene ad assumere oggi una crescente rilevanza ed estensione il principio di indipendenza e imparzialità degli organi giurisdizionali<sup>28</sup>. Ed anche il prin-

<sup>26</sup> Riportato all'inizio di nota 11. I primi due commi dell'art.111 cost., prevedono ora che "1.La giurisdizione si attua mediante il *giusto processo* regolato dalla legge. 2.Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a *giudice terzo ed imparziale*...". Entrambe queste disposizioni si richiamano chiaramente a quanto prevede l'art.6.1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto ad un processo equo): "1.Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, da un tribunale *indipendente e imparziale* costituito per legge..."

<sup>27</sup> Come risulta, sul piano funzionale dalla pienezza di poteri attribuiti al giudice amministrativo dal nuovo codice e, sul piano ordinamentale, ad es., dalla attribuzione ai giudici amministrativi di primo grado (TAR) della sola funzione giurisdizionale (cfr. nota 11), e dall'allentamento per essi della ingerenza del governo (quale si attua oggi solo per la nomina del presidente del collegio riservata ad un consigliere di stato ex art.21 della legge n. 186 del 1982); nonché dalla diminuita discrezionalità del governo nella nomina dei consiglieri di stato (che devono essere prescelti tra categorie di personale, in base a criteri e secondo articolate procedure che ne dovrebbero assicurare la preparazione e competenza: v. art. 19.1, n.3, acquisendo poi con la nomina la inamovibilità dell'ufficio, così come i consiglieri provenienti dalla carriera interna o dal concorso), nella nomina dei presidenti di sezione (art. 21) e dello stesso presidente del Consiglio di stato (art. 22), secondo una disciplina considerata "sufficientemente garantistica", secondo le indicazioni della sentenza n. 177 del 1973 della Corte costituzionale (CERULLI IRELLI, *op.cit.*, pp. 21 ss.).

<sup>28</sup> V. PARISIO, *op.cit.*, pp. 2728 ss. nota correttamente come "il tema dell'indipendenza... si intreccia strettamente a quello dell'imparzialità, intesa come comportamento equidistante che il magistrato deve tenere nei confronti delle parti...anche perché un giudice non indipendente difficilmente potrà essere imparziale. L'indipendenza si profila come condizione pregiudiziale per l'imparzialità del giudice, anche se un giudice indipen-

cipio della terzietà-imparzialità del giudice amministrativo ha un potenziale fortemente espansivo, proprio per il fatto che (non solo sul piano giuridico<sup>29</sup>, *ma anche* su quello della sensibilità collettiva, della pubblica opinione) esso viene avvertito sempre più come il vero, naturale e imprescindibile connotato della funzione giurisdizionale, e di ogni collegio giudicante che possa fregiarsi della qualifica di 'vero giudice' sotto ogni profilo (funzionale, strutturale ed ordinamentale).

Questa linea di tendenza risulta confermata, tra l'altro, anche dalle più recenti posizioni assunte a livello di Consiglio d'Europa<sup>30</sup>, nonché dalla giurisprudenza a livello nazionale ed europeo.

---

dente non è per ciò solo imparziale, visto che l'imparzialità rinvia direttamente alla mancanza di pregiudizi in capo al giudice stesso". Nello stesso senso anche S. LARICCIA, *L'indipendenza del giudice*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, cit., II, pp. 881 ss., con ampi riferimenti ai precedenti storici ed ai lavori della Assemblea costituente. V. anche G. CAMPANELLI, *L'evoluzione, l'involutione e la difesa del principio di indipendenza della magistratura tra modifiche normative e ipotesi di riforma*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Giapichelli, Torino, 2010, pp. 273 ss.

Sulla indipendenza dei giudici amministrativi speciali v. G. FERRI, *L'indipendenza delle magistrature speciali e la composizione del consiglio di presidenza della Corte dei conti*, nota a Corte cost., 13 gennaio 2011, n. 16, in *Foroamm.-C.d.S.*, 2011, pp. 2217 ss.

<sup>29</sup> La stessa approvazione del codice del processo amministrativo (con la sottolineatura del principio della parità tra le parti) inevitabilmente ripropone la questione strettamente connessa della terzietà del giudice anche nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

<sup>30</sup> Di particolare interesse la raccomandazione sui giudici adottata dal Comitato dei ministri il 17 novembre 2010 (che aggiorna e sviluppa in modo rilevante la precedente raccomandazione Rec [94] 12 del comitato dei ministri) e rivolta agli stati membri del Consiglio d'Europa, "al fine di incoraggiare lo sviluppo di una cultura comune della giurisdizione" (v. la versione non ufficiale in lingua italiana condotta sugli originali inglese e francese, a cura del dott. R. Sabato, past president e componente dell'ufficio direttivo del consiglio consultivo dei giudici europei, rinvenibile sul sito del consiglio d'Europa). Per una sintesi della relativa proposta v. G. OBERTO, *La proposta di una nuova raccomandazione sul tema "indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici"*, elaborata dal Comitato d'esperti sulla magistratura (CJ-S-JUD) del Consiglio d'Europa, in *Contr. Impr.*, 2010, pp. 481 ss.

È evidente l'incidenza che sulla elaborazione di questo documento ha avuto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in sede di applicazione dell'art. 6.1 della convenzione (su cui v. oltre nel testo e nelle note). In esso, infatti, ritroviamo ribaditi e ordinati in maniera sistematica i diversi principi elaborati dalla Corte in materia di indipendenza esterna e interna, e di statuto del giudice, con una sottolineatura dello stretto collegamento tra le garanzie e i diritti (artt. 3-58) da un lato e, dall'altro, i doveri e le responsabilità dei giudici (artt. 59-74), per un esercizio efficace, indipendente e imparziale della giurisdizione.

In particolare, i poteri legislativo ed esecutivo devono evitare ingerenze che possano compromettere la indipendenza dei giudici (con critiche inappropriate: art. 18, ovvero con interventi sulla selezione e carriera dei giudici non conformi a quanto disposto dall'art. 47), mentre "i giudici devono agire ed apparire agire, liberi da qualsiasi indebita influenza

In particolare, per la Corte europea dei diritti dell'uomo (alla cui giurisprudenza si è richiamata spesso, in passato ed anche da ultimo, la giurisprudenza nazionale, sia della Corte di cassazione<sup>31</sup>, sia dei giudici amministrativi<sup>32</sup>), è sufficiente ricordare quanto ha osservato nella decisione Savino del 29 aprile 2009 (sulla autodichia della Camera dei deputati). E cioè che la condizione di imparzialità del giudice (quale viene richiesta dall'art.6 della convenzione) "possiede due aspetti: uno soggettivo, secondo cui il tribunale non deve manifestare alcuna posizione o pregiudizio personale, e l'altro obiettivo, per cui il tribunale deve offrire garanzie sufficienti per escludere che ci siano legittimi dubbi riguardo alla sua imparzialità.

In pratica, riguardo alla imparzialità obiettiva, non devono sussistere fatti che possano far sospettare dell'imparzialità dei giudici, indipendentemente dalla loro condotta personale". In altri termini, colui che esercita la giurisdizione, non solo deve essere, ma deve anche apparire, imparziale, e quindi sopra le parti (e non solo in condizione di indipendenza rispetto ad esse): questo è quello che è stato chiamato il c.d. principio della apparenza<sup>33</sup>.

---

esterna" (art.60); "possono svolgere attività al di fuori delle loro funzioni ufficiali, ma, al fine di evitare qualsiasi conflitto di interessi reale o percepito, la loro partecipazione deve essere limitata ad attività compatibili con la loro imparzialità e indipendenza" (art. 21). In ogni caso devono operare in modo da "godere della fiducia del pubblico" (art. 20).

Per quanto concerne il tema della selezione dei giudici v. gli artt. 44-48 e 51 mentre, per quanto concerne la formazione, rilevano gli artt. 56 e 57 (sulla formazione iniziale e permanente), ma anche gli artt. 43 e 65 (i giudici devono aggiornarsi con regolarità e ampliare il proprio bagaglio professionale, anche attraverso adeguate "relazioni tra i giudici a livello internazionale", che gli stati sono tenuti a promuovere).

<sup>31</sup> Si veda, da ultimo, l'ordinanza delle sezioni unite del 17 marzo 2010, n. 6529 (sulla autodichia del presidente della repubblica), con la quale (sulla scorta, appunto, della più recente giurisprudenza CEDU e, però, in discontinuità con la propria precedente giurisprudenza, risalente a due sentenze, n. 3422 del 1988 e n. 12618 del 1998, che negavano fondamento costituzionale, anche indiretto, al potere di riservare per regolamento alla propria cognizione 'interna' controversie di impiego del personale addetto alla presidenza della repubblica e dipendente dal segretario generale ha ravvisato il fondamento di tale potere nella più recente disciplina (di cui ai decreti n. 81 ed 89 del 1996) che ha previsto un doppio grado di cognizione e una specifica disciplina ordinamentale e procedurale idonea ad assicurare la stabilità, indipendenza e imparzialità di giudizio dei collegi decidenti. Il testo dell'ordinanza si legge, tra l'altro, in *federalismi.it*, n. 7/2010 con un commento di G. MALINCONICO, *Sull'autodichia della presidenza della repubblica*.

<sup>32</sup> In particolare, per quanto attiene ai rapporti tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale, per le quali si dovrebbero evitare interferenze ove le due funzioni si riferiscono allo stesso oggetto: per riferimenti v. PARISIO, *op.cit.*, nota 7 a p. 2730.

<sup>33</sup> V. PARISIO, *op.cit.*, pp. 2732, 2734, 2737, 2741.

V. anche C. CALVIERI, *Lo status del magistrato del Consiglio di stato tra funzione consultiva e giurisdizionale, la giurisprudenza della Corte CEDU e la minore tensione del giudice nazionale costituzionale ed amministrativo sul 'valore' dell'apparenza*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costi-*

La stessa Corte, tuttavia, non ha dato indicazioni sulla soluzione da adottare per dare piena attuazione all'art. 6 della convenzione (dichiarando anzi espressamente di non essere tenuta a farlo, essendo questo un compito riservato agli stati). La Corte ha solo sottolineato il fatto che la soluzione prescelta deve essere tale da non suscitare nei cittadini il sospetto di una possibile parzialità (anche di uno solo dei componenti del collegio giudicante) ed, anzi deve essere tale da 'ispirare fiducia ai consociati'<sup>34</sup> nella imparzialità (soggettiva ed oggettiva) dei giudici.

Con riferimento al Consiglio di stato francese (così come, del resto la nostra Corte costituzionale, con riferimento al Consiglio di stato italiano) la Corte europea ha peraltro escluso che la nomina da parte del governo (o più in generale dell'autorità politica) di un certo numero di consiglieri sia di per sé in contrasto con il principio di imparzialità del giudice: ciò che rileva, infatti, sono piuttosto il modo ed i criteri della scelta, l'assenza di condizionamenti diretti od indiretti, il modo di esercizio della funzione giurisdizionale<sup>35</sup>.

Nemmeno la contiguità del Consiglio di stato all'esecutivo, o il coinvolgimento dei consiglieri allo svolgimento di una funzione consultiva o di amministrazione attiva, *di per sé*, appare in contrasto con l'art.6 della convenzione: occorre infatti verificare, caso per caso<sup>36</sup>, se questa contiguità o questo coinvolgimento si svolgono in tempi e modi tali da ingenerare un qualche fondato sospetto sulla non assoluta imparzialità del collegio o di taluno dei suoi componenti<sup>37</sup>.

Di conseguenza, anche se, nel quadro di un generale ripensamento dell'assetto della funzione giurisdizionale e della forma di governo e della forma di stato, non si può del tutto escludere *la possibilità* di una riforma costituzionale,

---

*tuzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 257 ss.; T. GIOVANNETTI, *I magistrati, la politica, e l'insostenibile peso dell'apparenza*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali ecc.cit.*, pp. 371 ss.

<sup>34</sup> V. PARISIO, *op.cit.*, p. 2731; 2737. Cfr. con quanto disposto all'art.20 dalla raccomandazione cit. a nota .

<sup>35</sup> V. PARISIO, *op.cit.*, p. 2735. Nel nostro ordinamento la questione della nomina governativa di un certo numero di consiglieri di stato, pur sollevata più volte dal Consiglio di stato (ad es., dalla sentenza della V sez., 8 maggio 1973, n.481, in *Giur. It.*, 1973, III, 1, pp. 417 ss.) è stata ritenuta non fondata dalla Corte costituzionale con le sentenze n.1 del 1967 e n.177 del 1973.

<sup>36</sup> Sull'approccio pragmatico della CEDU e sulla 'geometria variabile' che viene ad assumere il principio di apparenza nell'ambito della sua giurisprudenza, v. PARISIO, *op.cit.*, pp. 2732 ss.

<sup>37</sup> V. PARISIO, *op.cit.*, p.2733 (nota 15) con ampi riferimenti alla giurisprudenza della CEDU e del Consiglio di stato. V. anche P. DE LISE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, relazione al convegno di Roma del 20 aprile 2009, su *Le giurisdizioni a contatto con la giurisprudenza della CEDU*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Nella prospettiva indicata nel testo A. AZZENA, *op.cit.*, p. 278 considera "da accogliere con favore una riforma che privasse il Consiglio di stato della consulenza negli affari specifici in cui l'amministrazione applica le norme, conservandogli invece quella sulla produzione normativa".

come quella che è stata prospettata in passato per una netta separazione anche sul piano organizzativo tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale e per una selezione dei giudici esclusivamente per concorso (secondo il modello tedesco ispirato ad una rigida applicazione del principio di separazione dei poteri)<sup>38</sup>, sembra da escludere, invece, *la necessità* di una riforma siffatta sulla base del diritto vigente.

5. *Le 'zone d'ombra' tuttora presenti nell'ordinamento della giurisdizione amministrativa ordinaria'.*

Sembrerebbe, invece, quanto meno opportuno (se non anche necessario) un intervento del legislatore (ma esso potrebbe essere preceduto, come già in parte è stato fatto, dall'opera della stessa giurisprudenza nazionale ed europea) per una adeguata disciplina di talune 'zone d'ombra', che sono tuttora presenti nell'ordinamento della giurisdizione amministrativa, per quanto riguarda, ad es., il rapporto tra funzione giurisdizionale e funzione consultiva e l'assunzione di incarichi esterni o il conferimento di incarichi siffatti da parte di organi politici<sup>39</sup>.

È il caso di ricordare, a questo riguardo, come secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: "a livello di principi generali, la partecipazione dei consiglieri di stato all'esercizio di funzioni consultive o di amministrazione attiva, non solo non comporta di per sé un attentato alla indipendenza ed imparzialità dei consiglieri nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali, ma al contrario rafforza le capacità di sindacato sull'operato dell'amministrazione, in quanto permette una conoscenza ancora più approfondita del suo funzionamento in concreto"<sup>40</sup>. E però, per una compiuta attuazione dell'art. 6 della convenzione e dell'art.111 cost. in coerenza con le indicazioni e raccomandazioni del Consiglio di Europa e

<sup>38</sup> V., oltre al progetto di riforma costituzionale approvato dalla commissione bicamerale D'Alema cit, il progetto di legge costituzionale n. 1864, presentato nel corso della XIV legislatura, da F. Cossiga (come dichiarata 'provocazione' ad affrontare il problema della 'politicizzazione' della magistratura). Nella XVI legislatura sono pure stati presentati diversi disegni di legge costituzionale, ad es., in materia di giurisdizione amministrativa (C.2288), sulla magistratura e l'esercizio della giurisdizione (C. 3122), per la piena attuazione del giusto processo (C.1598).

<sup>39</sup> Nota A. AZZENA, *op.cit.*, p. 281, che "l'indipendenza del giudice che ha l'ultima parola sulla legittimità dell'operato delle amministrazioni pubbliche è attualmente ancora affidata più che altro alla probità individuale, che, va riconosciuto, continua a essere sufficiente". E, però, come si legge nella sentenza n. 266 del 1988 della Corte costituzionale (riportata da Corte cost., 13 gennaio 2011, n. 16, con nota di G. FERRI cit.).

<sup>40</sup> Così V. PARISIO, *op.cit.*, p. 2733, con riferimento alla sentenza CEDU, III, 9 febbraio 2007 (Sacilor Lormines). In sostanza, la varietà di funzioni svolte e quindi di esperienze acquisite può essere un modo per assicurare la formazione continua dei magistrati amministrativi con l'acquisizione delle competenze specifiche richieste dal carattere peculiare delle controversie amministrative.

della giurisprudenza nazionale ed europea, sembrerebbe non solo opportuna, ma necessaria, una più puntuale regolamentazione delle incompatibilità attraverso una disciplina dei tempi e modi della partecipazione alle funzioni consultive od amministrative, in termini tali da evitare o prevenire indebite commistioni o interferenze sulla attività giurisdizionale (e, quindi, sulla condizione di imparzialità soggettiva ed oggettiva dei singoli componenti dei collegi giudicanti)<sup>41</sup>.

Per altro verso, sembrerebbe opportuno un completamento delle garanzie delle parti, non solo nello svolgimento del processo, ma ancora prima (e cioè nella formazione del collegio giudicante), ovvero dopo la conclusione del processo (con la previsione di rimedi successivi alla sentenza, nel caso di formazione irregolare del collegio stesso<sup>42</sup>). In particolare, dovrebbe essere assicurata la piena trasparenza e conoscibilità da parte degli interessati di eventuali situazioni di incompatibilità (ad es., attraverso la pubblicazione nei pareri dei nomi di tutti i consiglieri che vi hanno partecipato; nonché attraverso la possibilità per gli interessati di conoscere, per ogni consigliere, i pareri cui ha preso parte o gli incarichi ad esso assegnati<sup>43</sup>).

#### 6. Per un giudice amministrativo 'vero giudice' anche sul piano ordinamentale.

Qualunque sia la soluzione prescelta (vale a dire, una legge costituzionale od ordinaria) per un riassetto dell'ordinamento della giurisdizione amministrativa coerente con il principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizio-

<sup>41</sup> Così come è stato fatto, ad es., nell'ordinamento francese, attraverso le recenti modifiche apportate al *code de justice administrative*, su cui V. PARISIO, *op.cit.*, pp. 2734 ss.

A giudizio, invece, di DE LISE (*op.loc.cit.*) già adesso, "l'ampiezza dell'organico del Consiglio di stato..., la prassi sempre seguita nella composizione dei collegi giudicanti, nonché i rimedi – di chiusura – dell'astensione e della ricusazione sono tali da evitare qualsiasi commistione di funzioni e di garantire la piena imparzialità del giudice".

<sup>42</sup> Non solo in sede di revocazione, ma anche di sindacato sulla giurisdizione, sotto il profilo della irregolare composizione del collegio.

<sup>43</sup> La Corte europea, in effetti, ritiene legittimo il dubbio di parzialità del giudice che sia chiamato a pronunciarsi in sede giurisdizionale sullo stesso oggetto su cui si è già pronunciato in sede consultiva: V. PARISIO, *op.cit.*, p. 2730, 2734, ove si richiama la decisione della V sez. del 30 giugno 2009, *Union fédérale des consommateurs Que Choisir de Côte d'Or*, in cui si lamentava la violazione dell'art. 6.1 CEDU, per il mancato ottenimento di copia del parere, che aveva impedito alla parte di verificare se alcuni membri del collegio giudicante avessero fatto parte anche del collegio che aveva rilasciato il parere. In questo senso, del resto, è anche la giurisprudenza del Consiglio di stato cit. alla nota 11.

Una valida integrazione della disciplina positiva sui doveri dei giudici e sulle relative incompatibilità può derivare ora dalla adozione di codici etici. Sui codici etici dei magistrati amministrativi (rinvenibili, tra l'altro, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) e sulla loro rilevanza per la stessa formazione dei magistrati v. diffusamente A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 2010, pp. 23 ss.

nale, si tratta comunque di completare un percorso per il pieno superamento della antica concezione della giustizia nell'amministrazione: a ben vedere, un retaggio (in versione aggiornata e adattata allo stato di diritto) della 'giustizia ritenuta', quale prerogativa e privilegio del sovrano nello stato assoluto e di polizia.

Sia chiaro che non si vuole disconoscere qui il merito acquisito dal Consiglio di stato, anche nei tempi più bui della nostra storia, per la difesa dei diritti di libertà dei cittadini contro gli abusi dell'amministrazione. Così come si può convenire sul fatto che mai in passato la 'commistione' tra funzione consultiva e giurisdizionale ha causato inconvenienti o distorsioni nell'esercizio di questa seconda<sup>44</sup>. Non è in discussione la indipendenza e la imparzialità *sogettiva* dell'Istituto e dei suoi componenti, ma semmai quella che sopra si è definita come la indipendenza ed imparzialità *oggettiva*.

Anche sotto questo aspetto, come si è visto, sono stati realizzati dei notevoli passi avanti. Ora, però, si tratta di completare l'opera con una diversa interpretazione ed attuazione della formula della giustizia nell'amministrazione (ma per evitare ogni possibile equivoco, sarebbe preferibile parlare di una *giustizia amministrativa*, ovvero di una giustizia *nei confronti della amministrazione*, intesa come amministrazione-autorità).

In effetti, considerata la rilevata specificità dell'oggetto proprio della giurisdizione amministrativa, sembra necessario salvaguardare e valorizzare la specificità di tale giurisdizione rispetto a quella ordinaria anche sul piano ordinamentale (ed in particolare nel momento della selezione, della formazione e dello stato giuridico dei magistrati amministrativi e del rapporto ed interscambio tra questi e l'amministrazione) con l'obiettivo di favorire in tal modo la più approfondita conoscenza sia dell'amministrazione che dei problemi dell'amministrare ("da trasformare poi in 'saggezza giurisprudenziale' al momento dello svolgimento dell'attività giurisdizionale"<sup>45</sup>), senza però che questo rapporto ed interscambio tra magistrati ed amministrazione possa in alcun modo interferire con l'imparziale svolgimento della giurisdizione, sul piano soggettivo ed oggettivo.

In altri termini, ferma restando l'autonomia ordinamentale rispetto al giudice ordinario, in considerazione della specificità di caratteri e di oggetto della giurisdizione amministrativa<sup>46</sup>, si tratta di fare del giudice amministrativo "un vero giudice", non solo sul piano delle procedure e dello strumentario giuridico a disposizione per l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>47</sup>, ma anche sul piano ordinamentale, eliminando definitivamente tutti quei residui di una concezione or-

<sup>44</sup> Così A. QUARANTA, *op. cit.*, p. 280; nonché da ultimo C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 1144.

<sup>45</sup> Come nota V. PARISIO, *op. cit.*, p. 2736.

<sup>46</sup> Sulla questione della unità e unicità della giurisdizione e sui tentativi di introdurre nel nostro ordinamento un simile principio v. A. ROMANO, *op. cit.*, pp. 66 ss., nonché, da ultimo, S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011, pp. 43 ss.

<sup>47</sup> Ciò che si può già ritenere realizzato, in sostanza, con il nuovo codice del processo amministrativo.

mai superata dei rapporti tra giudici amministrativi e potere esecutivo, che possano (anche solo lontanamente) fare pensare alla giurisdizione amministrativa, se non ad una giurisdizione ‘domestica’, comunque ad una giurisdizione ‘minore’ rispetto a quella ordinaria (quanto meno sul piano delle garanzie oggettive di indipendenza ed imparzialità)<sup>48</sup>.

Una volta conseguito questo obiettivo, non dovrebbero più sussistere dubbi od ostacoli nel riconoscere la condizione paritaria di giudici ordinari ed amministrativi, con tutte le conseguenti implicazioni, in particolare, ad es., per quanto attiene alla risoluzione delle questioni e dei conflitti di giurisdizione, ma eventualmente anche per una risoluzione concordata, in sede nomofilattica, delle questioni di interesse comune per l’una e per l’altra giurisdizione<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> “È necessario dunque che anche ai giudici chiamati a difendere i cittadini nei confronti delle amministrazioni siano assicurate le medesime garanzie di indipendenza dei giudici ordinari: garanzie che devono valere ‘a maggior ragione’ proprio perché il giudizio si svolge contro una parte pubblica”, così S. LARICCIA, *op.cit.*, p. 893.

<sup>49</sup> Per una proposta in questo senso v. *Le nuove frontiere ecc. cit.*, p. 832 (con ampi riferimenti in nota).

Sulla funzione nomofilattica nell’attuale ordinamento, con spunti anche di diritto comparato, v. in generale S. OGGIANU, *op.cit.* In tema di funzione nomofilattica (della Corte dei conti) v. anche, da ultimo, M. CROCE, *La “lunga marcia” del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale?* In *Contratto e impr.*, 2011, pp. 847 ss.

Selezione e formazione dei giudici amministrativi e codice del processo amministrativo - *The selection and training of administrative judges and the code of administrative procedure*

La selezione e formazione dei giudici (e in particolare dei giudici amministrativi) è da mettere in relazione alle caratteristiche delle funzioni ad essi assegnate. Muovendo da questa premessa, lo studio considera la evoluzione della giurisdizione amministrativa dagli esordi sino al nuovo codice del processo amministrativo secondo una linea di tendenza, che si rinviene negli ultimi anni in tutti gli ordinamenti europei, per l'attuazione di una tutela piena ed effettiva delle situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento. A questa evoluzione sul piano degli strumenti di tutela, deve corrispondere ora anche una disciplina ordinamentale che consenta di qualificare il giudice amministrativo come 'vero giudice' sotto ogni profilo, alla pari del giudice ordinario, con tutte le conseguenti implicazioni (ad es. per una risoluzione 'paritaria' dei conflitti di giurisdizione o per l'esercizio congiunto della funzione nomofilattica sulle questioni di interesse comune).

The selection and training of judges (and specifically of administrative judges) should be analysed in relation to the characteristics of the powers assigned to them. Moving on from this assertion, the paper considers the evolution of administrative jurisdiction from its origins up to the new code of administrative procedure, tracing a trend which has been evident in recent years in all European legal systems, involving the establishment of full and effective protection with relation to subjective situations recognised by the legal system. This evolution in the provision of means of protection must now also go hand in hand with a regulatory structure which makes it possible to qualify an administrative judge as a "real judge" in every respect, on equal terms with an ordinary judge, and with all consequent implications (e.g. for a "fair" settlement of jurisdictional conflicts or for the joint exercise of the role of the "protection and preservation of the law" regarding questions of public interest).

## *Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»*

L'originale, completo di testo e note (e/o breve nota finale di riferimenti essenziali), deve essere inviato (in formato WORD o RTF) per e-mail (nonché eventualmente su supporto cartaceo) all'indirizzo del direttore responsabile riportato in seconda pagina di copertina.

I riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali devono essere conformi alle indicazioni riportate qui sotto ed aggiornati, per quanto possibile, al momento dell'invio alla Direzione.

All'originale deve essere allegato un breve riassunto di 20 righe al massimo, in italiano e in inglese (compreso il titolo), che potrà essere utilizzato a discrezione della Direzione.

L'originale (comprensivo di testo, note, eventuale bibliografia, e spazi liberi) non deve mai superare il numero di caratteri stabilito dalla Direzione. Di norma, l'originale non deve avere meno di 20.000 e non più di 100.000 caratteri (comprensivi di spazi, testo e note).

Il testo deve essere corretto e completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con il numero del paragrafo), con gli stessi caratteri (maiuscolo, maiuscoletto, corsivo) utilizzati dalla rivista.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione e consegna degli originali in conformità alle presenti indicazioni. Non sono consentite modifiche o nuove versioni dei contributi inviati! La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

### **Nella redazione del testo (e delle note) sono da seguire, di norma, i seguenti criteri :**

- evitare di usare maiuscole se non per nomi propri: quindi, anziché Stato, Ministro, Regione, Cassazione, Corte ecc., scrivere: stato, ministro, regione, cassazione, corte ecc.;
- evitare di usare abbreviazioni (ad es., è da scrivere: corte costituzionale, anziché corte cost., pubblica amministrazione, anziché p.a. ecc.) o acronimi, in specie se inusuali (es. FB in luogo di fondazioni bancarie; AGC, in luogo di autorità per le garanzie delle comunicazioni, ecc.); nel caso di uso di acronimi (in specie se di non di uso corrente), è sempre bene riportare (almeno la prima volta) anche il testo intero corrispondente: ad es., istituto monetario europeo (IME) etc.;
- per le parole straniere usare il corsivo;
- per i nomi degli AA. usare il maiuscoletto con l'iniziale del nome precedente quella del cognome (es. M. NIGRO);
- per le date (anche dei testi normativi) è da scrivere per lettera il mese, ed in modo completo l'anno di riferimento (es., 16 aprile 1998, anziché 16.4.98; n. 605 del 2000, anziché 605/00)
- per i testi normativi, valgono di norma le seguenti abbreviazioni: l. (per legge); d.l.; d.lgs.; t.u.; d.p.r.; d.p.c.m.; d.m.; cod.civ., cod.pen. (ecc.); cost.; comma o commi vanno scritti per intero; numero va abbreviato con n., anziché con n°, ecc..

### **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**

- Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
- Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

**Per le citazioni di dottrina:**

ROSSI A., *Le fondazioni bancarie*, in *Dir. Econ.*, 1998, 216 ss.;

NERI B., voce "Legalità", in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1997, p. 514 ss.;

BATTINI S., *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.* (a cura di S. CASSESE), T.I, Milano, 2000, p. 335 ss.;

CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994;

**Per le opere collettanee:**

AA.VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G.), Bologna, 1999; oppure

CARINGELLA F., DELPINO L., DEL GIUDICE F., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1999;

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: CAIANIELLO V., *op. cit.*, p..., oppure (in caso di più opere dello stesso A.: CAIANIELLO V., *Diritto ecc. cit.*, p...(è da evitare l'uso dei puntini [...] al posto di ecc.!).

Nel caso in cui il testo sia corredato di una bibliografia (essenziale) finale è da evitare il richiamo, nelle note a piè di pagina, ai riferimenti contenuti nella bibliografia.

**Per le citazioni di giurisprudenza:**

Cons. stato, ad. pl., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., *op. cit.*, cfr., pp., ss., ecc.).

**Sono da indicare in calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento:**

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Facoltà e/o del Dipartimento e della Università di appartenenza) e/o la qualifica professionale; indirizzo (di abitazione e di ufficio), completo di codice postale e numero di telefono; numero di fax e/o recapito di posta elettronica.

*Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze o per smarrimento degli originali (che, comunque, non vengono restituiti agli Autori).*

*Note sui collaboratori del presente fascicolo*

VALENTINA ANTONELLI, Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'università degli studi di Pavia. Avvocato presso l'azienda territoriale per l'edilizia residenziale pubblica del comune di Roma

GIOVANNI BAROZZI REGGIANI, Dottorando in diritto pubblico presso l'università degli studi di Pavia

MONICA COCCONI, Professore associato di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Parma

VITTORIO GASPARINI CASARI, Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Modena e Reggio Emilia

GIUSEPPE MANFREDI, Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'università cattolica di Milano

FRANCESCA MATTASSOGLIO, Ricercatrice di diritto dell'economia presso l'università degli studi di Milano-Bicocca